

RESOLUCIÓN (Expte. r 481/01, Confederación Hidrográfica del Tajo)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 7 de marzo de 2002.

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. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 481/01 (2239/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, (en lo sucesivo, el Servicio), de recurso interpuesto por Dña. M Dolores Martínez-Campos Rodríguez contra el Acuerdo del Servicio, de 28 de febrero de 2001, por el que se archivaba la denuncia de la ahora recurrente, por conductas presuntamente prohibidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 5 de enero de 2001 tuvo entrada en el Servicio un escrito de D. Felipe Arrizubieta Balerdi actuando en nombre y representación de Dña. M Dolores Martínez-Campos Rodríguez por el que denunciaba a la Confederación Hidrográfica del Tajo (en adelante, CHT) y Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (en lo sucesivo, FCC), por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes en no haber sido sometido a concurso público el contrato de adjudicación de las obras del Traspase de

Picadas a Toledo que discurren por la Comunidad Autónoma de Madrid.

Según el escrito de denuncia, *"la CHT firmó, el 30 de diciembre de 1995, un contrato de adjudicación de las obras del Trasvase de Picadas a Toledo que discurren por la Comunidad Autónoma de Madrid en favor de FCC sin someterlo a concurso público tal y como consta en el contrato. La contratación se realizó a través del procedimiento de emergencia, en virtud del artículo 73 de la Ley de Contratos del Estado (LCE) y por el cual se adjudica directamente la obra a una **"Empresa Colaboradora de la Administración"**. La denunciante considera que debería haberse seguido el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 72 de la LCE que incluye el concurso público y la licitación con menores plazos, como así se hizo con las mismas obras que transcurren por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en lugar del procedimiento utilizado"*.

2. Estudiada la denuncia y los documentos anexos, el Servicio, con fecha 28 de febrero de 2001, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la LDC acordó su archivo al no observar indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC y por haber prescrito, en todo caso, la infracción.

Literalmente se decía lo siguiente en el Acuerdo de archivo:

"La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE del 29 de diciembre) modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, establece en su art. 12 que las infracciones previstas en ese texto legal prescribirán a los cuatro años y que el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción así como que la prescripción se interrumpirá por cualquier acto del TDC o del Servicio, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

En este caso, dado que la infracción denunciada es la adjudicación de las obras del Trasvase de Picadas a Toledo mediante contrato suscrito el 30 de diciembre de 1995, la infracción ha prescrito el 30 de diciembre de 1999 sin que el Servicio haya realizado ningún acto en relación con la investigación, instrucción o persecución de la infracción denunciada que pudiera interrumpir la prescripción, dado que la fecha de la denuncia es del 29 de diciembre de 2000 y por tanto, posterior a la prescripción.

A mayor abundamiento la doctrina del TDC ha reiterado en numerosas ocasiones que los conflictos que se deriven de la aplicación de una ley por parte de la Administración tienen que ser revisados en la jurisdicción contencioso-administrativa. En este caso, el TDC no es competente para entrar a valorar cuales han sido las circunstancias por las cuales la CHT

ha aplicado el procedimiento de emergencia en la adjudicación de las citadas obras y por el cual la Administración puede adjudicar las obras directamente a "una entidad colaboradora" sin necesidad de concurso y no el de urgencia establecido en el artículo 72 de la Ley de Contratos del Estado y por el cual hubiera sido necesario seguir el procedimiento general -concurso público y licitación- con la única particularidad de que se reducen los plazos, como considera el denunciante que hubiera sido lo adecuado".

3. Con fecha 28 de marzo de 2001 tiene entrada en el Tribunal el presente recurso de la denunciante en el que, además de reiterar gran parte de los argumentos de su denuncia, se hace mención de un escrito de ampliación de la denuncia que entró en el Servicio el 15 de marzo de 2000 y, por lo tanto, con fecha posterior a la fecha de notificación del Acuerdo de archivo.
4. Con la misma fecha, el Tribunal solicitó del Servicio la remisión del expediente y el preceptivo informe sobre el recurso.

El Servicio cumplimentó dicho requerimiento el día 5 de abril de 2001. En su informe, además de precisar que el recurso había sido interpuesto en plazo, señalaba que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtuaban las razones que fundamentaron el acto recurrido, dado que se limitaban a reiterar los argumentos expuestos en los escritos de denuncia y en el de ampliación de la denuncia.

En concreto se señala que:

"1.- El Servicio no ha tenido en cuenta la ampliación de la denuncia en el Acuerdo de Archivo, tal y como alega el denunciante, ya que dicho Acuerdo fue redactado el día 6 de marzo de 2000 y notificado el 7 de marzo, mientras que el escrito de ampliación entró en este Servicio el día 15 de marzo de 2000.

2.- En cuanto a que los hechos expuestos en el escrito de ampliación de la denuncia, consistentes en la modificación del margen del río Alberche por el cual debían realizarse las obras, son una recontractación de la obra a partir de noviembre de 1998 así como que la paralización de las obras cautelarmente, como consencencia del Auto de 5 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Madrid, hace que no se haya cumplido el plazo de prescripción, el Servicio considera que, con independencia de si el plazo de prescripción se ha cumplido o no así como si se trata de un nuevo hecho o de la interrupción del anterior, estamos ante un acto administrativo para cuya revisión los órganos de competencia no son

competentes al igual que tampoco la tienen para decidir si los libramientos de órdenes de pago realizados por la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO (CHT) a favor de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. han superado los límites máximos establecidos en el art. 153 de la Ley de Contratos del Estado.

