

RESOLUCIÓN (Expte. R 148/96. Tragsa)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid, a 30 de abril de 1996.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. Cristina Alcaide Guindo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 148/96 (1239/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la representante de la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas (la Agrupación) contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia (el Servicio), de 9 de febrero de 1996, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la Comunidad Autónoma de Aragón, el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) y la Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 21 de febrero de 1996 se recibió en el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal) un escrito de Dña. Africa Martín Rico, en representación de la Agrupación por el que interponía recurso ordinario contra el Acuerdo del Servicio de 9 de febrero de 1996 por el que se archivaron las actuaciones derivadas de su denuncia de 10 de mayo de 1995 contra el Convenio suscrito el 12 de febrero de 1986 entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA y TRAGSA para la coordinación y colaboración entre ambas Administraciones y la ejecución de obras por TRAGSA (el Convenio). Dicho Convenio se hizo público por Resolución del IRYDA de 20 de febrero de 1986, publicada en el BOE de 6 de mayo siguiente y continúa en vigor tras la desaparición del IRYDA y la integración de sus funciones en la Secretaría General de Desarrollo Rural y

Conservación de la Naturaleza (la Secretaría General), del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA). En él se establece que el régimen normal para la ejecución de obras y servicios por parte de la Comunidad Autónoma en materia de carácter agrario o de mejora del medio rural será su encargo a TRAGSA, como de ejecución, obligatoria para la empresa, de obras ejecutadas directamente por la Administración autonómica con sus propios medios y pudiendo dicha Administración en tales casos realizar anticipos a la Empresa a cuenta de las obras que le confíe. De este modo se sustrae su contratación al régimen de licitación establecido con carácter general para la contratación de las Administraciones Públicas.

2. El Servicio acordó el archivo de actuaciones tras llevar a cabo una información reservada consistente en recabar de las Administraciones Públicas participantes en el Convenio denunciado información sobre la vigencia del mismo y de la influencia que en él pueda tener la modificación de la normativa aplicable a la contratación administrativa.
3. La motivación dada por el Servicio para el archivo de las actuaciones es que la existencia de TRAGSA no es cuestionable ante los órganos de Defensa de la Competencia, que el Convenio impugnado se enmarca en el proceso de transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas y que la normativa de contratación de obras por las Administraciones prevé la posibilidad de la ejecución directa por la Administración implicada si tiene medios propios para ello, interpretándose que las obras ejecutadas por TRAGSA por orden de la Comunidad Autónoma se entienden ejecutadas por la propia Administración y con sus propios medios.
4. La recurrente aduce que, mediante el Convenio, TRAGSA obtiene el monopolio de un conjunto de obras que no salen a licitación por los procedimientos ordinarios establecidos por la Ley de Contratación de las Administraciones Públicas (LCAP), excluyéndose por esta vía un conjunto indeterminado de obras públicas en materia agrícola o de mejora del medio rural del procedimiento de concurrencia entre contratistas, y sin que la reserva especifique siquiera los tipos de obra a que afecta. Considera que el Convenio supone un ataque a la competencia prohibido por el artículo 1.1.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que contraviene la prohibición del otorgamiento de ayudas públicas (pues el Convenio establece la concesión de anticipos del 80% del coste de las obras), y que va contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de noviembre de 1989) y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) por la que específicamente se declara que determinadas normas españolas en materia de contratación pública son contrarias a las

obligaciones comunitarias (STJCE de 17 de noviembre de 1993 As C 71/92 Comisión contra Reino de España).

