

RESOLUCIÓN (Expte. R 273/97 Tragsa 7)

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 13 de marzo de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la presente Resolución en el expediente R 273/97 (nº 1395/96 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC), 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 denuncia formulada por la Confederación Nacional de la Construcción contra la Empresa 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).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 23 de mayo de 1996 la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) formuló denuncia contra TRAGSA por supuestas conductas prohibidas por los art. 1 y 6 LDC consistentes en que para la ejecución de obras no se siguen los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, vulnerándose así los principios de publicidad y concurrencia contenidos en las Directivas CEE y en la propia normativa nacional.

Además, TRAGSA no efectúa directamente las obras encomendadas, subcontratando su ejecución con otras empresas, lo que le permite obtener una posición dominante en el sector desde la que impone precios y condiciones no equitativas.

2. El Servicio, tras incoar los correspondientes expedientes, constató que la

distorsión de la competencia no se debe a la actuación de TRAGSA, sino a la existencia de un marco legal específico.

Analizado dicho marco legal, los Reales Decretos de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, los Convenios administrativos suscritos entre éstas y la Administración General del Estado y su aplicación práctica, concluye, en síntesis, lo siguiente:

- TRAGSA ostenta la calificación de servicio técnico de la Administración, entendiéndose las obras que realice por orden de las Administraciones Públicas habilitadas como ejecutadas directamente por ésta con sus propios medios, previsión contemplada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Su forma jurídica resulta, en este supuesto, irrelevante.

- Su comportamiento, en tales casos, no es autónomo ya que la relación que le une 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 que va a participar.
- Las tarifas son fijadas por las Administraciones Públicas.
- Las obras realizadas son siempre y en todo caso de titularidad de la Administración ordenante de las mismas, sin que se realice recepción de ellas, sino simple acta de reconocimiento y comprobación.
- Cuando requiere la colaboración de empresarios privados para que completen los medios técnicos utilizados en la ejecución, no puede hablarse de subcontratación, dado que no ha existido el previo proceso de adjudicación contractual.

De acuerdo con el art. 153.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), si esta colaboración sobrepasa el 50% del importe total del proyecto, es preciso justificarlo, justificación que es innecesaria en caso de no superar dicho porcentaje.

En consecuencia, el Servicio sobreseyó el expediente.

3. La denunciante interpuso recurso en plazo argumentando lo siguiente:

- El Servicio no ha investigado que TRAGSA opere efectivamente como servicio propio de la Administración.

En particular, teniendo los contratos de colaboración con empresarios privados carácter administrativo, no ha comprobado si se cumplen las previsiones del art. 153 de la LCAP o, por el contrario, contrata en régimen de derecho privado, en cuyo caso debe someterse a las normas de defensa de la competencia.

- Tampoco ha comprobado si se respeta la limitación de no sobrepasar en la contratación el 50% del importe total del proyecto, salvo supuestos excepcionales que deben justificarse en el expediente.

Los porcentajes de colaboración aportados se refieren al total certificado por cada Comunidad Autónoma y no a cada proyecto concreto.

El período analizado abarca desde 1990 a 1996 cuando la denuncia se produjo en 1996, debiendo haberse analizado la situación sólo en los 2 años precedentes.

4. El Informe del Servicio (art. 48.1 LDC) contesta al recurso reiterando sus argumentos y añadiendo que el cumplimiento del art. 153.4 LCAP, al tratarse de contratos administrativos, debe ser enjuiciado por los órganos fiscalizadores de las Administraciones ordenantes, no por los de Defensa de la Competencia.

5. La recurrente, en su escrito de alegaciones, manifiesta como argumentos adicionales a los del escrito de recurso los siguientes:

- TRAGSA no puede ser considerada como servicio técnico de la Administración al tener personalidad jurídica propia y separada de aquélla.

Se trata de una sociedad estatal que opera con sus propios medios, rigiéndose por las normas del derecho privado.

Tanto ella como sus filiales se adjudican obras de distintas administraciones mediante el procedimiento negociado, el concurso o la subasta (cita dos ejemplos).

- TRAGSA, para la ejecución de las obras con empresarios contrata, en régimen de derecho privado imponiendo precios y condiciones no equitativas que constituyen abuso de posición dominante y que no han sido investigados por el Servicio.