3.- Tal y como tiene declarado el TDC en numerosas resoluciones, la LDC se aplica a las personas físicas y jurídicas, incluidas las corporaciones o entes públicos, que actúan en el mercado como operadores económicos, quedando excluidos, solamente, los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas de poder público. Así, el Archivo se fundamenta en que el contrato objeto de la denuncia, la CHT no ha actuado como operador económico, sino que lo ha hecho en el ámbito de su competencia, y si dicha actuación no es ajustada a derecho habrá de ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por todo ello, debe entenderse que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de Archivo, que debe mantenerse".

5. En el trámite de alegaciones, abierto por Providencia de 16 de abril de 2001, comparecieron las partes interesadas en escritos que resumidamente señalan lo siguiente:
 - 5.1. La recurrente vuelve a reiterarse en que no ha prescrito la presunta infracción y en los argumentos de la denuncia, el escrito de recurso y la ampliación de la denuncia.
 - 5.2. La CHT alega que los hechos objeto de denuncia están pendientes actualmente del conocimiento y decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, donde se sustancian los recursos 214/99 y 1.377/98 y que el contrato de colaboración entre la CHT y FCC, suscrito con fecha 30 de diciembre de 1995, se refiere a obras declaradas de emergencia por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de agosto de 1995, siéndole aplicable el régimen específico prevenido para este supuesto en la Ley entonces vigente de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, donde no se exigía concurso público ni licitación.
 - 5.3. FCC resalta la exactitud y claridad de los razonamientos del Servicio en su Acuerdo de archivo concluyendo que las pretensiones esgrimidas por el recurrente como base de su denuncia se refieren a la contratación en el ámbito administrativo.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 5 de febrero de 2002.
7. Son interesados:
 - Dña. Ma. Dolores Martínez-Campos Rodríguez
 - Confederación Hidrográfica del Tajo
 - Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos contra los Acuerdos de archivo de las actuaciones realizadas al amparo del artículo 36 LDC han de limitarse a resolver si resulta acertada la decisión del Servicio de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no hay indicios racionales de conductas que vulneren alguna de las prohibiciones incluidas en la LDC. Dicho artículo señala que el Servicio podrá acordar la instrucción de una información reservada antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones. Es, además, natural que puedan existir denuncias de cuyo contenido se deduce que no se refieren a prácticas prohibidas por la LDC y que, por lo tanto, no es siquiera necesario acordar la instrucción de una información reservada ya que, de los hechos denunciados, se observa que no cabe que puedan ser objeto de un expediente sancionador.

SEGUNDO.- En este caso, Dña. M^ª Dolores Martínez-Campos Rodríguez -que había denunciado a la CHT y a FCC, por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes en no haber sido sometido a concurso público el contrato de adjudicación de las obras del Tránsito de Picadas a Toledo que discurren por la Comunidad Autónoma de Madrid- impugna el Acuerdo de 28 de febrero de 2001, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se archiva la denuncia de la ahora recurrente. Argumenta, en síntesis, según el escrito de denuncia, que la CHT firmó, el 30 de diciembre de 1995, un contrato de adjudicación de las obras del Tránsito de Picadas a Toledo que discurren por la Comunidad Autónoma de Madrid en favor de FCC sin someterlo a concurso público realizándose la contratación a través del procedimiento de emergencia, en virtud del artículo 73 de la Ley de Contratos del Estado (LCE) y por el cual se adjudica

directamente la obra a una "Empresa Colaboradora de la Administración". La denunciante entonces, ahora recurrente, considera que debería haberse seguido el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 72 de la LCE que incluye el concurso público y la licitación con menores plazos, como así se hizo con las mismas obras que transcurren por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en lugar del procedimiento utilizado.

El Servicio, en su Acuerdo de archivo, indicaba, primero, que la LDC en su art. 12 dice que las infracciones previstas en ese texto legal prescribirán a los cuatro años y que el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción así como que la prescripción se interrumpirá por cualquier acto del TDC o del Servicio, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción. Por lo tanto, en este caso, dado que la infracción denunciada era la adjudicación de obras mediante contrato suscrito el 30 de diciembre de 1995, habría prescrito el 30 de diciembre de 1999 sin que el Servicio haya realizado ningún acto en relación con la investigación, instrucción o persecución de la infracción denunciada que pudiera interrumpir la prescripción, dado que la fecha de la denuncia es del 29 de diciembre de 2000 y, por tanto, posterior a la prescripción.

