

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 402/99 Valderrama/Impulsa)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Hernández Delgado, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 6 de abril de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 402/99 (1981/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Ramón Dávila Guerrero, en nombre y representación de VALDERRAMA ESTATES S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 25 de octubre de 1999, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra IMPULSA EL PUERTO S.L., por supuesta práctica contraria a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en la venta de un solar condicionada a ciertas modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana del Puerto de Santa María.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 19 de abril de 1999 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, escrito de denuncia formulado por D. Ramón Dávila Guerrero, en nombre y representación de Valderrama Estates S.A. (en adelante, VALDERRAMA), contra Impulsa El Puerto S.L. (en adelante, IMPULSA), por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).
2. Como consecuencia de la solicitud de información llevada a cabo el Servicio pudo acreditar los siguientes hechos:

- a) IMPULSA es una sociedad privada municipal de responsabilidad limitada, dotada de personalidad jurídica propia, independiente y con patrimonio propio (art. 1 de los Estatutos), que fue constituida mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 11 de febrero de 1993. Las acciones, totalmente desembolsadas, pertenecen exclusivamente al Ayuntamiento del Puerto de Santa María (en adelante, el Ayuntamiento), no pudiendo ser transferidas.
- b) Con la finalidad de construir un campo de golf y un complejo turístico en El Puerto de Santa María, IMPULSA inició conversaciones y contactos con distintos empresarios del sector para poner en el mercado unos terrenos de su propiedad.

Los grupos o empresas interesados en el proyecto fueron dos:

- Golf del Puerto de Santa María S.A.; con capital perteneciente a:
    - Valderrama Estates S.A.
    - D. Felipe Ortiz Patiño
    - D. Ramón Dávila Guerrero
    - Hotel Monasterio San Miguel S.A.
    - Ingeniero Bartolo Jenaro
    - Jale Construcciones S.A.
    - Casas Nobles Hosteleras S.A.
  - Golf El Puerto S.A.; con capital perteneciente a:
    - Grupo Alco
    - Caja San Fernando
    - Inmolain
    - Corporación Gaditana de Fomento
    - Impulsa El Puerto S.L.
3. El 9 de marzo de 1999, mediante acuerdo del Consejo de Administración y de la Junta General extraordinaria, IMPULSA acordó: *"Vender a la sociedad "Golf de El Puerto, S.A." las fincas sitas en este Término Municipal denominadas "Laborde" y "Cerro de las Cabezas", actualmente agrupadas en una sola unidad con una superficie de 1.508.948'15 m2., por un importe de setecientos cincuenta millones de pesetas (750.000.000 ptas.), sin IVA".*

Dicha operación se encontraba sometida a las siguientes condiciones:

"a) ...

b) *Condición resolutoria expresa, en cuya virtud "Golf de El Puerto, S.A." podrá resolver la compraventa si no se alcanzara la*

*plena y efectiva aprobación de una modificación puntual del P.G.M.O., de esta Ciudad, y del correspondiente P.A.U., que afecte a la finca de referencia, en el plazo máximo de quince meses a contar desde la fecha de la firma del Convenio Urbanístico a suscribir con el Excmo. Ayuntamiento. La ordenación urbanística de la Unidad de Ejecución deberá posibilitar la construcción en los terrenos de un campo de golf de 18 hoyos, una edificabilidad de 106.000 m<sup>2</sup>., de los que 20.000 m<sup>2</sup>. se destinarán a uso hotelero exclusivo, y una densidad que permita la construcción de un número de viviendas de 675 unidades".*

Estos acuerdos alcanzados fueron elevados a públicos el mismo día.

