



Lehiaren
Euskal Agintaritza

Autoridad Vasca
de la Competencia

RESOLUCIÓN (Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA)

Sumario:

I. ANTECEDENTES DE HECHO	2
II. DESCRIPCIÓN DE LAS ENTIDADES EXPEDIENTADAS	5
III. HECHOS PROBADOS.....	7
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	13
1. Tipicidad.....	13
A. Existencia de un acuerdo anticompetitivo.....	13
a. Naturaleza de los sujetos	15
b. Incidencia de la relación jurídica entre los sujetos, en la posible existencia de un acuerdo anticompetitivo	18
c. Situación de las encomiendas previas a noviembre de 2012.....	24
d. La existencia de una encomienda de carácter verbal (Labastida).	24
B. Clasificación de la infracción.....	25
2. Antijuridicidad.....	25
A. Posible existencia de eficiencias.....	25
B. Posible existencia de una exención legal	28
C. Posible existencia de una conducta de menor importancia o sin aptitud para afectar de manera significativa a la competencia.....	30
3. Los efectos en el mercado de la conducta típica y antijurídica	31
4. Responsabilidad.....	32
A. Culpabilidad.....	32
B. Prescripción.....	33
C. Confianza legítima	33
5. Análisis de cuestiones procesales.....	35
A. Solicitud de práctica de pruebas por el CVC	35
B. La inexistencia de propuesta de sanción en la propuesta de Resolución.....	35
C. Plazo máximo de resolución del procedimiento	37
D. Errores materiales.....	38
6. Determinación de la cuantía de la sanción	40
V. RESUELVE.....	42

Pleno

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Secretario: D. Alfonso Gómez Fernández

1. El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), con la composición ya expresada, en su reunión celebrada el 11 de noviembre de 2015, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 7/2013, Obras Públicas Álava.



I. ANTECEDENTES DE HECHO

2. El 18 de octubre de 2013 tuvo entrada en el registro de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) una denuncia presentada por la Delegación en Álava del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro (COAVN) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) realizadas por varias entidades públicas de Álava¹.

Dichas conductas se referían a una supuesta “eliminación *de facto* de los concursos para la redacción de proyectos y dirección de obras” en varios municipios de Álava mediante la utilización de la encomienda de gestión a la sociedad pública foral Arabako Lanak, S.A (en adelante Arabako Lanak).

3. El 17 de diciembre de 2013 el Director de Investigación dictó Resolución acordando iniciar una información reservada con el fin de profundizar en el conocimiento de los hechos, así como investigar la existencia de indicios de infracción a la LDC (artículo 49.2).

4. El 17 de marzo de 2014 la Dirección de Investigación remitió a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) nota sucinta descriptiva de las conductas detectadas junto con su documentación soporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, manifestando la competencia de la Autoridad Vasca de la Competencia².

El 27 de marzo de 2014 la CNMC remitió un oficio comunicando que, siguiendo la propuesta recibida, se consideraba competente para conocer del asunto a la Autoridad Vasca de la Competencia.

5. El 31 de marzo de 2014 el Director de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación de expediente

¹ Ley estatal 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940; texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946> (todas las webs citadas en esta resolución tienen fecha de última consulta el 11 de noviembre de 2015).

² Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, BOE nº 46, de 22 de febrero de 2002; modificada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, BOE-A-2003-23936, y Ley 15/2007, de 3 de julio, BOE-A-2007-12946. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-3590>.



sancionador por considerarse que existen indicios racionales de existencia de infracción de los artículos 1 y/o 3 de la LDC.

El procedimiento se incoó contra:

Arabako Lanak, S.A; Diputación Foral de Álava; Ayuntamiento de Añana; Ayuntamiento de Aramaio; Ayuntamiento de Artziniega; Ayuntamiento de Barrundia; Ayuntamiento de Labastida; Ayuntamiento de Laguardia; Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca; Ayuntamiento de Moreda de Álava; Ayuntamiento de Navaridas; Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra; Ayuntamiento de Samaniego; Junta Administrativa de Antoñana; Junta Administrativa de Argomaniz; Junta Administrativa de Larrinbe; Junta Administrativa de Navarrete; Junta Administrativa de Ollávarre; Junta Administrativa de Quintanilla de la Ribera; Junta Administrativa de San Román de Campezo; Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo.

En virtud de dicha Resolución, se designó instructores del citado expediente.

Asimismo, dicha resolución consideró como interesados en este expediente a las personas jurídicas contra las que se dirige el mismo, así como al COAVN y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

6. El 21 de mayo de 2014 los Instructores del presente expediente dictaron Providencias de solicitud de información a los expedientados. La información solicitada se recibió entre el 29 de mayo y el 11 de julio de 2014.

El 29 de abril de 2015 los Instructores del presente expediente dictaron una Providencia de solicitud de información a Arabako Lanak. La información solicitada se recibió el 18 de mayo de 2015.

