

RESOLUCIÓN (Expte. R 267/97 Tragsa 3)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Fernández López, Vicepresidente
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 marzo de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 267/97 (1351/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la representación de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y de la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPYMA) 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 que había tenido su origen en la denuncia formulada contra la Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. ASEMFO y ASERPYMA formularon denuncia con fecha 23 de febrero de 1996 contra TRAGSA por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en operar en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales con abuso de posición de dominio al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. El Servicio, mediante Providencia del Director General de 6 de junio de 1996, acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente.
3. El 7 de julio de 1997 el Instructor dicta Providencia en la que da cuenta de la investigación llevada a cabo del marco legal de TRAGSA, de la actividad

desarrollada y tarifas aplicadas por la misma, así como de la situación del mercado. La Providencia incluye también la correspondiente valoración y las conclusiones obtenidas de la investigación. Éstas son, en síntesis, las siguientes:

- a) TRAGSA es un medio propio de la Administración, por lo que su comportamiento no es autónomo y su relación con las distintas Administraciones es de jerarquía y subordinación, por lo que no le cabe intervención alguna en la determinación de los criterios de selección de las obras en las que haya de participar.
- b) TRAGSA realiza sus obras por encargo sin poder rechazarlas, no obstaculizando una competencia efectiva porque sus obras no están dentro del mercado y, por tanto, se encuentran fuera del marco en el que la competencia actúa.
- c) En consecuencia con su condición de medio propio de la Administración y siempre que actúe con esa condición, TRAGSA no abusa de ninguna posición de dominio prohibida por el art. 6 LDC, por lo que en el presente expediente no puede estimarse que se hayan producido conductas prohibidas por la LDC.

Por todo lo expuesto, la Providencia del Instructor termina proponiendo el sobreseimiento del expediente, *"... al no haber resultado acreditada la existencia de conductas prohibidas por la LDC ..."*.

4. Con fecha 17 de julio de 1997 TRAGSA presenta un escrito de alegaciones en el que, en síntesis, se manifiesta que TRAGSA no distorsiona la competencia, al no estar en el mercado por ser un medio propio de la Administración, y que es injustificada la imputación de los denunciantes a TRAGSA de una hipotética infracción de la Ley 13/1995, ya que del contenido de la Providencia resulta obvia su inexistencia y que el enjuiciamiento de aspectos relacionados con la contratación de las Administraciones Públicas no compete al ordenamiento de defensa de la competencia.
5. Con fecha 24 de julio de 1997 los denunciantes presentan ante el Tribunal un escrito en el que manifiestan sus discrepancias con la propuesta del Instructor por considerar que es injustificable la cobertura legal del marco jurídico de TRAGSA y que ésta no puede ser configurada como servicio técnico de la Administración pese a que su Decreto de fundación lo haga pues, al ser una sociedad estatal, tiene su propia personalidad jurídica y medios. Se señala además que TRAGSA no actúa siempre como medio propio de la Administración, y que las empresas públicas como TRAGSA están sometidas al derecho de la competencia. Finalmente, se considera que es erróneo sobreseer el expediente por considerar que TRAGSA no es culpable al tener

su actuación respaldo legal. Contrariamente, sería de aplicación el art. 6.3 LDC.

6. Con fecha 26 de agosto de 1997 tiene entrada en el Servicio un escrito de TRAGSA, de contraalegaciones a las realizadas por los denunciantes, en el que se reiteran los argumentos expuestos a lo largo de la instrucción y se solicita la confirmación de la propuesta de sobreseimiento.
7. Con fecha 26 de septiembre de 1997 los denunciantes presentan un escrito de sobrealegaciones en el que ponen de manifiesto diversas circunstancias que, a su juicio, no habían sido tenidas en cuenta en la instrucción del expediente, que se resumen seguidamente: a) TRAGSA se presenta a concursos en competencia con las empresas privadas, aún siendo un medio propio de la Administración, por lo que actúa con doble naturaleza y vulnerando la libre competencia. b) TRAGSA capta clientes en competencia con las empresas privadas, por lo que no se limita a actuaciones ordenadas por las Administraciones Públicas en aplicación de la legislación. c) TRAGSA vulnera la legislación de contratación administrativa y la legislación laboral.
8. Con fecha 16 de octubre de 1997 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dicta Acuerdo por el que sobresee el expediente y somete al Tribunal la decisión "sobre la pertinencia de elevar una propuesta razonada al Gobierno de modificación o supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del Estatuto de funcionamiento de TRAGSA y teniendo en cuenta, en su caso, la modificación estatutaria derivada de la entrada en vigor de la Ley de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social".