4. Como resultado de la información reservada llevada a cabo, el Servicio consideró que no se observaban indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC; por ello, el 25 de octubre de 1999, el Director del Servicio acordó el archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia.
5. El 17 de noviembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de D. Ramón Dávila Guerrero, en nombre y representación de Valderrama Estates S.A., mediante el cual se interponía recurso contra el Acuerdo de archivo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 25 de octubre de 1999.
6. Tras solicitar el Informe del Servicio, así como la remisión del correspondiente expediente, según el art. 48.1 LDC, y tras la oportuna remisión de ambos, el Tribunal, mediante Providencia de fecha 1 de diciembre de 1999, nombró Ponente a D. Luis Martínez Arévalo y, en consecuencia con lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, abrió el trámite de alegaciones.
7. Con fecha 30 de diciembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de IMPULSA, por el que se señalaba:
  - a) Que la sociedad IMPULSA, actuando por sí misma, y no en representación del Ayuntamiento, cumplió con la normativa vigente al vender los solares objeto del expediente.
  - b) Que IMPULSA no ostenta posición dominante en el mercado de suelo urbanizable, ni en el de campos de golf, en el término municipal del Puerto de Santa María.
8. Con fecha 31 de diciembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de Valderrama Estates S.A. en el que, esencialmente, insistía en la actuación contraria a la LDC de IMPULSA con base a los siguientes argumentos:

- a) La violación por IMPULSA de lo establecido en la Disposición Adicional 6 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas y, en general, de los principios que rigen el derecho administrativo; violación que, al eliminar la protección dispensada por el art. 2 LDC, tipificaría la conducta de esa empresa como práctica contraria al art. 1 LDC.
  - b) El abuso por parte de IMPULSA de su posición dominante en el mercado inmobiliario de El Puerto de Santa María, abuso que consistiría en la modificación arbitraria del Plan General de Ordenación Urbana (en adelante, PGOU) de El Puerto de Santa María para adecuarlo a las condiciones pactadas con motivo de la venta de los terrenos.
9. El Pleno del Tribunal deliberó y falló en sesión celebrada el 28 de marzo de 2000.
10. Son interesados:
- Valderrama Estates S.A.
  - Impulsa El Puerto S.L.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Ha de dirimirse si la decisión de archivo del Servicio, que considera que no se ha producido una actuación contraria al art. 1 de la LDC, resulta correcta. El sujeto de tal acción anticompetitiva habría sido, según opinión compartida por el denunciante y el denunciado, la sociedad anónima IMPULSA, cuyo capital pertenece íntegramente a la corporación municipal del Puerto de Santa María. Los supuestos de *recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela*, previstos en el art. 1, no son aplicables al caso; tampoco lo es el de *decisión colectiva* ya que debe entenderse que tanto las corporaciones municipales como las empresas constituyen unidades de actuación, con independencia del proceso decisorio interno a través del cual se haya fraguado su actuación exterior. En consecuencia, la posible acción anticompetitiva habría consistido, tal como señala el denunciante, en un *acuerdo*, es decir una concordancia de voluntades entre dos agentes económicos independientes.

El acuerdo concreto sobre el que el Tribunal debe pronunciarse es el de la venta por IMPULSA de unos terrenos a la sociedad GOLF EL PUERTO, en cuyo capital participaba la propia IMPULSA en el momento en que se

consumió la operación. El efectuar la compra-venta de un terreno entraba de lleno dentro del objeto social previsto para la empresa IMPULSA y dicha operación no contenía, en sí misma, elementos que pudieran ser considerados contrarios a la competencia. No se ha producido, por tanto, violación del art. 1 LDC mediante la celebración de ese acuerdo que forma parte de la actividad normal y legítima de la empresa.