7. El 9 de junio de 2015 se emitió el Pliego de Concreción de Hechos que fue convenientemente notificado a los interesados. Estos presentaron sus alegaciones entre el 29 de junio y el 3 de julio de 2015.

En dichas alegaciones el Ayuntamiento de Aramaio, Ayuntamiento de Laguardia, Ayuntamiento de Moreda de Álava, Ayuntamiento de Navaridas, Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra, Ayuntamiento de Samaniego, Junta Administrativa de Argomaniz, Junta Administrativa de Ollavarre, Junta Administrativa de Quintanilla de La Ribera, Junta Administrativa de San Román de Campezo y Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo solicitaron la práctica de diversas pruebas.

El 8 de julio de 2015 se dictó Providencia por la que se estimó la práctica de las pruebas solicitadas por los citados interesados. En consecuencia se incorporó al expediente la documentación aportada por los ayuntamientos y se realizaron solicitudes de información a la Diputación, al Consejo Superior de Colegios de



Arquitectos de España, a la delegación de Álava del COAVN y a Arabako Lanak, S.A.

Asimismo, se acordó suspender el cómputo del plazo máximo previsto legalmente para resolver el presente procedimiento por el tiempo que mediase entre la notificación de los requerimientos y su efectivo cumplimiento por los destinatarios.

La notificación de los requerimientos pruebas se realizó el 13 de julio de 2015. La cumplimentación de los mismos se realizó en las siguientes fechas: 27 de julio de 2015 (Delegación de Álava del COAVN), 4 de agosto de 2015 (Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España y Arabako Lanak), 14 de agosto de 2015 (Diputación) y 26 de agosto de 2015 (Diputación). De este modo, el procedimiento quedó suspendido entre el 13 de julio de 2015 y el 26 de agosto de 2015.

8. El 27 de agosto de 2015 se dictó Providencia de cierre de la fase de instrucción, con el fin de redactar la Propuesta de Resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC)³. Asimismo, se acordó levantar la suspensión del plazo máximo para resolver el presente procedimiento y se comunicó como nueva fecha el 13 de noviembre de 2015.

9. El 4 de noviembre de 2015 se remitió al CVC el expediente administrativo acompañado de la correspondiente propuesta de resolución, así como de un informe en el que se señala que Arabako Lanak, Diputación Foral de Álava, Ayuntamiento de Aramaio, Ayuntamiento de Artziniega, Ayuntamiento de Barrundia, Ayuntamiento de Labastida, Ayuntamiento de Laguardia, Ayuntamiento de Moreda de Álava, Ayuntamiento de Navaridas, Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra, Ayuntamiento de Samaniego, Junta Administrativa de Argomaniz, Junta Administrativa de Ollavarre, Junta Administrativa de San Román de Campezo, Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo y el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución que no desvirtúan la misma, por lo que reiteran lo manifestado en ella.

No obstante, los instructores solicitan que se corrija el error material detectado en la Propuesta de Resolución de forma que, donde dice:

³ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008.



“Con respecto al Ayuntamiento de Laguardia, se considera extinguida la responsabilidad en lo que atañe a la encomienda realizada el 22 de octubre de 2013, para la redacción del proyecto, ejecución y dirección de las obras del "Proyecto de pavimentación e infraestructuras del casco histórico de Laguardia (Álava) 2ª fase" así como la contratación de los trabajos necesarios para su efectiva realización.”

debe decir:

“Con respecto al Ayuntamiento de Laguardia, se considera extinguida la responsabilidad en lo que atañe a la encomienda realizada el 4 de noviembre de 2010, para la redacción del proyecto, ejecución y dirección de las obras del "Proyecto de acondicionamiento del campo de fútbol de Laguardia. 2ª fase".”

Asimismo manifiestan que Ayuntamiento de Laguardia, Ayuntamiento de Moreda de Álava, Ayuntamiento de Navaridas, Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra, Ayuntamiento de Samaniego, Junta Administrativa de Argomaniz, Junta Administrativa de Ollavarre, Junta Administrativa de San Román de Campezo y Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo han solicitado la realización de pruebas ante el CVC.

II. DESCRIPCIÓN DE LAS ENTIDADES EXPEDIENTADAS

10. Arabako Lanak, S.A. es una sociedad mercantil con domicilio en Vitoria, creada mediante Acuerdo de Consejo de Diputados nº 816, de 10 de noviembre de 1998, al amparo de la Norma Foral 15/1987 y de la Disposición Adicional 6ª de la Norma Foral 36/1998, como sociedad anónima unipersonal (S.A.U.)⁴.

Su objeto social -de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de sus Estatutos, aprobados por la Junta General de Accionistas en su reunión de 8 de noviembre de 2012- es la prestación de diversos servicios relacionados con las obras públicas que son ofrecidos en el mercado asimismo por operadores privados.