El Servicio, en su Acuerdo de 16 de octubre de 1997, da respuesta a diversos escritos de las partes en los términos que a continuación se resumen.

8.1. Al escrito de TRAGSA de 17 de julio de 1997

TRAGSA actúa conforme a lo que su estatuto jurídico le impone, en virtud de lo cual no existe comisión de infracción alguna a la LDC. Este estatuto jurídico hace de TRAGSA un "medio propio de la Administración" sujeto a los principios de subordinación y jerarquía. Por tal circunstancia, que impide a TRAGSA gozar de autonomía para determinar su actuación con independencia de la Administración, no cabe apreciar en aquélla conductas colusorias ni abusivas contrarias a la LDC. Las obras realizadas directamente por las Administraciones Públicas con sus propios medios no se encuentran sujetas a la competencia ya que, al venir impuestas por las normas legales, se encontrarían al margen del mercado. TRAGSA no obstaculiza la

competencia efectiva, ni abusa de ninguna posición de dominio contraviniendo el art. 6 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 calidad de medios propios de la Administración.

Por otra parte, el Servicio precisa lo siguiente: "Todo ello no es óbice, sin embargo, para entender que el marco jurídico que ampara las actividades de TRAGSA es, en sí mismo, fundamento de la existencia de distorsiones de la competencia que, de acuerdo con el contenido de la Resolución de 30 de abril de 1996 del TDC, éste deberá valorar para decidir si eleva una moción al Gobierno".

8.2. Al escrito de los denunciantes de 24 de julio de 1997

Todas las consideraciones de los denunciantes han sido investigadas y tenidas en cuenta por el Servicio al dictar la propuesta de sobreseimiento. Después de todas las actuaciones de instrucción, a juicio del Servicio ha quedado demostrada la inexistencia de infracciones a la LDC. TRAGSA cuenta con un marco jurídico ajustado a derecho, que le reconoce como un medio propio de la Administración, y a las obras realizadas directamente por las Administraciones Públicas con medios propios no les son de aplicación las normas de competencia. Lo cual no es óbice para que, según consta en la documentación obrante en el expediente, en las obras ejecutadas por TRAGSA se sigan los trámites legales establecidos al efecto para las obras por administración, al amparo de lo dispuesto en la Ley 13/1995.

La competencia no se ha deteriorado porque nunca ha existido para el tipo de obras que realiza TRAGSA, pues la normativa lo que ha hecho es sustraerlas del mercado. TRAGSA no puede, por tanto, ocupar posición alguna de dominio de la que poder abusar. Por otra parte, a TRAGSA, por carecer de autonomía de decisión, no le resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 6.3 LDC.

Y todo ello sin perjuicio de que el mencionado estatuto jurídico de TRAGSA constituya en sí mismo una traba para que existan condiciones de competencia, al sustraer del mercado los trabajos encargados a TRAGSA.

El Servicio finalmente hace constar que obra en el expediente copia de la documentación referida al expediente nº 91/4476 abierto por la Comisión de la Unión Europea, por presunta infracción al derecho

comunitario, en lo referente al régimen jurídico y sistema de actuación que regula las relaciones entre la Administración y TRAGSA como su medio propio instrumental. Con fecha 17 de enero de 1995 los Servicios de la Comisión procedieron al archivo del referido procedimiento de infracción a TRAGSA, sin formular reserva alguna, dando con ello por concluido el procedimiento de infracción.

