

## RESOLUCIÓN (Expte. R 255/97 Tragsa 1)

### **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

En Madrid, a 30 de diciembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente r 255/97 (1596/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la representación de la Asociación Española de Compañías Aéreas (AECA) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 30 de julio de 1997 por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la Empresa de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La Asociación Española de Compañías Aéreas (AECA) formuló denuncia con fecha 2-4-1997 contra la Empresa de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) por supuestas conductas prohibidas por los arts. 1 y 6 LDC consistentes en acceder a la extinción de incendios mediante adjudicación directa de las Comunidades Autónomas y llevar a cabo dicha actividad a precios predatorios.
  
2. El Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) acordó llevar a cabo una información reservada solicitando información de su actuación a TRAGSA, quien, en resumen, argumentó que se trata de una entidad creada legalmente para dar apoyo técnico al IRYDA e ICONA y que tiene la consideración de servicio técnico de la Administración para la realización de determinadas obras y servicios y actúa por mandato de la Administración que tiene la obligación de cumplir. Al traspasarse las competencias del ICONA a las diversas Comunidades Autónomas, éstas pueden, según las diversas normas de traspaso de competencias, ordenar a TRAGSA la realización de las

obras y servicios que le pedían antes aquellos organismos de la Administración Central. Los precios los fija la propia Administración.

En el caso concreto de la extinción de incendios sólo ha actuado en incendios forestales y el volumen de facturación ha sido en 1995 de 28 millones de pesetas a la Comunidad Autónoma Canaria, y en 1996 de 128 millones de pesetas (28 al Principado de Asturias y 100 a la Comunidad Autónoma de Galicia).

Tiene autorización de Aviación Civil para esta actividad que fue impugnada por AECA y confirmada por el Ministerio de Obras Públicas, pendiente de resolver en vía jurisdiccional.

Su actuación en la extinción de incendios forestales se debe fundamentalmente a criterios de eficiencia, toda vez que en las zonas forestales cuenta con importante parque de maquinaria y mano de obra que en caso de un incendio se coordina con la actuación del helicóptero que ha adquirido para la extinción de incendios.

3. El SDC archivó la denuncia por Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 30-7-97 dado que la cobertura legal con que actúa TRAGSA y que se analiza en dicho Acuerdo, la coloca en relación de subordinación con las distintas Administraciones, debiendo realizar los trabajos que le ordenan como medio de la Administración, no infringiéndose por tanto el art. 1 LDC. Los trabajos que realiza no están dentro del mercado ni del marco de la competencia.

La actuación en la extinción de incendios forestales no supone ilegalidad alguna y se realiza cubriendo los costes en que incurre, cuya tarifas aprueba la Administración, no pudiendo hablarse de precios predatorios.

No goza de posición de dominio en el mercado de extinción de incendios por medios aéreos, siendo muy escasa su actividad y, por tanto, no ha podido abusar de la posición que no ostenta.

Frente a 28 y 128 millones facturados por TRAGSA en 1995 y 1996, respectivamente, la única empresa miembro de AECA que ha respondido a la petición de información manifestó que facturó 1.161.976.000 ptas. y 1.503.000.000 ptas. en los mismos períodos, referidas todas estas facturaciones a la extinción de incendios forestales por medios aéreos.

4. El Acuerdo de archivo fue recurrido por AECA mediante escrito que tiene fecha de entrada en el TDC de 18 de agosto de 1997. Entiende la recurrente que la interpretación que se ha realizado por el Servicio de Defensa de la

Competencia 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 el constante ofrecimiento de servicios por parte de TRAGSA.