Tiene dos órganos creados estatutariamente: la Junta General de Accionistas —formada por todos los accionistas, sin limitación de votos de un mismo

⁴ Acuerdo 816/1998, del Consejo de Diputados, de 10 de noviembre, que aprueba la constitución de la Sociedad Anónima "Arabako Lanak, S.A." y los Estatutos por los que ha de regirse, designándose el número y composición de miembros del Consejo de Administración (BOTH A nº 19, de 17 de febrero de 1999); Norma Foral 15/1987, de 30 de octubre, sobre gestión de actividades económicas y servicios públicos forales descentralizados (BOTH A nº 133, de 11 de noviembre de 1987); y Norma Foral 36/1998, de 17 de diciembre, de ejecución del presupuesto del Territorio Histórico de Álava para 1999 (BOTH A nº 149, de 30 de diciembre de 1998).



accionista— y el Consejo de Administración —elegido por la Junta General de Accionistas y compuesto por el Presidente y 6 consejeros—.

El Presidente, según los Estatutos, es el Diputado Foral del Departamento al que esté adscrita Arabako Lanak. Asimismo, todos los miembros del Consejo de Administración son cargos públicos de la Diputación⁵.

11. La Diputación Foral de Álava es titular de 9.956 acciones de Arabako Lanak. 9500 acciones de las denominadas de tipo A y 476 de tipo B.

12. El Ayuntamiento de Añana es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Aramaio es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Artziniega es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 5 de junio de 2013. No era accionista de Arabako Lanak cuando le hizo una encomienda de gestión, el 2 de julio de 2009; el Ayuntamiento de Barrundia es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Labastida es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Laguardia es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 4 de junio de 2013; el Ayuntamiento de Moreda de Álava es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Navaridas es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; el Ayuntamiento de Samaniego es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; la Junta Administrativa de Antoñana es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 10 de abril de 2013; la Junta Administrativa de Argomaniz es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; la Junta Administrativa de Larrinbe es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; la Junta Administrativa de Navarrete es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 20 de junio de 2013. No era accionista de Arabako Lanak cuando le hizo una encomienda de gestión, el 25 de noviembre de 2009; la Junta Administrativa de Ollavarre es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 22 de julio de 2013; la Junta Administrativa de Quintanilla de La Ribera no es accionista de Arabako Lanak; la Junta Administrativa de San Román de Campezo es titular

⁵ Presidente: Diputado Foral de Administración Local; Consejero: Diputado Foral de Promoción Económica y Administración Foral; Consejera: Diputada Foral de Obras Públicas y Transportes; Consejero: Diputado Foral de Hacienda, Finanzas y Presupuestos; Consejero: Director de Inversiones Locales y Prevención y Extinción de Incendios; Consejera: Diputada Foral de Medio Ambiente y Urbanismo; Consejero: Director de Finanzas y Presupuestos.



de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013; la Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo es titular de una acción de Arabako Lanak desde el 15 de marzo de 2013.

III. HECHOS PROBADOS

13. El 13 de noviembre de 2012, la Diputación Foral de Álava dictó el Acuerdo 574/2012, con el fin de “Autorizar la donación de la titularidad de determinadas acciones que la Diputación Foral de Álava posee en la Sociedad Pública Foral Arabako Lanak, S.A. a favor de las Entidades Locales del Territorio que así lo soliciten”.

Dicho Acuerdo 574/2012 establecía lo siguiente:

“La Diputación Foral de Álava ha iniciado un proceso de reorganización de varias de las Sociedades Públicas en las que posee participaciones, como medio, en el contexto económico en el que nos encontramos, de optimizar dichas estructuras simplificándolas, obteniendo a su vez economías de escala derivadas de la utilización conjunta de sus recursos humanos y materiales, logrando así tanto ahorros como una mayor y mejor eficiencia en las actividades que desarrollan.

Es primordial en el citado contexto económico, y de evidente interés público, que las Administraciones Públicas, y en concreto la nuestra, se apliquen en la realización de todas aquellas medidas de ahorro y eficiencia.

Con este fin, se ha formado un grupo de sociedades compuesto por Arabako Lanak, S.A.U. la Sociedad Anónima para la Gestión del Patrimonio Cultural Edificado de Álava-Arabarri y Álava Agencia del Agua, S.A. con Arabako Lanak, S.A.U. como cabecera del mismo, como paso previo a la total unificación de las mismas.

La creación de este grupo de sociedades es el instrumento mercantil óptimo tanto para la unificación de los recursos humanos y materiales de las mismas como paso previo a la ordenada disolución y liquidación tanto de Arabarri como de Álava Agencia del Agua, tras la concentración de la actividad de las mismas en Arabako Lanak, S.A.U.