8.3. Al escrito de TRAGSA de 26 de agosto de 1997

El Servicio, refiriéndose al escrito de los denunciados de 24 de julio de 1997 y que con fecha 28 de julio de 1997 el Tribunal le remitió por considerar que se trataba del escrito de alegaciones que cumplimenta el trámite del art. 37.4 LDC, hace constar que comparte esta consideración del Tribunal, al no deducirse del contenido de dicho escrito de los denunciados otra cosa que no sea su intención de objetar los argumentos de la propuesta de sobreseimiento notificada.

8.4. Al escrito de los denunciados de 26 de septiembre de 1997

La calificada como concurrencia con la iniciativa privada a que se hace referencia en el escrito no se deriva de un encargo sino de la aplicación del art. 2.4 del Real Decreto 424/1984 en su redacción vigente. El resto del contenido del escrito de sobrealegaciones se refiere a hechos y situaciones nuevos que no fueron en su día denunciados y que, por lo tanto, no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de acordar el sobreseimiento o no en relación con las conductas investigadas. Añade el Servicio, en este sentido, que si los denunciados lo consideran oportuno pueden proceder a la presentación de una nueva denuncia, a la vista de la cual se adoptarán las decisiones que correspondan.

9. El Acuerdo de sobreseimiento fue recurrido por la representación de ASEMFO y ASERPMA mediante escrito que tiene fecha de entrada en el Tribunal de 30 de octubre de 1997.

Entienden los recurrentes que la interpretación que se ha realizado por el Servicio de la naturaleza jurídica de TRAGSA y sus relaciones con las distintas Administraciones no se corresponde con la realidad y se ha contemplado desde un plano estrictamente teórico y sin comprobación de la situación creada en el mercado por la constante actuación en el mismo de TRAGSA. Y solicitan que el Tribunal dicte Resolución en la que aplique el art. 6.3 LDC a la actuación de TRAGSA y a las Administraciones Públicas que le encargan obras y trabajos, condene la actuación de TRAGSA por acudir a concursos públicos en concurrencia con las empresas privadas, condene la situación de

ventaja de TRAGSATEC, filial de TRAGSA que obtiene proyectos directamente de ésta sin acudir a concursos, y eleve una propuesta razonada al Gobierno Central y Gobiernos autonómicos con vistas a suprimir la situación de restricción de la competencia existente derivada del marco legal vigente.

10. Con fecha 30 de octubre de 1997 el Tribunal se dirige a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia poniendo en su conocimiento el escrito de recurso presentado y solicitando el Informe a que se refiere el art. 48.1 LDC.
11. El Informe del Director General, de 4 de noviembre de 1997, hace constar que el recurso ha sido presentado en el plazo que establece el art. 47 LDC y que, respecto a las representaciones con que actúa el firmante del recurso, Sr. Fernández-Espinar, le consta que es bastante a efectos de ASEMFO, pero no le consta a efectos de ASERPUMA. En cuanto al contenido del recurso, en el informe se hace constar lo siguiente:

"El recurso transcribe de forma literal sus escritos de alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento, presentado en su día ante el Tribunal y calificado indebidamente como de Recurso (folios 3762 a 3786) y de sobrealegaciones a dicha propuesta (folios 3804 a 3808). Los argumentos esgrimidos en ambos escritos han sido objeto de estudio y valoración y se han tenido en cuenta a la hora de acordar el Sobreseimiento de las actuaciones, por lo que, al no aportarse ningún otro dato ni argumento nuevo, no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de Sobreseimiento, que debe mantenerse".

12. El 13 de noviembre de 1997 el Pleno del Tribunal, mediante Providencia, designó Ponente para la tramitación del expediente y acordó ponerlo de manifiesto a los interesados, a los que se concedió el término que para alegaciones establece el art. 48.3 LDC.
13. TRAGSA en su escrito de alegaciones (escrito de 28 de noviembre de 1997 que tiene entrada en el Tribunal el día 3 de diciembre) solicita la inadmisibilidad del recurso y, supletoriamente, su íntegra desestimación. Sus manifestaciones son, en resumen, las siguientes: a) Que procede tener en cuenta la falta de acreditación del firmante del recurso como representante de ASERPUMA. b) Que procede declarar inadmisibile el recurso al haberse limitado el recurrente, según reconoce el Servicio en su Informe, a transcribir de forma literal sus escritos de alegaciones presentados ante la Dirección General y a que los argumentos esgrimidos en ambos escritos son los mismos, según el propio Servicio. c) De entrarse a considerar el recurso, el mismo debe ser rechazado por ser TRAGSA un medio puramente instrumental de las Administraciones Públicas y adecuarse a Derecho su constitución y

funcionamiento. d) En cuanto a la hipotética actuación de TRAGSA al margen de su régimen legal en relación con hechos no denunciados y datados con posterioridad al cierre de las actuaciones, no procede darle cabida en el expediente.