4. Mediante escrito de 21 de febrero, el Secretario del Tribunal solicitó al Servicio la remisión del expediente y del informe previsto en el artículo 48.1 de la LDC. El Servicio, mediante escrito de 23 de febrero, comunicó que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la LDC y que se ha acreditado poder bastante por parte de la persona que lo presentó. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.
5. Se puso de manifiesto el expediente a la recurrente, a la Diputación General de Aragón, al IRYDA (hoy Secretaría General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza) y a TRAGSA para que formularan alegaciones. Dicho trámite fue evacuado por todos los interesados.
6. TRAGSA manifiesta en síntesis: 1) que las argumentaciones presentadas en la denuncia y en el escrito de interposición de recurso nada tienen que ver con las prohibiciones de la LDC, por lo que los órganos de Competencia no son competentes para juzgar el Convenio combatido; 2) que es impensable que en el Real Decreto de traspaso de funciones se puedan especificar detalladamente los tipos de obras que la autoridad autonómica vaya a encargar de forma indefinida a TRAGSA para que las ejecute en calidad de servicio realizado con los propios medios de la Administración, sino que las necesidades van variando a lo largo del tiempo; 3) que el ámbito de actuaciones encargadas a TRAGSA coincide con el contenido en el Decreto 379/77 de creación de dicha sociedad; 4) que el procedimiento de encargo previsto en el Convenio combatido está amparado por lo previsto en el artículo 153.1 a) de la LCAP que adapta las normas de contratación pública españolas a las exigencias de las Directivas Comunitarias de contratación de suministros, obras y servicios en su versión actual, sin que haya sido necesario modificar el contenido de dicho artículo que se corresponde textualmente con el del artículo 60.1 de la derogada Ley de Contratos del Estado; 5) que las normas de contratación establecidas por las Directivas Comunitarias de contratación pública no encuentran su fundamentación jurídica en las reglas de libre competencia del Tratado (artículos 85 a 92 del Tratado de la Unión Europea [TUE]); 6) que el Convenio no tiene ningún efecto restrictivo de la competencia ni conduce a un reparto de mercados, puesto que no concede privilegio alguno a la empresa sino, por el contrario, su obligación de disponibilidad inmediata: la Diputación General de Aragón no tiene la obligación, sino el derecho, de encargar a TRAGSA la ejecución de obras; y 7) que, por tanto, TRAGSA no goza de ninguna posición de dominio en el mercado ni ha realizado actos concretos que puedan considerarse abusivos y prohibidos

por el artículo 6 de la LDC por la simple toma de conocimiento de un Convenio administrativo.

7. La Secretaría General aduce además: 1) que ni ella ni el antiguo IRYDA pueden ser considerados sujetos de mercado; 2) que el Convenio combatido no puede ser calificado de "acuerdo entre empresas" a los efectos de la prohibición del artículo 1 de la LDC; 3) que el régimen de utilización de TRAGSA por parte de la Administración autonómica es objeto de regulación en todos sus extremos fundamentales en el apartado 1 de la letra D) del Real Decreto 643/1985, que forma parte de la legislación pactada entre el Estado y las Comunidades Autónomas; 4) que la suscripción por TRAGSA del Convenio es de simple toma de razón, sin que pueda ser considerada parte en el mismo; 5) que la concesión potestativa de anticipos no equivale a la concesión de "ayudas públicas", que en los últimos años la Diputación General de Aragón no los ha concedido y que la Secretaría General ya no puede concederlos; y 6) que el Convenio no contraviene el derecho constitucional a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española (CE).
8. Las alegaciones de la Diputación General de Aragón no aportan nada nuevo respecto a las ya expresadas por las otras denunciadas.
9. El Pleno ha deliberado en sus reuniones de 16 y 29 de abril y ha encargado a la Ponente la redacción de la Resolución.
10. Son interesados:
 - Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas.
 - Diputación General de Aragón.
 - Secretaría General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza. (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación).
 - Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El asunto que debe discutirse, de acuerdo con el recurso, es si existen indicios racionales que induzcan a pensar que la suscripción del Convenio de 12 de febrero de 1986 y su aplicación para el encargo directo a TRAGSA de las obras de carácter agrario y de mejora del medio rural pueden constituir una infracción de las normas de competencia establecidas en la LDC y en los artículos 85 y 86 del TUE. Aunque el Servicio ha planteado el Acuerdo de archivo como si hubiera que discutir si procede que con arreglo a la LDC se revise la legalidad de la

existencia de TRAGSA y si las obras ejecutadas por TRAGSA deben o no ser consideradas como ejecutadas por la Administración mediante sus propios medios de modo que la contratación directa y sin acudir a licitación esté amparada por la excepción prevista en el artículo 153.1.a) de la LCAP, de lo que realmente se trata es de determinar si el Convenio combatido es susceptible de ser considerado un acuerdo restrictivo de la competencia; si, en caso afirmativo, tiene amparo legal suficiente para acogerse a la excepción del artículo 2 de la LDC; y si existen indicios de que el acuerdo o su aplicación en la práctica pueden constituir un abuso de posición de dominio en la contratación de obras públicas de carácter agrario en la Comunidad Autónoma de Aragón.