Para ello, la Diputación Foral de Álava vendió las acciones que poseía tanto en Arabarri (55,90%), como en Álava Agencia del Agua, S.A. (100%) a Arabako Lanak, S.A.U., como paso previo a la disolución y liquidación de las dos primeras.

Asimismo, el personal de ambas sociedades ha sido transmitido a Arabako Lanak, S.A.U. y los estatutos sociales de ésta última han sido reformados para acoger en su objeto social tanto los fines como las funciones de aquellas.

En relación con este proceso de unificación, es necesario que para que Arabako Lanak, S.A.U. continúe con la labor que Arabarri realizaba como Sociedad Urbanística de Rehabilitación, los dieciocho Ayuntamientos que forman parte del capital social de Arabarri entren a formar parte del capital social de Arabako Lanak, S.A.U.

Con la entrada de estos Ayuntamientos en el capital social de Arabako Lanak, S.A.U. se consigue no sólo que Arabako Lanak, S.A.U. se convierta en la Sociedad



Urbanística de Rehabilitación de aquellos, sino que además, sea considerada como medio propio y servicio técnico de los mismos.

Como medio propio de los Ayuntamientos que formen parte de su capital social, aquéllos podrán encomendar a la Sociedad la realización directa de obras, servicios, suministros, y en general de cualquiera de las actividades que se encuentran entre las recogidas en los estatutos sociales de Arabako Lanak, S.A.U., aprovechándose de la estructura de personal y medios de ésta.

Por la Diputación Foral de Álava se considera que es del todo conveniente que no solo los Ayuntamientos que forman parte del accionariado de Arabarri, sino también el resto de entidades locales del territorio puedan entrar a formar parte del capital social de Arabako Lanak, S.A.U., si así lo desean.

Es decir; que con la entrada en dicho capital puedan contar con Arabako Lanak, S.A.U. como medio propio suyo, ampliando a la totalidad de las entidades locales del territorio la oferta de los medios materiales y personales de la Sociedad para la realización de encargos.

Para la entrada en el accionariado de Arabako Lanak, S.A.U. es suficiente con que cada Entidad Local posea una acción del capital social de aquella, siendo indiferente el porcentaje de capital que represente, a los efectos de que la sociedad se considere medio propio de sus accionistas.

Además, y por razones tanto de operativa como de la posición de la Diputación Foral de Álava como accionista mayoritario de la Sociedad, sólo la Diputación Foral de Álava será la responsable de la financiación de las eventuales aportaciones de socios que sean en su caso necesarias para el funcionamiento de la Sociedad.

En definitiva, y para alcanzar estos objetivos, se han creado, sin incrementar capital social, 10.000 acciones nuevas, a base de dividir entre mil el Valor Nominal de las existentes. De estas 10.000 acciones nuevas, 9.500 quedarán siempre en poder de la Diputación Foral de Álava (clase A de acciones); y serán ordinarias. Las 500 restantes (clase B de acciones) son las destinadas a las Entidades Locales que así lo deseen, y ostentan el privilegio de no participar de las pérdidas sociales, como antes se ha dicho.

Dada la evidente utilidad pública de la operación, se considera que la enajenación gratuita, a través del oportuno contrato de donación, es la opción más adecuada, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la de la Norma Foral 5/98, de 23 de febrero, de Patrimonio del Territorio Histórico de Álava (BOTH A nº 28, de 6 de marzo de 1998). Así, el apartado 4 del citado artículo 49 establece que *"El Consejo de Diputados y el Diputado Foral titular del Departamento de la Hacienda Foral podrán acordar, dentro de los límites cuantitativos respectivos establecidos en el Artículo 44.2 de la presente Norma Foral, la enajenación gratuita de bienes muebles y derechos a favor de Administraciones Públicas o de Instituciones sin ánimo de lucro."*

En su virtud; a propuesta conjunta del Diputado Foral de Hacienda, Finanzas y Presupuestos y del Diputado Foral de Administración Local y previa deliberación del Consejo de Diputados, en sesión celebrada, en el día de la fecha



ACUERDO

Primero.- Aprobar la enajenación gratuita de las acciones de la clase B del capital social de Arabako Lanak, S.A.U., a favor de las Entidades Locales del Territorio Histórico de Álava que así lo soliciten.

Segundo. Las Entidades Locales solicitantes deberán, al efecto, dirigirse al Departamento de Administración Local, solicitando ser donatarias de las referidas acciones y suscribir el contrato de donación de acciones que se adjunta como Anexo a este Acuerdo.

Tercero. Facilitar al Diputado Foral de Administración Local, como representante de la Diputación Foral de Álava en el accionariado de Arabako Lanak, S.A.U, para la suscripción de los contratos de donación citados, así como para realizar cuantas actuaciones sean legalmente necesarias para la plena eficacia de la transmisión de los títulos donados, y cualquier otra operación que pudiera resultar de este Acuerdo del Consejo de Diputados y de su documentación anexa.