14. Son interesados:

- Empresa Nacional de Transformación Agraria (TRAGSA).
- Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO).
- Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPYMA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene dejar constancia de que la cuestión suscitada por el Servicio, respecto de la no constancia de los poderes con los que actuaba la representación de ASERPYMA, fue resuelta debidamente ante el Tribunal, quedando acreditada que dicha representación era bastante.
2. En cuanto al objeto en litigio en el presente expediente se impone la consideración de los siguientes elementos:
 - 2.1. 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 193 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).
 - 2.2. El Real Decreto 1773/1977, de 11 de julio, 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 70.1 de la vigente Ley de Contratos del Estado".

- 2.3. 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".
- 2.4. El 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).
- 2.5. Los Reales Decretos de transferencias: (Andalucía: Real Decreto 1129/1984, de 4 de abril; Asturias: Real Decreto 641/1985, de 2 de abril; Baleares: Real Decreto 809/1985, de 30 de abril; Canarias: Real Decreto 1937/1985, de 9 de octubre; Cantabria: Real Decreto 1649/1985, de 19 de abril; Castilla-La Mancha: Real Decreto 1079/1985, de 5 de junio; Castilla y León: Real Decreto 1843/1985, de 11 de septiembre; Cataluña: Reales Decretos 241/1981, de 9 de enero y 968/1986, de 25 de abril; Extremadura: Real Decreto 1080/1985, de 5 de junio; Galicia: Reales Decretos 2423/1982, de 24 de julio, 1535/1984, de 20 de junio y 1124/1985, de 30 de abril; Madrid: Real Decreto 2085/1985, de 9 de octubre; Murcia: Real Decreto 642/1985, de 2 de abril; Navarra: Real Decreto 2654/1985, de 18 de diciembre; La Rioja: Real Decreto 1100/1985, de 5 de junio; Valencia: Real Decreto 1794/1985, de 11 de septiembre; País Vasco: Real Decreto 1254/1981, de 8 de mayo); reiteran "la calidad de servicio técnico de la Administración" para TRAGSA, y los Convenios suscritos con las Comunidades Autónomas disponen que las obras que realice TRAGSA por orden de aquéllas se entenderán ejecutadas directamente por las mismas con sus propios medios.
- 2.6. 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.

3. Teniendo en cuenta lo establecido en las normas y convenios citados, el criterio del Tribunal es 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, sería la norma la que restringiría la competencia, y las prácticas realizadas de acuerdo con aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal.

Por otra parte, las normas que delimitan el estatuto jurídico de TRAGSA, al regular su objeto social, contemplan la posibilidad de que, cuando no actúa como servicio propio de la Administración, pueda contratar obras con las Administraciones Públicas y con particulares. En tales supuestos, si se han realizado conductas prohibidas por la LDC, podrían ser investigadas y sancionadas. Pero para que se produzca tal circunstancia es preciso que, como hace notar el Servicio, se denuncien los supuestos concretos en que se han producido las supuestas conductas prohibidas.

4. Finalmente, en cuanto a la presunta subcontratación de TRAGSA con empresarios privados suscitada por el recurrente, hay que señalar que los supuestos denunciados como "subcontratación" son en realidad contratos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas denomina de colaboración y que, por disposición expresa del artículo 153.3 de dicha norma, tienen carácter administrativo y no constituyen contratos de obra, ya que la ejecución de las mismas está a cargo del órgano gestor de la Administración.

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

RESUELVE

- Unico.** Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y la Asociación de Empresas Restauradores del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPMA) 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 de Transformación Agraria S.A.

(TRAGSA).

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.