



Roj: **STS 4763/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4763**

Id Cendoj: **28079130032007100218**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/06/2007**

Nº de Recurso: **9449/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 8573/2004,**
STS 4763/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil siete.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 9.449/2.004, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO, representado por el Procurador D. Ángel Luis Fernández Martínez, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 20 de julio de 2.004 en el recurso contencioso-administrativo número 580/2.001, sobre archivo del expediente 2084/99 del Servicio de Defensa de la Competencia.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y BILBAO RÍA 2000, S.A., representada por la Procuradora D^a Isabel Fernández-Criado Bedoya.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 20 de julio de 2.004, desestimatoria del recurso promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra el acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 30 de junio de 2.000 que ordenaba el archivo de la denuncia origen del expediente 2084/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, y contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de marzo de 2.001 que desestimaba el recurso interpuesto contra el acuerdo mencionado. El citado expediente del Servicio de Defensa de la Competencia se inició por la denuncia formulada por el mismo Colegio Oficial contra la sociedad Bilbao Ría 2000, S.A. por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la imposición de una lista cerrada de arquitectos firmantes de los proyectos al convocar el concurso público para la reforma interior del Polígono de Abandoibarra.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 21 de septiembre de 2.004, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro compareció en forma en fecha 24 de noviembre de 2.004, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:



- 1º, por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 9 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas , así como de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción del artículo 6 de la citada Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 1 de la misma, así como de la jurisprudencia, y

- 3º, por infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , y de la jurisprudencia.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, dictando otra más conforme a derecho, por la que se estime la petición contenida en el escrito de denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con cuantas otras consecuencias en derecho procedan.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 29 de noviembre de 2.005 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Bilbao Ría 2000, S.A., cuya representación procesal suplicaba en su escrito que se dicte sentencia en la que se declare la desestimación íntegra del mismo, con expresa condena en costas al recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 1 de marzo de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 5 de junio de 2.007, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro impugna en el presente recurso de casación la Sentencia de 20 de julio de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso entablado contra los Acuerdos del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de marzo de 2.001, y del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 30 de junio de 2.000. Mediante dichas resoluciones se acordó el archivo de la denuncia formulada contra la sociedad Bilbao Ría 2000, S.A., por las supuestas infracciones de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia , que habrían sido originadas por la imposición de una lista cerrada de arquitectos para la firma de proyectos en la convocatoria hecha en 1.999 de un concurso público para la enajenación y edificación de dos parcelas en el marco del Plan Especial de Reforma Interior de Abandoibarra.

El recurso se articula mediante tres motivos, acogidos todos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primero de los motivos se alega la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), en relación con el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y de la jurisprudencia que lo desarrolla, al entender que la previsión de una lista cerrada de arquitectos es una conducta prohibida por el citado precepto de la Ley de Defensa de la Competencia. El segundo motivo se basa en la supuesta infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia , al considerar que la referida limitación supone un abuso de posición de dominio en parte del mercado nacional, consistente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a determinados competidores, como lo son todos los arquitectos no incluidos en la lista. Finalmente, el tercer motivo se funda en la supuesta infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la jurisprudencia aplicativa, al entender que se ha producido una vulneración de normas que afectan a la libre competencia, como las que regulan la venta de parcelas por parte de la Administración pública.

SEGUNDO.- Sobre los antecedentes del recurso de casación.

El Colegio recurrente formuló denuncia en octubre de 1.999 ante el Servicio de Defensa de la Competencia por entender que la fijación, como una de las condiciones particulares del concurso de enajenación y edificación de parcelas ya referido, de la obligación de contar para la redacción del proyecto edificatorio de alguno de los arquitectos que se incluían en una lista de treinta y nueve arquitectos de renombre, resultaba contraria a la libre competencia en perjuicio de todos los colegiados no comprendidos en dicho listado. La cláusula en cuestión decía lo siguiente:



"3.1. Condiciones arquitectónicas

Atendiendo al valor atribuido al concepto arquitectónico como uno de los más importantes en el desarrollo de Abandoibarra, se requiere contar para la redacción del proyecto edificatorio con alguno de los arquitectos de reconocido prestigio nacional o internacional de la siguiente lista:

[...]

La ordenación urbanística del Area de Abandoibarra ha sido definida por el arquitecto Jesús María mediante la redacción de un Master Plan y su consiguiente adaptación al planeamiento urbanístico a través de una Modificación Puntual del Plan Especial de Reforma Interior.