2. Para poder pronunciarse sobre la existencia o no de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989 es preciso comenzar por analizar el funcionamiento del mercado de obras públicas agrarias y de mejora rural en Aragón, quiénes son los oferentes y demandantes en dicho mercado y si del análisis de los hechos se deduce alguna aparente reserva de mercado a favor de TRAGSA que pueda derivarse de la aplicación del Convenio combatido más allá de lo previsto en el Real Decreto 643/1985. Nada de ello ha sido investigado por el Servicio, que se ha limitado a hacer una valoración de la licitud de la alegada reserva de mercado a favor de TRAGSA al considerar que la excepción del artículo 153.1.a) de la LCAP es aplicable a cualquier encargo de obras a TRAGSA.
3. El Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente -el único órgano administrativo competente- para determinar si una práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del artículo 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la excepción de su artículo 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias, que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. No hay riesgo, por tanto, de que, acudiendo a los órganos de Defensa de la Competencia para combatir una conducta restrictiva de la competencia en aplicación de la LDC, un denunciante pueda sustraer de los tribunales contencioso-administrativos el juicio sobre la actuación de uno o varios órganos administrativos en los extremos para los que dichos tribunales son competentes.

4. A pesar de lo alegado por la Secretaría General, tanto ella misma como la Diputación de Aragón son sujetos operadores en el mercado en función de demandantes cuando encargan suministros, obras y servicios. No es impensable, por tanto, que en tal calidad puedan ser sujetos de la prohibición del artículo 1 de la LDC. Si, tal como denuncia la Agrupación, la aplicación del Convenio convierte en habitual el encargo directo a TRAGSA de todas las obras agrarias y de mejora rural que la Diputación General de Aragón acomete, no se puede descartar que la aplicación del Convenio combatido constituya un acuerdo restrictivo de la competencia susceptible de caer bajo la prohibición del artículo 1 de la LDC si no es de aplicación la excepción contenida en su artículo 2.

5. *Prima facie* no puede aceptarse ninguno de los dos argumentos principales en que descansa la defensa para, subsidiariamente, alegar la excepción del artículo 2 de la LDC: ni el Convenio combatido es una disposición reglamentaria dictada en aplicación de una Ley, ni es evidente que sea legítimo aplicar la excepción del régimen general de contratación pública contenida en el artículo 153.1.a) de la LCAP a todas las obras realizadas por TRAGSA por encargo de las Administraciones competentes en materia de reforma y desarrollo agrario.
 - 5.1. El Convenio no es una disposición reglamentaria dictada en aplicación de la Ley puesto que va más allá de lo previsto en el Real Decreto 643/1985 que sí lo es, siendo el Estatuto de Autonomía la Ley de amparo.

Mientras el Real Decreto establece que se seleccionarán, de común acuerdo entre la Comunidad Autónoma y la Administración del Estado, las obras cuya ejecución estará obligada a ejecutar TRAGSA y que serán consideradas como ejecutadas directamente por la Administración con sus propios medios, el Convenio prescribe que la Consejería encargará normalmente a TRAGSA *"las obras realizadas dentro del territorio de la Comunidad de nivelación, movimiento de tierras y drenajes, caminos rurales, sondeos, captación de aguas subterráneas y depuración de residuales, trabajos de desfonde, roturación, conservación de suelos, regulación hidrológica, forestales, de concentración parcelaria, transformación en regadío, actuaciones en fincas y, en general, cualquier obra de carácter agrario o de mejora del medio rural"*, como de ejecución obligatoria para la empresa tanto si figuran en los programas conjuntos del IRYDA (hoy Secretaría General) y de la Comunidad, como si corresponden a programas de inversiones que sean exclusivos de esta última y procurará comunicar con la mayor antelación posible

sus planes de actuación a la Empresa a fin de organizar conjuntamente el trabajo a ejecutar por ésta y determinar el ritmo de ejecución de las obras.

El Convenio convierte en habitual un procedimiento excepcional y va más allá del mandato contenido en el Real Decreto de que se proceda a una selección conjunta de los tipos de obras que serán objeto del régimen excepcional, convirtiendo una obligación impuesta a TRAGSA en la concesión *de facto* a la misma de un derecho exclusivo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2 CE, *de iure* solamente puede concederse mediante Ley.