Cuarto. Será causa de reversión a la Diputación Foral de Álava de las acciones donadas en el caso de que el donatario las enajene, pignore o utilice bajo cualquier otra fórmula de garantía, sin previo conocimiento y consentimiento expreso de la Diputación Foral de Álava.

Quinto. Que por el Departamento de Administración Local se remita al Servicio de Patrimonio de la Dirección de Finanzas y Presupuestos copia de cada uno de los documentos suscritos en la forma antedicha, a fin de que se realicen las anotaciones pertinentes en el Inventario de Bienes y Derechos de la Diputación Foral de Álava.

El capital social de Arabako Lanak (60.101,21€) se divide por tanto en 10.000 acciones de un valor de 6,010121€ cada una. Las acciones son de dos tipos:

- clase A (9.500 acciones), propiedad en exclusiva de la Diputación;
- clase B (500 acciones) —que no participan de las pérdidas sociales— destinadas a las entidades locales que deseen ser accionistas. En la actualidad 44 entidades han adquirido una de estas acciones por lo que la Diputación es titular de 456 de este tipo de acciones.

14. Los accionistas de Arabako Lanak, con indicación de la fecha de adquisición de las acciones, son:

Fecha adquisición acciones	Accionista
11/12/1998	Diputación Foral de Álava
15/03/2013	Junta Administrativa de Alda; Ayuntamiento de Alegria-Dulantzi; Ayuntamiento de Añana; Ayuntamiento de Aramaio; Junta Administrativa de Respaldiza; Junta Administrativa de Argomaniz; Ayuntamiento de Arraia-Maeztu; Ayuntamiento de Barrundia; Junta Administrativa de Berantevilla; Ayuntamiento de Berantevilla; Ayuntamiento de Bernedo; Ayuntamiento de Campezo; Ayuntamiento de Elciego; Junta Administrativa de Elosu; Ayuntamiento de Elvillar; Ayuntamiento del Valle de Arana; Junta Administrativa de Kontrasta; Ayuntamiento de Labastida;



	Ayuntamiento de Lagran; Ayuntamiento de Laguardia; Ayuntamiento de Lanciego; Junta Administrativa de Larrinbe; Junta Administrativa de Loza; Ayuntamiento de Moreda de Álava; Ayuntamiento de Navaridas; Ayuntamiento de Oyón; Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra; Ayuntamiento de Salvatierra; Ayuntamiento de Samaniego; Junta Administrativa de San Román de Campezo; Junta Administrativa de San Vicente de Arana; Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo; Junta Administrativa de Trokoniz; Junta Administrativa de Ullibarri-Arana.
27/03/2013	Junta Administrativa de Orbiso
10/04/2013	Junta Administrativa de Antoñana
22/04/2013	Ayuntamiento de Kripan
17/05/2013	Junta Administrativa de Barriobusto
17/05/2013	Ayuntamiento de Legutio
04/06/2013	Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca
05/06/2013	Ayuntamiento de Artziniega
20/06/2013	Junta Administrativa de Markinez; Junta Administrativa de Navarrete
22/07/2013	Junta Administrativa de Ollavarre

Cada una de estas 44 entidades locales que aceptaron la posibilidad ofrecida por la Diputación, posee una única acción que supone el 0,01% del capital social. **El conjunto de entidades locales accionistas tiene, por tanto, 44 acciones que implica el 0,44% del capital social.**

15. Las encomiendas de gestión realizadas a Arabako Lanak por Ayuntamientos y Juntas Administrativas, accionistas o no, hasta la fecha de incoación del presente expediente son las siguientes:

N*	Fecha	Encomendante	Encomienda	Importe adjudicado**
1º	02/07/2009	Ayuntamiento de Artziniega	Urbanización de la calle del Medio en Artziniega.	1.336.824,61 €
2º	25/11/2009	Junta administrativa de Navarrete	Renovación de infraestructuras y pavimentación. Fases I y II en Navarrete	1.501.824,29 €
3º	12/09/2010	Junta administrativa de Quintanilla de la Ribera	Renovación de infraestructuras y pavimentación. Fases I y II en Quintanilla de la Ribera	710.757,75 €
4º	04/11/2010	Ayuntamiento de Laguardia	Acondicionamiento del campo de fútbol de Laguardia, segunda fase	149.806,36 €
5º	09/05/2012	Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca	Conexión de saneamiento desde la ikastola hasta la avda. de La Poveda en Lapuebla de Labarca	77.059,76 €
6º	03/06/2013	Ayuntamiento de Samaniego	Mejora de accesibilidad al Ayuntamiento de Samaniego	49.864,17 €
7º	08/06/2013	Junta Administrativa de San Román de Campezo	Instalación de un sistema depurador para 8 habitantes equivalentes en San Román de Campezo	22.245,00 €
8º	13/06/2013	Ayuntamiento de Labastida	Renovación de Infraestructuras y Pavimentaciones del barrio El Otero en Labastida	813.097,83 €
9º	20/06/2013	Ayuntamiento de Barrundia	Urbanización de la plaza del Palacio de los Arrieta en Ozaeta	97.029,69 €