Aunque en ambos documentos se marcan las pautas arquitectónicas que deben seguir todos los edificios del Area, los proyectos que se redacten para la construcción de los mismos serán analizados por Jesús María, quien emitirá el correspondiente informe técnico respecto a su adecuación a los mismos, informe que será sometido a la consideración del Consejo de Administración de BR2000.

El acuerdo del Consejo de Administración de BR2000, a partir del informe de Jesús María será condición indispensable para poder desarrollar el proyecto. Por ello, en la escritura de transmisión de cada parcela se recogerá esta condición como cláusula resolutoria de la adjudicación.

En el desarrollo del proyecto se deberá contar necesariamente con la colaboración de algún arquitecto miembro del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro."

El Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia resolvió archivar las actuaciones por acuerdo de 30 de junio de 2.000 con la siguiente fundamentación:

"III.- VALORACIÓN JURÍDICA

1º.- La cláusula denunciada podría considerarse limitativa de la libre competencia ya que en lugar de establecer criterios objetivos para la elección de arquitecto, impone un criterio subjetivo, como es figurar en un listado, lo que limita la libertad de elección de los promotores a los 39 arquitectos de dicho listado e impide a cualquier arquitecto no incluido en el mismo firmar proyectos para la zona afectada por el concurso público.

2º.- No obstante, su condición de sociedad mercantil, en cuyo capital es mayoritaria la participación de las Administraciones públicas determina que sea aplicable a BR 2000 la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a que su actuación debe ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia.

3º.- Dado que el hecho denunciado es una cláusula del Pliego de Condiciones del Concurso Público para enajenación de dos parcelas en el Polígono de Abandoibarra y que la actuación de la denunciada está sometida a la legislación contractual pública, no procede la denuncia de dicha cláusula ante los Organos de defensa de la competencia, sino ante la Jurisdicción contencioso- administrativa, por ser la única competente en la materia, tal y como ya estableció el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 10.11.98 (Expte. r 325/98; Fº de Dº 3º) en un supuesto similar."

Interpuesto recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Pleno del mismo rechazó el mismo mediante resolución de 21 de marzo de 2.001 con la siguiente argumentación:

"SEGUNDO:

Del examen de las alegaciones de las partes y del conjunto de la documentación unida al expediente debemos de llegar a la conclusión de que las pretensiones deducidas por el recurrente han de ser desestimadas, al no ser aplicables a la conducta denunciada ninguno de los preceptos sancionadores invocado por al parte recurrente.

En efecto, como antes se ha indicado, el argumento básico del Colegio recurrente para desvirtuar la fundamentación del Acuerdo impugnado consiste en señalar que la naturaleza administrativa del acto denunciado no impide la actuación sancionadora de los órganos de Defensa de la Competencia y, si bien dicha argumentación es, en principio, cierta, toda vez que la Ley de Defensa de la Competencia no limita a las empresas del sector privado la aplicación de las prohibiciones que contiene, extendiendo también su eficacia a las situaciones de restricción de la competencia causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos y las empresas públicas, es preciso para ello que su actuación reúna los presupuestos previstos en aquélla.

Es decir, en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría con la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 que, en su Exposición de Motivos, excluía claramente la actuación de la Administración del control del Tribunal de Defensa de la Competencia, la Ley 16/1989, de 17 de julio, además de excluir dichos preceptos, tras la reforma operada en su artículo 2 por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, deja claro,



al distinguir entre actuación de la Administración Pública "con y sin amparo legal", que la actuación de ésta puede estar sujeta también a los preceptos de la LDC.

Por tanto, en principio, ha de indicarse que a la recurrente le asiste la razón cuando señala la posibilidad de que este Tribunal pueda revisar los actos administrativos a los efectos de comprobar que los mismos son conformes a las exigencias de la Ley 16/1989 pues, si bien es cierto, como ya se indicó en la Resolución recaída en expte. r 395/99, de 4 de julio de 2000, que no le corresponde el control de la legalidad de dichos actos, que está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, nada se opone a que puedan examinarse en esta sede sus posibles efectos anticompetitivos.