2. En relación con la imputación de una conducta contraria al art. 6 de la LDC, el expediente muestra discrepancias en cuanto a cuál sería el mercado en el que IMPULSA disfrutaría de esa hipotética posición de dominio (que constituiría el primer elemento tipificador de la conducta). Si nos atenemos al simple mercado de suelo urbanizable, como afirman tanto IMPULSA como el Servicio, los datos que se aportan hacen referencia a una participación de la empresa del orden del 25%, que resulta insuficiente para conferir un auténtico dominio del mercado. Aunque VALDERRAMA no llega a precisar los términos, el mercado relevante que parece tener en mente es el de los terrenos susceptibles de ser utilizados para campos de golf. En ese mercado, IMPULSA ostentaría una posición de dominio como consecuencia de su especial vinculación con el Ayuntamiento y el carácter abusivo de la conducta (segundo elemento de la tipificación de las prácticas incursas en el art. 6) vendría dado por la modificación arbitraria del PGOU.

Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que el capital de la sociedad IMPULSA pertenece en su totalidad al Ayuntamiento y que dicha empresa tiene por objeto social la puesta en práctica de ciertas facultades urbanísticas atribuidas a la corporación municipal, por lo que constituye una proyección de dichas competencias en ciertos aspectos de la actividad económica. De esta forma, debe considerarse al ente binario Ayuntamiento-IMPULSA como una unidad de actuación y resulta cierto que Ayuntamiento-IMPULSA se encontraba en la situación única de poder recalificar los terrenos, de manera que fuera posible cumplir las condiciones pactadas con GOLF EL PUERTO. Sin embargo, tal facultad se encuentra concedida al Ayuntamiento en virtud de la normativa legal que regula las competencias de las distintas entidades que forman parte de la estructura del Estado, en concreto la Ley 7/1985, de 3 de abril, de Bases del Régimen Local, por lo que no es asimilable al concepto de posición de dominio, referida a un mercado y, por tanto, de contenido esencialmente económico, que prevé la LDC. Por ello, el analizar la actuación del Ayuntamiento-IMPULSA, consistente en vender unos terrenos condicionados a su recalificación, y el pronunciarse sobre cómo se fraguó dicha decisión, y si se tomó o no conforme a Derecho, no corresponde a este Tribunal sino a las oportunas instancias judiciales.

3. A esa misma conclusión debe llegarse al analizar las alegaciones respecto al incumplimiento por parte de IMPULSA de ciertos requisitos exigibles a las

empresas públicas, en concreto los principios de *publicidad* y *conurrencia* que aparecen en la Disposición Adicional 6 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. En virtud de esa disposición, las empresas públicas quedan obligadas a cumplir el objetivo general de promover la competencia, no sólo absteniéndose de los comportamientos anticompetitivos previstos por la Ley, sino introduciendo también las consideraciones relativas a la competencia como un factor que debe ponderarse adecuadamente en la adopción de cualquier tipo de decisión.

Sin embargo, en el caso concreto que se analiza en el expediente, sería necesario investigar el proceso de toma de decisiones de los órganos de gobierno de IMPULSA y de su accionista único el Ayuntamiento, para evaluar así si se tuvieron en cuenta los criterios que exige la Ley en aras del interés público y del buen uso de los recursos del contribuyente. Es evidente que ese análisis de la gestación de una decisión en el seno de una corporación municipal y de una empresa pública, con el fin de determinar si se realizó conforme a los cauces previstos y se ajustó a los criterios exigidos por la legalidad vigente, no corresponde a los órganos de defensa de la competencia, sino a las instancias encargadas de velar con carácter general de que la actuación del Estado se lleve a cabo conforme a Derecho.

4. Por todo lo anterior, debe entenderse que no se han producido las conductas contrarias a la LDC que señala el recurrente, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto por D. Ramón Dávila Guerrero, en nombre y representación de VALDERRAMA ESTATES S.A., contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 25 de octubre de 1999, por el que se decidió el archivo de las actuaciones derivadas de su denuncia contra IMPULSA S.L.

Por todo ello, el Tribunal

## **RESUELVE**

1. Desestimar el recurso interpuesto por D. Ramón Dávila Guerrero, en nombre y representación de VALDERRAMA ESTATES S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 25 de octubre de 1999, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra IMPULSA EL PUERTO S.L; este Acuerdo queda, pues, confirmado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo

ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.