- 5.2. La interpretación del artículo 153.1.a) de la LCPA en el sentido de que pueden considerarse ejecutadas por la Administración directamente y mediante medios propios, y por tanto exentas de la obligación de licitación, todas las obras y servicios prestados por una Sociedad Anónima como es TRAGSA a una Administración Pública podría infringir las obligaciones del Reino de España establecidas por las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, pueden ser invocadas directamente por los particulares contra la Administración ante los tribunales nacionales una vez transcurrido el plazo otorgado en las mismas para su trasposición a los ordenamientos de los Estados miembros (STJCE de 13.11.1990, As C 106/89 Marleasing). En el caso actual, serán de aplicación fundamentalmente las obligaciones establecidas en la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DOCE L 199 de 9.8.93). Bajo estas condiciones, el Convenio combatido podría constituir una infracción de lo previsto en el artículo 85 del TUE si se determinara que crea *de facto* una reserva de mercado a favor de TRAGSA que restringe la competencia dentro del mercado común al impedir a empresas comunitarias la concurrencia por el mercado.
6. Por el contrario, si de la investigación de las condiciones del mercado de obras públicas agrarias en Aragón se dedujera que la aplicación del Convenio concede una posición de dominio en el mercado a TRAGSA, de ello no puede deducirse que por dicha empresa se esté cometiendo infracción del artículo 6 de la LDC o del artículo 86 TUE, puesto que no parece verosímil que TRAGSA tenga la capacidad de imponer a las Administraciones la reserva para sí del mercado de obras públicas agrarias en el territorio aragonés.
7. El litigio se deriva del aparente cierre a todos los operadores distintos de TRAGSA de la posibilidad de concurrir por el mercado de obras públicas

agrarias en el territorio de Aragón, hecho que no ha sido investigado por el Servicio al decretar el archivo de las actuaciones. De la información obtenida hasta el momento se deduce que las condiciones de competencia para la ejecución de obras públicas agrarias en Aragón pueden estar distorsionadas como consecuencia de la aplicación del Convenio combatido. Por ello, el Tribunal debe resolver el recurso estimando la existencia de indicios de infracción, aunque sin prejuzgar lo que pueda resultar de una investigación suficiente, a no ser que el Tribunal acepte que toda actuación en el mercado por parte de órganos públicos cae fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, lo cual dista mucho de la doctrina permanentemente mantenida por este Tribunal en relación con el alcance de aplicación de la citada Ley, cuya promulgación ha modificado sustancialmente la cobertura de la vieja Ley 110/1963 que excluía expresamente las situaciones de restricción de competencia establecidas por el ejercicio de potestades administrativas en virtud de disposición legal.

8. De todo lo actuado se desprende que parecen existir restricciones a la competencia derivadas de una reserva *de facto* del mercado a favor de TRAGSA, que es necesario investigar antes de poder decidir sobre si corresponde o no archivar o sobreseer el expediente.

Solamente después de conocer si TRAGSA realiza o no la mayor parte de las obras y servicios agrarios y de reforma rural y lo hace al margen del sistema general de licitación, si las condiciones económicas de la ejecución son más o menos ventajosas para la Administración y si, por tanto, con la aplicación del Convenio se está concediendo a TRAGSA una ventaja monopolística frente a las empresas privadas que serían sus competidoras naturales, es posible determinar si corresponde o no imputar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia a los participantes en el Convenio, y/o que el Tribunal decida dirigirse a la autoridad administrativa tutelante formulando una propuesta de supresión de la situación de restricción de competencia detectada.

Por ello se interesa del Servicio que incoe expediente, continúe la investigación y, dependiendo de los resultados, proceda en consecuencia.

VISTO cuanto antecede, el Tribunal

RESUELVE

1. Estimar el recurso interpuesto en nombre de la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 9 de febrero de 1996 por el que se archivan las actuaciones que tuvieron su origen en el escrito presentado por la recurrente contra la Diputación General de Aragón, el IRYDA (hoy Secretaría General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza del MAPA) y la Empresa Nacional de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) y revocar el archivo.
2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados en los términos indicados en los Fundamentos de Derecho 2 y 8 y, en su caso, la formulación de pliego de concreción de hechos que podrían ser constitutivos de infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 85 del TUE o la remisión al Tribunal de lo actuado para que éste decida, a la vista de ello, sobre la pertinencia de una propuesta razonada de supresión de la restricción de competencia detectada.

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 al de la recepción de esta Resolución.

He manifestado mi voto contrario al de la mayoría por las razones expuestas en el Pleno del Tribunal relativas a la existencia de cobertura legal para la celebración del Convenio entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario y la Empresa de Transformación Agraria, S.A., para la coordinación y colaboración de ambas Administraciones y la ejecución de obras por la empresa; al carácter administrativo del citado Convenio; al respaldo legal que puede derivarse del artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y a la competencia directa de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan respecto del Convenio y de la aplicación de las normas de contratación administrativa.

Fdo.: Jesús Rubí Navarrete

Por estar de acuerdo, en lo esencial, con los argumentos expuestos por el Vocal Sr. Rubí Navarrete, he votado también la desestimación del recurso.

Fdo.: Felipe Bermejo Zofío.