Ahora bien, para ello, es preciso que dichos actos reúnan los requisitos previstos por la LDC, es decir, que, si se trata de conductas del artículo 1, no estén amparadas por la exención del artículo 2 de la propia Ley y, si se trata de conductas contempladas en los artículos 6 y 7, que se realicen actuando como "operador en el mercado", toda vez que, si bien es cierto que el artículo 1 de la LDC no excluye a ningún autor de los artículos 6 y 10 de dicha Ley, al especificar a quién se puede imponer la multa por infringir los artículos 1, 6 y 7, expresamente establecen que ha de tratarse de "agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas", debiéndose excluir, por tanto, la aplicación de la LDC a la Administración Pública cuando no actúa con tal carácter, en cuyo caso estará sujeta al Derecho Administrativo, pero no al principio de libre competencia (como ha señalado la Audiencia Nacional, Secc.6ª, Sentencia 16-05-1998, rec.904/1995).

TERCERO:

Expuesto lo anterior, es de destacar, en primer término, que en el caso enjuiciado, el acto denunciado consiste en "una cláusula del Pliego de Condiciones" para el concurso convocado por la empresa denunciada para la enajenación de varias parcelas, y que dicha entidad, que es una sociedad constituida con capital público y sin ánimo de lucro, actúa en la gestión urbanística en virtud de concesión administrativa otorgada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, estando sujeta en dicha actividad a la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (conforme establece la disposición Adicional Sexta de dicha Ley), debiendo ajustar su actuación a los principios de publicidad y concurrencia.

Así las cosas, resulta claro que difícilmente se puede aplicar a la conducta denunciada el artículo 1 de la LDC pues, como es sabido, dicho precepto es aplicable exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales, pero no a las decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto, como ocurre en el caso analizado, debiendo exigirse en todo caso que dichos acuerdos procedan de un concierto de voluntades plurales e independientes entre sí. En este sentido, este Tribunal ha mantenido reiteradamente los expresados criterios de pluralidad e independencia, negando incluso la calificación de acuerdo al pacto suscrito ente empresas de un mismo grupo económico (Resoluciones de 19.11.90 y 22.5.97).

Por tanto, las prohibiciones del artículo 1 no son aplicables en supuestos en los que, como en el caso presente, el acto denunciado es fruto de la voluntad unilateral de la entidad antes expresada.

CUARTO:

Por último, debemos llegar a idéntica conclusión negativa en cuanto a la aplicación al caso presente de los artículos 6 y 7 de la LDC, toda vez que no se pueden aplicar dichos preceptos a una actuación que se realiza por la denunciada, no como "operador económico", sino actuando como Administración, subordinada al conjunto de la misión pública de gestión de servicios de interés económico que le impone la Ley, de manera que la cláusula contenida en el Pliego de Condiciones, establecida para un mejor cumplimiento de esos criterios de gestión que tiene legalmente establecidos, no constituye una actuación anticompetitiva o abusiva, debiendo, en su caso, ser impugnada conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como ya resolvió este Tribunal en un caso muy similar, mediante Resolución 10-11-98 (Expte. r325/98).

En conclusión, de acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que la denunciada haya cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989 de la LDC, procediendo, por tanto, con desestimación del recurso, la confirmación del Acuerdo impugnado." (fundamentos de derecho segundo a cuarto)

Finalmente, la Sentencia ahora impugnada, de 20 de julio de 2.004, rechaza el recurso contencioso administrativo con las siguientes consideraciones jurídicas en cuanto al fondo:

"SEGUNDO.- Por lo que respecta al fondo del asunto, debemos compartir los argumentos expuestos en la resolución impugnada que por otra parte como en la misma se indica reproduce criterios reiterados del propio TDC y de esta Sección. En primer lugar mostramos nuestra conformidad al planteamiento efectuado en el FJ 2 de la resolución impugnada en el sentido de que "a priori", la actuación de la Administración Pública puede estar



sujeta a la legislación sobre competencia, siempre que, obviamente, las conductas objeto de enjuiciamiento puedan enmarcarse en el art. 1 de la LDC, no estén excluidas por el art. 2 y actúe como un operador de mercado; no es este el caso presente, pues, como se indica en el FJ 3 de la resolución recurrida, la cláusula contenida en el Pliego de condiciones se ha impuesto de forma unilateral por la sociedad denunciada que debemos recordarlo, realiza su actividad de gestión urbanística en virtud de una concesión administrativa que le confiere la exclusividad de esa gestión. Por ello también debemos compartir la afirmación de que la denunciada actúa como una Administración subordinada al cumplimiento de los fines de interés general que tiene encomendados, por lo que no le será de aplicación los artículos 6 y 7 de la LDC, y si desde el punto de vista de la legalidad se estima que la actuación de la sociedad no es compatible con ésta, deberá ser impugnada en vía contencioso-administrativa, por lo que procede confirmar el acto impugnado, sin que las alegaciones de la recurrente sobre la limitación de los medios probatorios realizadas en sus dos escritos de conclusiones, evidencie infracción o menoscabo del derecho de defensa." (fundamento jurídico segundo)