5. Con fecha 8 de septiembre de 1997 el TDC se dirige a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia solicitando el Informe a que se refiere el art. 48.1 LDC. El Informe del Director General hace constar que en el Expediente no está la acreditación de D. Felipe Navío Berzosa para presentar recursos en nombre de AECA, que el recurso ha sido presentado en el plazo que establece el art. 47 LDC y que las alegaciones contenidas en el recurso carecen de fundamento toda vez que el Servicio de Defensa de la Competencia ha realizado un análisis exhaustivo de la normativa que configura TRAGSA, por lo que hay que concluir que su comportamiento no es autónomo, sino que debe realizar las obras que le ordenan las Administraciones Públicas en la extinción de incendios por medios aéreos y, por tanto, no existe infracción del art. 1 LDC. También se señala por el Servicio de Defensa de la Competencia que, en contra de lo dicho en el recurso, se ha estudiado el mercado de la extinción de incendios forestales por medios aéreos y se ha comprobado que el volumen de actividad de TRAGSA en el mismo es muy escaso por lo que no puede abusar de posición de dominio que no tiene.
6. Subsanao por el recurrente, a requerimiento del Tribunal, el defecto formal de la no acreditación de sus poderes de representación, por Providencia de 8 de octubre de 1997, se designó Ponente para la tramitación del Expediente y se concedió a las partes el término que para alegaciones establece el art. 48.3 LDC.
7. AECA en su escrito de alegaciones de fecha 30 de octubre de 1997, después de diversas consideraciones generales sobre el perjuicio que a las empresas privadas que compiten en el mercado se las está causando por la Administración con la cobertura legal a empresas como TRAGSA, parece concretar su recurso a lo siguiente:
  - 7.1. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para los trabajos y para los servicios y con carácter general para los contratos en los que interviene la Administración, establece formalidades y procedimientos que no evitan la concurrencia, sino que la postulan (art. 9).
  - 7.2. De modo específico para las obras, la Ley establece un procedimiento especial: la ejecución de las obras por la propia Administración a través

de sus medios (Capítulo IV del Título I, Libro II Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La extensión que se ha hecho en el art. 6 del Real Decreto creador de TRAGSA aplicando el régimen del art. 191 del Reglamento de Contratos del Estado que sólo se refiere a "obras", no es admisible al hacerse reglamentariamente frente a una Ley.

- 7.3. Considera el recurrente mucho más inadmisibile el que por el Servicio se interprete que, ampliado el objeto de TRAGSA a trabajos aéreos, la adjudicación de dichos trabajos a esta empresa por las Administraciones se haga mediante el régimen jurídico de las obras y a una persona jurídica de derecho privado, que no es Administración, aunque pertenezca al Estado y dependa de un órgano administrativo. Esto supone ir frontalmente contra la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en concreto contra el art. 153.1 que con carácter restrictivo sólo permite la ejecución de obras por los propios servicios. La norma reglamentaria es nula por contraria a la Ley.
  - 7.4. El art. 153.1 de la LCAP establece que "la ejecución de las obras por la Administración podrá verificarse..." luego no hay mandato legal, imperativo, para las Administraciones y además esta facultad está circunscrita a la observancia de estrictos requisitos por lo que la contratación de la Administración con la empresa pública debe hacerse dentro de las reglas de competencia.
  - 7.5. Cita la STS de 10 de febrero de 1989 que establece como condición básica para la creación de empresas públicas el que se sujeten a las reglas de libre competencia sin privilegio alguno directo ni indirecto.
  - 7.6. El nuevo párrafo del art. 2.1 LDC viene a evitar interpretaciones que impidan la imputación de prácticas restrictivas de la competencia a las Administraciones Públicas.
8. TRAGSA en sus alegaciones (escrito de 23 de octubre de 1997 que tiene entrada en el Tribunal el día 28) manifiesta:
    - 8.1. Inadmisibilidad del recurso. Entiende la representación de TRAGSA que el recurso debió haber sido declarado inadmisibile por dos motivos fundamentales. De una parte, porque falta el acuerdo válido de la Asociación denunciante por iniciar y mantener la acción ya que el acuerdo es tomado por la Junta Directiva que carece de competencias para esta decisión que corresponde a la Asamblea de socios, según sus Estatutos. De otro lado, porque en el recurso no se explicitan los

motivos en que se funda, pese a la advertencia hecha al respecto por el SDC al notificar el Acuerdo impugnado y lo dispuesto al respecto en la Ley 30/1992.

8.2. De entrarse a considerar el recurso, el mismo deberá ser rechazado por ser TRAGSA un medio puramente instrumental de las Administraciones Públicas y adecuarse a Derecho la constitución y funcionamiento de la misma.

8.3. Finalmente, la actuación de TRAGSA en el ámbito concreto de la extinción de incendios es plenamente ajustada a Derecho. Termina suplicando que se declare la inadmisibilidad del recurso y subsidiariamente que se confirme el Acuerdo objeto de recurso.