10°	20/06/2013	Junta Administrativa de Antoñana	Restauración del tramo II de la muralla norte de Antoñana y urbanización del entorno	132.820,37 €
11°	20/06/2013	Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca	Renovación de infraestructuras y pavimentación de la calle María Cruz Sáenz Díaz y calle Berria en Lapuebla de Labarca	1.140.189,59 €
12°	19/07/2013	Junta Administrativa de Argomaniz	Mejora de la red de abastecimiento en Argomaniz	39.289,63 €
13°	19/07/2013	Ayuntamiento de Moreda de Álava	Renovación de infraestructuras y pavimentación de la calle la Planilla en Moreda de Álava	317.737,81 €
14°	19/07/2013	Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra	Aparcamiento en superficie en Peñacerrada	159.437,67 €
15°	30/07/2013	Ayuntamiento de Aramaio	Renovación de la red de saneamiento de aguas fecales del entorno del barrio de Azkoaga-Aramaio	218.170,30 €
16°	06/09/2013	Junta Administrativa de Ollavarre	Reforma de infraestructuras urbanas en el núcleo de Ollavarre	1.802.973,77 €
17°	17/09/2013	Junta Administrativa de Larrinbe	Pavimentación del camino de unión entre Saratxo y el barrio de San Mamés en Larrinbe	207.801,54 €
18°	22/10/2013	Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo	Renovación de infraestructuras y pavimentación de la calle Sta. Elena en Sta. Cruz de Campezo	455.068,46 €
19°	22/10/2013	Ayuntamiento de Laguardia	Pavimentación e infraestructuras del casco histórico de Laguardia	1.248.042,38 €
20°	22/10/2013	Ayuntamiento de Añana	Aparcamiento en superficie en Salinas de Añana	279.665,41 €
21°	26/11/2013	Ayuntamiento de Navaridas	Reparaciones de urgencia del segundo hundimiento producido en la calle del Tesoro y ejecución de obras accesorias en Navaridas	15.026,99 €
* N. Número de identificación de la encomienda a efectos de esta resolución. ** Aceptando una de las alegaciones realizadas por las partes en el expediente, debe precisarse que el importe afectado por la práctica objeto del expediente es un 6% del importe certificado por las obras efectivamente realizadas; es decir, alrededor de un 6% del importe adjudicado y recogido en esta tabla.				

En las encomiendas identificadas con el N 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 11°, 12°, 13°, 14°, 17°, 18° y 19° —es decir 12 de las 21 analizadas— los Ayuntamientos y Juntas Administrativas encargaron a Arabako Lanak la realización de **todos los trabajos posibles** (redacción del proyecto constructivo; preparación de la licitación; contratación de las obras; dirección facultativa de las obras, y coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado).

Las encomiendas identificadas con el N 1°, 2°, 3°, 10°, 15°, 16°, 20° y 21° —es decir 8 en total— incluyeron tan solo los trabajos de preparación de la licitación; contratación de las obras; dirección facultativa de las obras, y coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado. Es decir, **no incluyeron la redacción del proyecto constructivo**.

La encomienda identificada con el N 8° incluyó tan solo la redacción del proyecto constructivo. **No incluyó por tanto ni preparación de la licitación; contratación de las obras; dirección facultativa de las obras, y**



coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado.

16. El “Convenio general entre la Diputación Foral de Álava y Arabako Lanak, SAU” de 12 de diciembre de 2012 establece lo siguiente⁶:

VIII.- CUENTA DE EXPLOTACIÓN DE Arabako Lanak, S.A.U.

En el caso de que la encomienda implique la contratación de obras, Arabako Lanak, S.A. **podrá** computar como ingreso propio el **6 por ciento** de cada certificación o documento relativo al pago de la obra que sea en su caso objeto del encargo, excluidos el coste financiero y el I.V.A. El importe así obtenido **servirá para financiar los gastos de ejecución de la encomienda**, tales como asistencias técnicas, estudios de control, de seguridad y salud en el trabajo, geológicos, medioambientales, etc. **También servirá para financiar los gastos de verificación y ensayo de materiales y unidades de obra ordenados por el Director de las Obras, siendo estos ensayos independientes de los de control interno o de producción que efectúe el contratista.** La cantidad resultante será facturada por Arabako Lanak, S.A. al contratista adjudicatario de las obras y será abonado por éste dentro de los treinta días siguientes a su expedición mediante transferencia bancaria.