TERCERO.- Sobre la conducta que se combate como contraria al derecho de la competencia.

Antes de proceder al examen de los tres motivos en que se funda el recurso de casación resulta pertinente hacer algunas consideraciones previas relativas a la naturaleza de la actuación de la entidad mercantil Bilbao Ría 2000, S.A., que motivó la denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia y de la que traen causa las presentes actuaciones.

Como se ha indicado ya, la denuncia se formula en relación con la inclusión de una determinada condición en el pliego de condiciones de un concurso público convocado en 1.999 por la mencionada sociedad mercantil Bilbao Ría 2000, S.A., de capital público y sin ánimo de lucro, integrada por Administraciones y sociedades públicas correspondientes a las Administraciones central y vasca al 50%. En virtud de estas características, a la citada sociedad anónima le es de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que impone a las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente perteneciente a las Administraciones públicas, organismos autónomos o entidades de derecho público, como es el caso, la obligación de ajustarse en su actividad contractual "a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Conviene, en primer lugar, despejar las dudas que suscitan algunas consideraciones efectuadas tanto por las resoluciones administrativas impugnadas en el procedimiento a quo como por la Sentencia de instancia en relación con el sometimiento de la conducta denunciada al derecho de la competencia. Así, en cuanto al Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien afirma en principio el sometimiento de los actos administrativos a las exigencias de la Ley de Defensa de la Competencia, deduce del artículo 10 de este cuerpo legal que sólo es posible sancionar a los agentes económicos y demás sujetos enumerados en el mismo "debiéndose excluir, por tanto, la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a la Administración Pública cuando no actúa con tal carácter, en cuyo caso estará sujeta al Derecho Administrativo, pero no al principio de libre competencia". Y si bien examina, pese a ello, si la conducta litigiosa está comprendida entre las prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, descarta directamente la supuesta infracción de los artículos 6 y 7 por no haber sido realizada dicha conducta como operador económico, sino como Administración pública, actuando en cumplimiento de los servicios de interés público que le encomienda la Ley. Concluye por ello el regulador que la referida actuación puede ser impugnada de acuerdo con criterios de legalidad ante esta jurisdicción, pero no ante los órganos de defensa de la competencia.

Esta tesis es reiterada por la Sala juzgadora, que asumiendo el principio de sujeción de la actuación de la Administración pública a la legislación sobre competencia, rechaza la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por razones de fondo, mientras que descarta la de los artículos 6 y 7 por actuar la denunciada "como una Administración subordinada al cumplimiento de los fines de interés general que tiene encomendados, por lo que no le será de aplicación los artículos 6 y 7 de la LDC, aunque sí los de la normativa que regula la actuación de la Administración Pública".

Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo. En este sentido, aunque en virtud de la ya mencionada disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la sociedad codemandada



esté sometida a los principios de publicidad y concurrencia y su actuación deba conceptuarse como sometida en parte al derecho administrativo, ello no obsta a que su actividad externa pueda ser enjuiciada en todo caso desde la normativa de defensa de la competencia.

Lo anterior no nos lleva necesariamente, sin embargo, a la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso, pues el error en el que incurre la Sentencia impugnada no implica que se hayan infringido los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicha infracción sólo se habría producido si, en contra de lo que afirma la Sala juzgadora, la conducta denunciada resultase contraria a las previsiones de ambos preceptos, cuestión que examinaremos en los fundamentos quinto y sexto de esta Sentencia.