9. Son interesados:

- AECA
- TRAGSA

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Impugnada la admisibilidad del recurso por TRAGSA procede comenzar por examinar esta impugnación.

La primera causa alegada es la falta de acuerdo válido por parte de la Asociación AECA para iniciar la denuncia y mantenerla a través del recurso.

Según se deriva de los Estatutos de AECA, dicha Asociación tiene por objeto, entre otros, la defensa de los intereses de las compañías aéreas (art. 2) entre las que cabe sin duda impugnar y, en su caso, denunciar también ante los órganos de Defensa de la Competencia, actuaciones en el sector aéreo como las realizadas por TRAGSA cuya intervención en este campo, aunque limitado a la extinción de incendios, pudiera perjudicar los intereses de sus asociados. De otro lado, a tenor del art. 20 de dichos Estatutos su Presidente es la persona cualificada para representar a la Asociación ante toda clase de organismos y de cualquier ámbito competencial y territorial, incluidos Tribunales de Justicia y organismos de la Administración y, en la certificación acompañada por AECA con fecha 29 de septiembre de 1997 junto con copia de los Estatutos, se señala que D. Felipe Navío Berzosa es el Presidente de AECA. Luego estaba legitimado no sólo para denunciar, para lo que está cualquier persona aunque no sea interesada, sino también para ser considerada interesada AECA en el Expediente (art. 36 LDC) y en consecuencia para perseguir el Expediente por todos sus trámites y recurrir el Acuerdo de archivo (art. 47 LDC).

Por lo que respecta a la segunda causa de inadmisibilidad del recurso esgrimida por TRAGSA, no explicitar los motivos del recurso, pese a la advertencia que se le hizo al respecto al notificársele el Acuerdo impugnado y lo dispuesto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, también debe ser rechazada.

En el escrito de interposición del recurso se explicitan, aunque sintéticamente, los motivos por los que se recurre: por entender que la interpretación realizada por el SDC sobre la naturaleza jurídica de TRAGSA y sus relaciones con las distintas Administraciones no se corresponden a la realidad en que se desarrollan las mismas y por entender que no se ha realizado comprobación alguna y el Acuerdo impugnado se mantiene en un ámbito estrictamente teórico. En definitiva, aunque de forma sucinta, se exponen los motivos del recurso contra un acto de archivo por parte del SDC, para lo que el art. 47 LDC habilita recurrir al Tribunal. Cosa distinta es que la fundamentación pueda ser estimada.

Por todo ello, procede entrar a examinar el fondo del recurso.

2. Se denuncia por AECA la realización de conductas prohibidas por los arts. 1 y 6 LDC por parte de TRAGSA en la extinción de incendios forestales mediante adjudicación directa de las Comunidades Autónomas.

Si bien al Tribunal de Defensa de la Competencia le corresponde resolver los asuntos que al mismo se le plantean desde la única perspectiva de la competencia (art. 25.a. LDC), resulta en muchos casos imprescindible el comenzar por examinar el marco legal en que la práctica o el sujeto que la realiza se desarrolla, tal y como acontece para poder resolver el presente recurso.

- 2.1. La compleja normativa que regula las actividades de TRAGSA arranca del Real Decreto 379/1977 que autoriza a su creación como empresa pública continuadora del Parque de Maquinaria, órgano administrativo integrado en el IRYDA, y que tiene la consideración de servicio técnico de la Administración, entre cuyo objeto está la ejecución de las órdenes emanadas de la propia Administración. Como objeto social de TRAGSA se establece, entre otros, *"la realización a instancia de particulares, corporaciones locales u otras Entidades Públicas, de obras de carácter agrario, así como las que encargue el Instituto en los términos del artículo sexto"* (art. 2.4). Y en el artículo sexto se dispone que *"la empresa estará obligada a realizar con carácter de Entidad colaboradora del Instituto, y bajo el régimen del artículo ciento*

*noventa y uno 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 Maquinaria del Organismo viene realizando en la actualidad".*