Todas las encomiendas de gestión encargadas por los entes locales a Arabako Lanak (salvo el caso especial de Labastida que será abordado más adelante) recogen como ingreso de esta entidad el 6% del coste certificado por la obra independientemente de los trabajos efectivamente realizados⁷. Este tanto por ciento no varía, independientemente de las labores realizadas por Arabako Lanak en cada encomienda.

17. Por otra parte, la Norma de ayudas para la subvención y el fomento de actuaciones destinadas a la conservación del patrimonio cultural edificado de Álava, aprobada por el Consejo de Administración de Arabako Lanak el 26 de febrero de 2013, establece lo siguiente en sus artículos 17 y 24:

Artículo 17. Compatibilidad con otras ayudas. Participación de Arabako Lanak, SA

Estas ayudas serán compatibles con las que pudieran percibirse de otras administraciones públicas por iguales o similares razones, no pudiendo en ningún caso la suma de las ayudas concedidas superar el coste total efectivo de la actuación. En caso de que la suma de las ayudas concedidas excediera el coste total efectivo de la actuación, la ayuda concedida por Arabako Lanak, SA. se minoraría según lo dispuesto en la normativa sectorial vigente.

⁶ Convenio general entre la Diputación Foral de Álava y Arabako Lanak, SAU, BOTHA nº 2, de 4 de enero de 2013.

⁷ Se considera coste total de la obra la suma del importe de cada certificación o documento relativo al pago de la obra objeto del encargo, excluido el IVA.



Asimismo, estas ayudas no serán compatibles con otras que anteriormente hubiera otorgado Arabako Lanak, SA. o la Sociedad Anónima para la Gestión del Patrimonio Cultural Edificado de Álava, SA. (Arabarri) a la misma actuación, salvo que se refiera a diferentes fases que se ejecuten en ejercicios diferentes.

En aquellos casos en los que Arabako Lanak, SA. o cualquier otra sociedad pública conveniada con ésta disponga de los medios materiales y humanos necesarios, esta Sociedad de Gestión se podrá encargar de redactar proyectos y/o documentos técnicos, recabar fuentes de financiación para la realización de las obras, contratar las mismas, asumir la dirección técnica. etc.

Artículo 24.- Redacción de memorias y demás documentación técnica. Licitación, contratación y dirección de las obras.

Asimismo, y previas las encomiendas de gestión pertinentes, la licitación, contratación y dirección de las obras subvencionadas podrá ser realizada, previa petición de las entidades beneficiarias, por Arabako Lanak, S.A. u otra Sociedad Pública Conveniada por esta.

Si con la solicitud de subvención se adjuntare ya la petición de que la licitación, contratación y dirección de las obras, en caso de ser subvencionadas, sean realizadas por Arabako Lanak, S.A. u otra Sociedad Pública conveniada con esta, la solicitud obtendrá automáticamente la puntuación máxima en el apartado “Viabilidad Técnica”, por entender que la encomienda de dichas actuaciones constituye una solución óptima de ejecución desde el punto de vista técnico.

En caso de que, concedida la subvención, la encomienda no llegare a efectuarse, la subvención sería revocada.

Del propio texto de la norma se desprende por tanto un beneficio para las obras en que interviene Arabako Lanak a las que se sitúa en posición de ventaja para acceder a las subvenciones concedidas para la conservación del patrimonio cultural edificado de Álava. Al conferir automáticamente a las obras realizadas con su intermediación la puntuación máxima en el apartado “Viabilidad Técnica” posiciona a quienes tienen que llevarlas a cabo a favor de la contratación de los servicios con dicha entidad.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Tipicidad

A. Existencia de un acuerdo anticompetitivo

18. El artículo 1.1 de la LDC establece que:

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:



- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

19. De la instrucción realizada se desprende la existencia de un acuerdo entre la Diputación y una pluralidad de entes locales de este territorio.

Este acuerdo implica que la primera dona a los segundos la titularidad de determinadas acciones de su sociedad pública Arabako Lanak, con el fin de utilizar la figura de la encomienda de gestión para la realización de las labores de redacción de proyectos, dirección facultativa de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras públicas que deban realizar los entes locales.

La Diputación reserva 500 acciones para abrir “a todos los entes locales alaveses” la posibilidad de emplear a Arabako Lanak para llevar a cabo estos servicios “aprovechándose de la estructura de personal y medios de ésta”.

Las acciones adquiridas por los entes locales interesados en suscribir el acuerdo no participan en las pérdidas de la empresa pública.

44 acciones son adquiridas por entes locales alaveses.

El acuerdo tiene **por objeto detraer** del mercado privado los servicios de (1) de redacción de proyecto constructivo, (2) preparación de la licitación; (3) dirección facultativa de las obras, (4) coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado.