En estrecha relación con lo anterior debemos hacer una segunda observación en cuanto al alcance del procedimiento objeto de este recurso de casación. Lo que se ha planteado en el mismo es, precisamente, una denuncia ante los servicios de defensa de la competencia en defensa de la libre competencia y con base en la legislación específica del sector. Quiere ello decir que, al versar el procedimiento en exclusiva sobre las cuestiones planteadas ante los órganos de defensa de la competencia y dentro de las atribuciones de éstos, quedan necesariamente fuera las cuestiones que puedan referirse directa y únicamente a la conformidad a derecho de la actuación denunciada desde la perspectiva del derecho administrativo, las cuales habrían de plantearse directamente como tales ante los tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa. No pueden, por tanto, ser objeto de nuestra consideración todas aquellas objeciones que pudieran formularse a la actuación de Bilbao Ría 2000, S.A., en relación con la regulación sobre contratación administrativa, salvo que se tratase de cuestiones que, estando planteadas por las partes, tuviesen una directa relación o dependencia con la propia normativa de defensa de la competencia.

CUARTO.- Sobre el primer motivo, relativo al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sostiene la parte actora que la Sentencia impugnada infringe el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la jurisprudencia que lo desarrolla, por un doble motivo.

En primer lugar, porque según lo que se indica en la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia, bajo el título primero "de la libre competencia" se regula un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional "y se prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquéllas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia".

En segundo lugar, porque la existencia de un acuerdo entre partes no necesita ser explícito, sino que puede ser tácito; por un lado, es impensable que los incluidos en la lista pudieran manifestar su falta de interés en estar incluidos en ella y, por otro lado, "todas las obras van a realizarse finalmente con número limitado de ofertantes, cuyo acuerdo previo es necesario, en el caso de que presenten un proyecto, para que pueda procederse a realizar la obra en cuestión".

Afirma el Colegio recurrente que el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha enfrentado ya un supuesto similar, al que dio una respuesta por completo diferente, en su resolución de 20 de noviembre de 1.992, en la que se suscitaba el problema de la limitación de posibles participantes en un concurso para la realización de determinadas obras públicas. En aquella ocasión, el Colegio ahora recurrente estableció que los colegiados que no perteneciesen al mismo no podían participar en dicho concurso, sin que dicha orden de abstención estuviese amparada por ninguna norma legal ni reglamentaria, por lo que no resultaba de aplicación el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que la decisión del Colegio impedía por sí misma la competencia, incluso en el caso de que la misma no fuera atendida ni produjera el efecto anticompetitivo deseado.

Entiende la entidad actora que en ambos casos se produce la intervención de un ente sometido al derecho público, que persigue limitar el número de oferentes en relación con un proyecto sometido al derecho administrativo y que está, por tanto, sometido a un procedimiento de licitación en competencia. Afirma, por último, que incluso el Servicio de Defensa de la Competencia ha entendido que la cláusula denunciada en el presente caso podría considerarse limitativa de la competencia, al restringir la libertad de elección de los promotores a los 39 arquitectos del listado.

Según se puede comprobar en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia han entendido que el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no comprende comportamientos unilaterales, por lo que la imposición por parte de la entidad mercantil Bilbao Ría 2000, S.A., de la cláusula litigiosa entre las condiciones a las que se sometía la licitación es una conducta que no queda afectada por el citado precepto. Como vamos a ver, dicha respuesta es en



esencia acertada, lo que va a conducir a la desestimación del motivo, pero llegar a tal conclusión requiere hacer varias precisiones.

Así, ha de afirmarse que, efectivamente, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia se refiere a acuerdos o decisiones plurales, en los que se refleja en todo caso un concierto de voluntades expreso o presunto. Esto se deduce tanto de la dicción del precepto como de los supuestos que han sido incardinando en el mismo por parte de la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia de esta Sala. Así, en cuanto al tenor del artículo en cuestión, aunque los términos "acuerdo" y "decisión" admiten en si mismos una interpretación unilateral, hay que tener en cuenta que forman parte de una enumeración que finaliza con el término "colectiva", que ha de entenderse que caracteriza a los tres términos "acuerdo, decisión o recomendación".

Por otra parte, el precepto nacional se inspira en el apartado 1 del artículo 81 (antiguo 85) del Tratado de la Comunidad Europea de 1.957, en el que queda claro en todo punto el carácter colectivo de las conductas contempladas por el mismo: "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros [...]". Como puede observarse, los términos que en la redacción del precepto de la Ley de Defensa de la Competencia pudieran interpretarse como referidas a conductas unilaterales, están asociadas en el precepto comunitario a expresiones claramente indicativas de su carácter multilateral.