- 2.2. El Real Decreto 1173/1977, de 11 de julio, que modifica el anterior de creación de TRAGSA, da nueva redacción al artículo sexto, estableciendo que "*La Empresa estará obligada a realizar obras ...*" cita las mismas señaladas en la primitiva redacción del artículo, añadiendo "*Las obras, que a título obligatorio, realice la empresa por orden del Instituto, 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 ...*".
- 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). No se puede olvidar que el Decreto-Ley de 28 de octubre de 1971, que creó ICONA estableció entre sus funciones la defensa contra los incendios forestales y el Decreto de 23 de diciembre de 1972, por el que se aprobó el Reglamento de Incendios, estableció expresamente que las actividades encomendadas al Ministerio de Agricultura para la prevención y extinción de incendios forestales debían ser promovidos y efectuados por el ICONA, incluyéndose funciones y competencias más amplias tendentes a evitar y extinguir incendios forestales.
- 2.5. Los Reales Decretos de Transferencia en materia de reforma y desarrollo agrario a las Comunidades Autónomas de Canarias (Real Decreto 1937/1985, de 9 de octubre), y Asturias (Real Decreto 641/1985, de 2 de abril) reconocen la "*calidad de servicio técnico de la Administración*" para TRAGSA, lo que queda también ratificado en los

convenios administrativos que los desarrollan, así como la obligación de TRAGSA de ejecutar las obras y servicios que por aquellas Comunidades se le ordene.

3. Según consta en el Expediente, TRAGSA realizó trabajos de extinción de incendios empleando medios aéreos en el año 1995 por importe de 28 millones de pesetas por orden de la Comunidad Autónoma de Canarias y en el año 1996 por importe de 128 millones de pesetas (28 millones correspondientes a los ordenados por el Principado de Asturias y 100 millones a la Comunidad de Galicia).

TRAGSA se encuentra autorizada por Resolución de la Dirección General de Aviación Civil de fecha 28 de junio de 1995, posteriormente renovada, para realizar actividades de patrullaje, lanzamiento de agua con helicóptero y apariciones de emergencia, Resolución recurrida por la aquí denunciante y hoy recurrente AECA y desestimado su recurso en vía administrativa, pendiente de resolver por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Actúa en los supuestos objeto de este Expediente en ejecución de los trabajos ordenados por las respectivas Administraciones Autonómicas según su especial configuración jurídica no estándole permitido el elegir si los realiza o no dado que su relación es de subordinación configurado normativamente como servicio técnico de las Administraciones. Estos trabajos no están dentro del mercado ni, por tanto, del marco de la competencia aunque existan empresas oferentes de los mismos servicios, pues TRAGSA ni puede elegir estos trabajos ni se puede negar a realizarlos como medio que es en este caso de las respectivas Administraciones Autónomas.

El empleo de medios aéreos en la extinción de los incendios forestales a que se refiere este Expediente está dentro de su objeto y competencias ya que así debe considerarse desde la normativa examinada que le da amparo legal, toda vez que los medios aéreos de que dispone son herramientas necesarias para la extinción de los incendios forestales y cuenta además con la correspondiente licencia según se ha examinado.

Por todo ello, debe concluirse que TRAGSA no ha podido infringir los arts. 1 y 6 LDC por estar los trabajos realizados al margen del mercado en el que exigen los citados preceptos que se intervenga para poder considerarse la conducta como contraria a la libre competencia. Es, pues, en la vía administrativa previa y posterior contencioso-administrativa donde deberían en su caso ser impugnadas las atribuciones que la diversa normativa atribuye a TRAGSA, tal como, el hoy recurrente, ha realizado respecto de la Resolución de la Dirección General de Aviación Civil que autorizó a TRAGSA para la utilización de medios aéreos.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no puede entrar a examinar cuestiones de legalidad que están al margen de sus atribuciones que, como ya se señala al principio de la fundamentación jurídica, se contraen exclusivamente a la preservación de la libre competencia en el mercado en donde no participa TRAGSA como ya se ha examinado anteriormente. En consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto por AECA, confirmándose el Acuerdo recurrido por los propios fundamentos que en el mismo se contienen y los que se señalan en la presente.

**VISTOS** los preceptos legales anteriormente citados y los demás de general y pertinente aplicación, el Tribunal

### **HA RESUELTO**

Desestimar el recurso interpuesto por AECA contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 30 de julio de 1997 por el que archivó la denuncia presentada por aquélla y confirmar el anterior Acuerdo en todos sus términos.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso administrativo alguno y que podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta Resolución.