También correctamente, el Servicio, a mayor abundamiento, recordaba la reiterada doctrina del TDC según la cual los conflictos que se deriven de la aplicación de una ley por parte de la Administración tienen que ser revisados en la jurisdicción contencioso-administrativa y que, en este caso, el TDC no es competente para entrar a valorar cuáles han sido las circunstancias por las que la CHT ha aplicado el procedimiento de emergencia en la adjudicación de las citadas obras y que permite a la Administración adjudicar las obras directamente a una "entidad colaboradora" sin necesidad de concurso y no el de urgencia establecido en el artículo 72 de la Ley de Contratos del Estado que hubiera hecho necesario seguir el procedimiento general -concurso público y licitación- con la única particularidad de que se reducen los plazos, como consideraba el denunciante que hubiera sido lo adecuado.

En el presente recurso, la denunciante y recurrente, además de reiterar gran parte de los argumentos anteriores de la denuncia, hace mención de un escrito que entró en el Servicio el 15 de marzo

de 2000 y, por lo tanto, con fecha posterior a la fecha de notificación del Acuerdo de archivo. En dicho escrito se ampliaba la denuncia a las obras realizadas por un trazado diferente del contemplado en la primera contratación de la obra, la margen izquierda del río Alberche, lo que suponía, según la recurrente, una recontractación de la obra y su ejecución por un trazado distinto que daría lugar a hechos diferentes, si bien reconoce que estaría incluida en la primera contratación denunciada. También se señalan diversas fechas referentes a paralización y reanudación de las obras. Se reitera por último en que tales conductas deberían analizarse desde el ámbito de los órganos de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- El Servicio, en su informe preceptivo al Tribunal señalaba que los hechos expuestos en el escrito de ampliación de la denuncia (que por otra parte no los había tenido en cuenta en el Acuerdo porque éste fue redactado el 6 de marzo de 2000 y notificado al día siguiente, mientras el escrito de ampliación tuvo entrada en el Servicio el 15 de marzo de 2000), considera que, con independencia de si el plazo de prescripción se ha cumplido o no, así como si se trata de un nuevo hecho o de la interrupción del anterior, estamos ante un acto administrativo para cuya revisión los órganos de competencia no tienen atribuciones al igual que tampoco las tienen para decidir si los libramientos de órdenes de pago realizados por CHT a favor de FCC han superado los límites máximos establecidos en el art. 153 de la Ley de Contratos del Estado.

Continúa el Servicio argumentando que la LDC se aplica a las personas físicas y jurídicas, incluidas las corporaciones o entes públicos, que actúan en el mercado como operadores económicos, quedando excluidos, solamente, los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas de poder público. Así, el Acuerdo de archivo se fundamenta en que en el contrato objeto de la denuncia, la CHT no ha actuado como operador económico, sino que lo ha hecho en el ámbito de su competencia, y si dicha actuación no es ajustada a derecho habrá de ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, la CHT alega que los hechos objeto de denuncia están pendientes actualmente del conocimiento y decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, donde se sustancian los recursos 214/99 y 1.377/98 y que el contrato de colaboración entre la CHT y

FCC, suscrito con fecha 30 de diciembre de 1995, se refiere a obras declaradas de emergencia por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de agosto de 1995, siéndole aplicable el régimen específico prevenido para este supuesto en la Ley entonces vigente de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, donde no se exigía concurso público ni licitación.

FCC, también en el trámite de alegaciones ante el Tribunal, resalta la exactitud y claridad de los razonamientos del Servicio en su Acuerdo de archivo concluyendo que las pretensiones esgrimidas por el recurrente como base de su denuncia se refieren a la contratación en el ámbito administrativo.

CUARTO.- Del examen de las alegaciones de las partes y del conjunto de la documentación unida al expediente, debemos llegar a la conclusión de que las pretensiones deducidas por la recurrente han de ser desestimadas al ser plenamente acertados los argumentos expresados por el Servicio y por las denunciadas. Téngase en cuenta, que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente ya cuando se produjeron los hechos denunciados establece en el Capítulo VI:

Art. 71. Clases de expedientes.

- 1. Los expedientes de contratación podrán ser ordinarios, urgentes o de emergencia.*
- 2. La tramitación de los expedientes de urgencia seguirá el mismo procedimiento que los ordinarios, con las particularidades que se señalan en el art. siguiente.*
- 3. En la tramitación de los expedientes de emergencia se seguirá el procedimiento excepcional que señala el art. 73.*

Art. 72. Tramitación urgente.

- 1. Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes de contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos, el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación y debidamente motivada.(...)*

*Art. 73. Tramitación de emergencia*¹. *Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:*

- a) El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido, satisfacer la necesidad*

sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Del acuerdo correspondiente se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales.

b) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter a justificar.

c) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.

2. El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley.

Dado que el contrato de colaboración entre la CHT y FCC, suscrito con fecha 30 de diciembre de 1995, se refiere a obras declaradas de emergencia por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de agosto de 1995, siéndole aplicable el régimen específico prevenido para este supuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, donde no se exigía concurso público ni licitación, los hechos objeto de la denuncia constituyen actos administrativos cuya revisión no corresponde a este Tribunal sino a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Servicio de 28 de febrero de 2001, que archivó las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente y legal aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por Dña. M^ª Dolores Martínez-Campos Rodríguez contra el Acuerdo del Servicio, firmado por el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 28 de

febrero de 2001.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma sólo cabe recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.