Finalmente, si se examina la enumeración abierta de conductas prohibidas sobre las que pueden versar dichos acuerdos entre partes efectuado en las diversas letras del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, puede observarse que para que puedan constituir prácticas ilícitas contrarias a la libre competencia han de ser necesariamente multilaterales, puesto que en tanto que decisiones unilaterales serían perfectamente legítimas. Así, en aquellos casos en los que la decisión pudiera ser unilateral, como lo sería la fijación de precios o las decisiones sobre producción o distribución, sólo pueden resultar ilícitas de ser concertadas, puesto que de lo contrario constituyen típicas decisiones empresariales que no pueden reputarse de contrarias a la libre competencia. En los demás casos, como las relaciones comerciales discriminatorias o la celebración de contratos con contenidos ilícitos, se trata de conductas que, por su propia naturaleza, requieren varias partes.

En cuanto a los precedentes existentes, abonan en todo caso la interpretación señalada respecto al carácter convencional o colectivo de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Limitándonos al precedente alegado por la parte actora, que efectivamente pertenece a la categoría de conductas que más podría asemejarse a una actuación unilateral, ostenta rasgos que explican su consideración de conductas colectivas comprendidas en el citado precepto. En efecto, se han considerado contrarias a la libre competencia por parte del órgano regulador las denominadas órdenes de exclusión acordadas por Colegios profesionales, como la que dio lugar a la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de noviembre de 1.992 (expediente 313/92) que alega la parte actora. Sin embargo en tales casos es evidente el carácter colectivo de dichas recomendaciones, por mucho que sean dictadas de forma singular por una sola corporación, dado que dichas entidades aúnan por sí mismas los intereses de todo un colectivo de profesionales. De esta manera, cualquier instrucción o recomendación efectuada por una corporación que posee una naturaleza asociativa supone una decisión que puede imputarse implícitamente a la voluntad de los sujetos representados en la misma, puesto que, en principio, a todos ellos podría beneficiar (ilegítimamente) una decisión de dicha corporación que fuese contraria a la libre competencia. Es pues coherente con la naturaleza colectiva de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia la inclusión en ellas de las ordenes de exclusión o cualquier otro tipo de recomendaciones emanadas de corporaciones profesionales, de forma semejante a las dictadas por asociaciones de empresas.

En este mismo sentido, sería necesario por último verificar si una sociedad mercantil creada e integrada por un conjunto limitado y concreto de sujetos autónomos -como lo es Bilbao Ría 2000, S.A.- pudiera calificarse como un instrumento de concierto entre dichos sujetos, pues ello podría dar pie a que su actuación pudiera quedar comprendida, en su caso, entre las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La respuesta a esta posibilidad ha de ser necesariamente positiva, pues la cobertura jurídica de una sociedad mercantil no empaña el hecho de que pueda servir como un instrumento jurídico para concertar voluntades y, por consiguiente, que las decisiones de dicha sociedad pudieran dar cobertura a conductas incardinables en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. A ello no obsta el que una sociedad mercantil disponga de autonomía para el cumplimiento de su objeto social, pues ello no impide que los sujetos que cuenten con mayoría en el capital de la sociedad pudieran utilizar su posición para que la sociedad adoptase determinadas decisiones que, tras el velo societario, supusieran una colusión contraria a la libre competencia entre tales sujetos. Ahora bien, es igualmente claro que dicha hipótesis requeriría una fehaciente



acreditación de la existencia de dicho acuerdo entre quienes poseen capacidad para determinar las decisiones de la entidad mercantil.

En el caso de autos, en el que nos encontramos con una decisión de una sociedad anónima de capital público perteneciente, como se ha indicado, a varias Administraciones y entidades públicas (ocho en total), tal posibilidad no puede excluirse. Ahora bien, la referida entidad mercantil fue creada con unas determinadas funciones para cuyo cumplimiento cuenta con autonomía, sin que se haya acreditado que su objetivo o su comportamiento concreto en el supuesto de autos responda a la existencia de un previo acuerdo de las Administraciones y entidades públicas que poseen el capital de la misma destinado a excluir a determinados licitadores o a los arquitectos no comprendidos en la lista. De hecho, la actora basa su impugnación de la conducta denunciada desde la perspectiva del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en la existencia de un acuerdo entre Bilbao Ría 2000, S.A. y los licitadores o los arquitectos, pero no entre los propietarios del capital societario. Por lo demás, ningún indicio existe en los autos de que tal hipotética colusión pudiera haberse producido.

