

Roj: SAN 6303/2003  
Id Cendoj: 28079230062003100605  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 9/2000  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Restaurante Garden S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de octubre de 1999, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Restaurante Garden S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de octubre de 1999, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando a tal fin lo que estimó oportuno.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día siete de mayo de dos mil tres.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demas Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de octubre de 1999, por la que se confirma el archivo de las actuaciones acordado por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 19 de febrero de

1999, iniciadas frente al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla por prácticas restrictivas de la libre competencia, en virtud de escrito presentado por la hoy actora.

Las referidas prácticas imputadas consisten en la denegación de licencia de apertura y clausura del restaurante de la recurrente, en aplicación del Texto Refundido de las Ordenanzas del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla.

SEGUNDO: Previamente al análisis de la cuestión planteada conviene recordar:

A) El *artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio* dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...".

En cuanto al *artículo 6* del mismo Texto Legal, tipifica el abuso de posición de dominio.

B) El *artículo 10.1* del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los *artículos 1, 6 y 7... multas de hasta 150.000.000* pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...". En su párrafo segundo el citado precepto establece criterios de graduación de las sanciones atendiendo a la importancia de la infracción.

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Del segundo de los preceptos citados resulta, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido mediante la explotación de la posición de dominio o la realización de la practica anticompetitiva, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto o la explotación de tal posición, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

La reforma operada por *Ley 52/1999* no afecta en nada la regulación contenida en los *artículos 1 y 6* en lo que aquí interesa respecto a la tipificación de la conducta.

Tampoco afecta la citada reforma al *artículo 10*, pues aún cuando se añaden dos números, no se alteran los antes transcritos que son los de aplicación - tampoco se incide en aspectos relevantes a este recurso en la posterior reforma -.

Pues bien, el problema de autos parte del análisis de las competencias ejercidas por el Ayuntamiento a la luz del *artículo 2 de la Ley 16/1989*, en la redacción dada por el *Real Decreto Legislativo 7/1996* en cuanto incluye en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia los supuestos de ejercicio de potestades administrativas no amparadas legalmente.

TERCERO: La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la actuación pública y privada de la Administración justifica el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúa con sometimiento a Derecho Privado; si bien, actuando en ejercicio de las funciones que le viene atribuida por

Ley, impide el sometimiento de estos a los *preceptos de la Ley 16/1989*.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, es determinar qué competencias actúa el Ayuntamiento denunciado, esto es, debe establecerse si la conducta objeto de autos se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada.

CUARTO: Con lo dicho hasta ahora, entramos en el examen de la segunda de las cuestiones enunciadas: naturaleza y alcance de las funciones actuadas. Es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: la afirmación de que el comportamiento del Ayuntamiento lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el *artículo 2 de la Ley 16/1989*, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado.

Pues bien, como correctamente se recoge en la Resolución impugnada, la competencia para otorgar licencias administrativas de apertura u ordenar, en caso de improcedencia de las mismas, el cierre, vienen atribuidas a los Entes Locales por la Ley de Bases del Régimen Local, y respecto de tales decisiones se establece el correspondiente recurso en vía administrativa previa a la jurisdiccional.

Efectivamente, las licencias administrativas responden al concepto de fiscalización previa de la Administración de determinadas actividades, se incluyen en el concepto de actos de autorización reglados, y suponen un control previo de legalidad sobre la actividad que se pretende desarrollar.

En caso de discrepancia sobre la actuación en este ámbito de la Administración, el régimen del control de legalidad de la misma viene determinado por los correspondientes recursos en vía administrativa y judicial frente al propio acto, pero no se somete al control de un órgano regulador como es el TDC, pues la actuación administrativa se desarrolla en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente. Por otra parte, cualquier perjuicio que derive de tal actuación administrativa, habrá de hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad patrimonial de las Administraciones.

QUINTO: Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Restaurante Garden S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Luciano Rosch Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de octubre de 1999, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985*, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.