6. TRAGSA, en su escrito de alegaciones, manifiesta:

- El recurrente incorpora en sus alegaciones hechos nuevos respecto de los incluidos en su escrito de denuncia.
- La recurrente alega que el Servicio debió investigar si todas y cada una de las actuaciones de TRAGSA respetan las normas jurídicas aplicables. Pretende así que la instrucción se convierta en una suerte de auditoría completa de la actividad empresarial de TRAGSA contraria al principio de presunción de inocencia garantizado constitucionalmente.
- A efectos del art. 153 LCAP, TRAGSA es un medio propio de la Administración que, cuando reclama la colaboración de terceros, debe limitarse a aplicar los principios de publicidad y concurrencia, circunstancia que concurre en la práctica, como ha acreditado hasta la saciedad ante el Servicio.

7. Son interesados:

- Confederación Nacional de la Construcción.
- Empresa de Transformación Agraria S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La primera cuestión que debe abordarse es la suscitada por la representación de TRAGSA sobre la inexistencia de un auténtico recurso al no haber explicitado el recurrente los motivos de disconformidad con la decisión que impugna. Cita en apoyo de su pretensión diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Sin necesidad de analizar la naturaleza jurídica del recurso de apelación y del regulado por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ni la resolución que pueda adoptarse ante una mera reiteración de la denuncia, la alegación debe ser desestimada.

En el presente caso el recurrente manifiesta expresamente los motivos que le llevan a discrepar con el Acuerdo impugnado en relación con su falta de congruencia interna, la falta de pronunciamiento sobre el carácter de TRAGSA cuando presta sus servicios a particulares o concurre a licitaciones de las Administraciones Públicas, o sobre los contratos que suscribe en tales supuestos. A diferencia de ello, las sentencias que cita se refieren a supuestos en los que la apelante no había presentado escritos de alegaciones, omisión que impide al Tribunal "ad quem" conocer los motivos o razones que, a juicio

de la apelante, condicionarían su modificación.

2. El objeto en litigio en el presente expediente se circunscribe, sintéticamente, a los siguientes extremos:

- En las obras ejecutadas por TRAGSA por "encargo" de la Administración se prescinde de expediente de contratación, vulnerándose los principios de publicidad y libre concurrencia proclamados en la Ley 13/1995.
- TRAGSA subcontrata la ejecución de las obras con otras empresas actuando como una sociedad mercantil que opera en régimen de derecho privado. Ostenta una posición de dominio en el mercado en virtud de disposiciones normativas y abusa de la misma imponiendo unilateralmente precios y condiciones no equitativas a los empresarios con los que subcontrata.

El pronunciamiento sobre tales extremos exige un análisis del régimen jurídico de TRAGSA y de su compatibilidad o no con las normas de defensa de la competencia, cuestión que se aborda en los siguientes Fundamentos de Derecho.

3. 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 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".

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).

4. 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 sesenta apartado uno de la vigente Ley de Contratos del Estado".

5. 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*".

6. 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).
7. 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.
8. Finalmente, 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.

La aplicación práctica del sistema citado se explicita detalladamente en el acuerdo de archivo, siendo innecesaria su reiteración.

9. Atendiendo a lo establecido en las normas y Convenios citados, el Tribunal concluye 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, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal.

En su escrito de alegaciones CNC señala que TRAGSA se encuentra clasificada como contratista para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y que, en tal condición, resulta adjudicataria de obras de diferentes Administraciones Públicas, añadiendo que también presta sus servicios a particulares.

A juicio del Tribunal esta afirmación no resulta incompatible con la afirmación de que las obras ejecutadas por TRAGSA en el marco antes delimitado deben calificarse como ejecutadas directamente por las Administraciones ordenantes de las mismas.

En efecto, 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 se denuncien los supuestos concretos en que presuntamente se han producido conductas prohibidas, sin que el Servicio deba iniciar una "causa general" en relación con el conjunto de tales actividades empresariales de TRAGSA.

10. Por otra parte, se ha planteado la cuestión de que TRAGSA, cuando ejecuta las obras ordenadas por las Administraciones públicas, subcontrata con empresarios privados y abusa de su posición de dominio, imponiendo unilateralmente precios y condiciones no equitativas.

Esta alegación debe ser rechazada por cuanto que los supuestos que el denunciante califica como "subcontratación" son en realidad contratos que la LCAP 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.

11. Finalmente debe rechazarse la alegación de la recurrente sobre si la colaboración de los empresarios privados ha superado o no el 50% del importe

total del proyecto por cuanto que esta circunstancia, de conformidad con el artículo 153 LCAP, no altera la naturaleza del contrato operando únicamente a los efectos de que, en caso de superarse, deba justificarse en el expediente.

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

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción 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.

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.