Por último, tampoco puede aceptarse la argumentación de la actora en el sentido de que existe un acuerdo implícito de la entidad denunciada con los sujetos afectados por la cláusula en litigio (licitadores y arquitectos). Se trata de afirmaciones sin el menor elemento probatorio, pues ni existe dato alguno sobre la existencia de acuerdo expreso de Bilbao Ría 2000, S.A. con licitadores o arquitectos, ni puede admitirse la tesis de un acuerdo implícito. En cuanto a esta posibilidad de un acuerdo tácito, es verdad que una cláusula como la denunciada podría dejar fuera a aquellos licitadores que no tuvieran la capacidad económica de contratar a cualquiera de los mejores arquitectos mundiales, pero esto no es sino la consecuencia de una opción empresarial por una arquitectura de prestigio, al igual que otras condiciones pueden dejar fuera a licitadores no interesados o no capacitados para cumplirlas. Nos encontramos pues ante una decisión empresarial respecto a la que, en ausencia de cualquier indicio para ello, no existe ninguna razón para explicarla como una colusión implícita de la empresa licitadora con quienes pudiesen concurrir al concurso. En cuanto a una colusión tácita con los arquitectos incluidos en la lista, tampoco puede aceptarse, ya que, partiendo también de la base de una total ausencia de indicios de colusión, ni tal inclusión depende de ellos ni podría pretenderse que exigieran ser borrados de la lista, única manera en la que sería concebible acreditar una prueba negativa de colusión tácita.

Nos encontramos, en definitiva, con una actuación unilateral de la sociedad Bilbao Ría 2000, S.A., que tiene una justificación razonable y suficiente (una arquitectura de calidad acorde con el entorno constructivo), tal como se expresa tanto en la propia cláusula litigiosa como en la contestación al requerimiento efectuado a la citada entidad tras la denuncia formulada por el Colegio recurrente (folio 86 del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia), decisión adoptada en el marco de la libertad de empresa y que queda fuera de las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

QUINTO.- Sobre el motivo segundo, relativo al abuso de posición dominante.

Rechazado el que esta infracción pueda descartarse por la sola circunstancia de que la sociedad denunciada sea de capital público sometida en su actuación a los principios de publicidad y concurrencia en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -lo que la Sala expresa como que Bilbao Ría 2000, S.A. "actúa como una Administración subordinada al cumplimiento de los fines de interés general que tiene encomendado"- debemos pronunciarnos sobre este motivo examinando el fondo de lo alegado por la parte actora.

Afirma el Colegio recurrente que la sociedad denunciada ostenta una posición dominante en el mercado puesto que es la única que puede vender y adjudicar las parcelas de Abandoibarra. Sostiene asimismo que ha abusado de dicha posición al incluir ente las condiciones de enajenación de parcelas unas condiciones comerciales no equitativas y desiguales, colocando a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros, ya que ha colocado a todos los arquitectos excluidos en una posición de no poder competir y ofrecer sus servicios a los licitadores.

Por otra parte, la entidad actora denuncia en la segunda parte del motivo que las administraciones públicas han venido sorteando las convocatorias de concursos y licitaciones públicas mediante el sistema de crear entidades de carácter privado para satisfacer necesidades de interés general. Seguidamente se refiere al sometimiento de Bilbao Ría 2000, S.A., a los principios de publicidad y concurrencia, así como a que la misma actúa como un agente económico particular y que ha impuesto una condición anticompetitiva.

El motivo no puede prosperar. Basta para ello señalar que no resulta posible sectorializar hasta ese punto un mercado a los efectos de la defensa de la libre competencia, por lo que en modo alguno podría hablarse del mercado relevante ni inmobiliario ni arquitectónico de Abandoibarra. Desde el primero de los puntos de vista (mercado inmobiliario o urbanístico), como poco habría que hablar del mercado de toda la ciudad de Bilbao, si es que no de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Pretender calificar como mercado relevante en dichos



sectores de la economía a un barrio o zona de una ciudad y calificar de posición dominante en dicho mercado a la que ostenta la sociedad denunciada porque tiene a su cargo la enajenación de los solares de dicha zona es manifiestamente rechazable. Pero es que, además, la cláusula litigiosa ni siquiera se ha impuesto en relación con la enajenación y edificación de toda la zona, sino que sólo afecta a dos parcelas de la misma, tal como se ha indicado más arriba.

No siendo aceptable el mercado relevante propuesto por la entidad actora es evidente que no se puede hablar ni de posición de dominio en el mismo ni, consiguientemente, de abuso de la misma, por lo que no cabe admitir la infracción que se denuncia del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia . Y respecto a mercados más amplios, nada alega la parte recurrente ni parece que en ningún caso pudieran quedar afectados por la concreta conducta denunciada, limitada a las dos parcelas a las que se refiere la licitación.

En cuanto a las consideraciones de la segunda parte del motivo, baste decir que sea cual sea la estrategia de las Administraciones públicas para el cumplimiento de sus objetivos de interés público, en el presente caso la entidad Bilbao Ría 2000, S.A., ha actuado efectivamente de conformidad con los principios de publicidad y concurrencia, convocando un concurso público para la enajenación y edificación de las dos parcelas afectadas. Por lo demás, esta Sala ha afirmado el pleno sometimiento de dicha actuación a la legislación en defensa de la competencia y examina el presente recurso sin limitaciones respecto a esta perspectiva.

SEXTO.- Sobre el tercer motivo, relativo a la competencia desleal.

Al igual que en el anterior fundamento, hemos de examinar ahora el fondo de lo alegado respecto a la supuesta infracción por parte de la Sentencia impugnada del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con la jurisprudencia que lo desarrolla.

Afirma la entidad actora que, en realidad, la sociedad denunciada debía haber establecido como sistema de venta el de pública subasta; que, como regla general, la citada sociedad estaba sometida a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación (de conformidad con la ya reiteradamente citada disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); y que la Ley de Defensa de la Competencia considera y tipifica como competencia desleal el prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes. Concluye la actora que, en la medida en que se han conculcado las leyes según las cuales debía haberse recurrido al sistema de la subasta pública, y teniendo en cuenta que se ha omitido la publicación del anuncio del concurso en diversos boletines oficiales, ha habido infracciones normativas que pueden calificarse como prácticas de competencia desleal. Dicha falta de publicación habría supuesto, además, la imposibilidad de impugnar el concurso ante los tribunales de esta jurisdicción.

El motivo debe rechazarse de plano. La argumentación que ha tratado de resumirse es una confusa apelación a diversas normas y principios de los que no es posible deducir cual es la infracción que pudiera catalogarse como competencia desleal comprendida en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia . Pues bien, según el citado precepto, para que un acto de competencia desleal -que de la referida argumentación no se deduce con claridad cual pudiera haber sido, pues parece que se considera como tal no tanto la exclusión de arquitectos, sino la supuesta infracción de la legislación administrativa- sea sancionable desde la perspectiva del derecho de la competencia, el mismo debe distorsionar gravemente las condiciones de competencia del mercado (art. 7.1 .a) y dicha distorsión debe afectar al interés público (art. 7.1 .b). Baste decir por ello que ni se ha argumentado la existencia de un mercado relevante en el que pueda tener incidencia la conducta litigiosa -como se ha indicado en el anterior fundamento de derecho-, ni se ha evidenciado que dicha conducta distorsione gravemente las condiciones de competencia del mercado ni, en suma, que todo ello afecte al interés público, condiciones sin las cuales la cláusula que se denunció como contraria a la libre competencia no puede ser examinada como competencia desleal por los órganos de defensa de la competencia bajo la óptica del precepto invocado.

Digamos por último, que todo ello no supone que la actora no pudiera haber combatido dicha conducta directamente ante los tribunales civiles en tanto que competencia desleal o ante esta jurisdicción desde la perspectiva de la legalidad administrativa. Para ello tampoco es relevante su afirmación sobre la falta de publicación del concurso, pues pudo ejercer las acciones que entendiera pertinentes tan pronto como llegara a su conocimiento la actuación de Bilbao Ría 2000, S.A., que consideraba contraria a derecho.

SÉPTIMO.- Conclusión y costas.

A tenor de las consideraciones expuestas debemos rechazar los tres motivos en que se funda el recurso y desestimar éste. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido.



En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra la sentencia de 20 de julio de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 580/2.001 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Fernando Ledesma Bartret.-Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CEJ (2014)