El acuerdo abierto por la Diputación está abierto a todos los entes locales alaveses. En la práctica sus efectos se limitan a los 44 entes locales que han efectivamente aceptado la oferta de la Diputación.

20. Para llevar a cabo la calificación de una conducta en los casos de acuerdos cuyo objeto sea restringir la competencia no se exige prueba de los efectos reales de la práctica en el mercado⁸.

⁸ Resoluciones CNMC de 18 de junio de 2014, Expte. S/0469/13, Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado; de 22 de septiembre de 2014, Expte S/428/12, Palés; de 29 de octubre de



La jurisprudencia europea ha manifestado al respecto que⁹:

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (...).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (...).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

Igualmente, el Tribunal Supremo, ha afirmado que¹⁰:

“En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos.”

La existencia de un acuerdo cuyo objeto es detraer del mercado la prestación de una serie de servicios es, en esencia y por su propia naturaleza, restrictiva de la competencia y no se requiere por tanto **para su calificación** la acreditación de efectos concretos en el mercado (que sí se tendrían en cuenta, en su caso, para determinar la cuantía de la sanción).

a. Naturaleza de los sujetos

21. La Disposición Adicional cuarta de la LDC establece:

2014, Expte. S/0422/12, Contratos de permanencia; de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios.

⁹ Sentencia TJUE de 13 diciembre 2012, Expedia Inc .contra Autorité de la concurrence y otros, C-226/11. Véanse también Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64; de 11 de enero de 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión, C-277/8; de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07; de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08; de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-389/10.

¹⁰ STS 8357/2007, de 18 de diciembre de 2007.



1. A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

No cabe duda alguna del carácter de empresa u operador económico de Arabako Lanak, sociedad pública que actúa en el mercado sometida al Derecho privado.

Debe analizarse el carácter de operador económico de las administraciones objeto del presente expediente.

En relación con esto, el Tribunal Supremo ha destacado en varias ocasiones la plena sujeción de las Administraciones Públicas a la normativa de defensa de la competencia y su consideración, en consecuencia, como operador económico, expresando que¹¹:

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.

En el presente caso los entes locales toman la decisión de formar parte de un acuerdo que les abre la posibilidad de encargar unos servicios de carácter económico a una sociedad pública, medio propio de la Diputación. Esta decisión tiene aptitud para generar efectos en el mercado de (1) de redacción de proyecto constructivo, (2) preparación de la licitación; (3) dirección facultativa de las obras, (4) coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado en todas las obras públicas encomendadas en su territorio. De hecho, las encomiendas realizadas se han sustraído del mercado.

¹¹ STS 4763/2007, de 19 de junio de 2007.

La Diputación interviene en el acuerdo como entidad titular exclusiva de las 9500 acciones de Arabako Lanak que sustentan en todo caso las pérdidas de la empresa pública. Además adopta la decisión de ceder un máximo de 500 acciones a todos los entes locales alaveses a fin de que éstos encomienden a la sociedad pública la realización de los servicios previamente indicados, detrayendo, de este modo, del mercado la demanda de los mismos. El acuerdo altera las condiciones normales de funcionamiento de la demanda de los servicios, orientando la demanda de los entes locales hacia la empresa pública y estableciendo para ello un mercado cautivo que se detrae del privado.

Por ello debe concluirse que tanto la Diputación como los entes locales han actuado en calidad de operadores económicos –demandantes de servicios- a efectos de la aplicación de la normativa de competencia.

22. La conclusión precedente contradice la alegación realizada por varios expedientados en virtud de la cual la AVC no estaría facultada para revisar los actos dictados por una Administración Pública. Según esta alegación la AVC tendría expedita, en caso de disconformidad, la vía de la impugnación prevista en el apartado 4 del art. 3 de la Ley de la Autoridad Vasca de la Competencia (LAVC)¹².

La existencia de dicho artículo implica la impugnación de actos que no sean subsumibles en los tipos de los 1, 2 ó 3 de la LDC. En otro caso la AVC debe poner en marcha sus competencias sancionadoras previstas en el apartado 2 del citado artículo 3 de la LAVC:

La Autoridad Vasca de la Competencia incoará, instruirá y resolverá procedimientos sancionadores que tengan por objeto conductas restrictivas de la competencia, tales como conductas colusorias, abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afecten al interés público, tal como se regula en la normativa de defensa de la competencia.

Es decir, cuando la AVC tiene conocimiento de la existencia de obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados provenientes de actos sujetos al derecho administrativo o de disposiciones generales de rango inferior a la ley de las Administraciones Públicas autonómica, foral y local de la Comunidad Autónoma de Euskadi, puede impugnar dichos actos o disposiciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, si considera que existen actos de las administraciones públicas que pueden ser

¹² Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, BOPV nº 29, de 9 de febrero de 2012.



conceptuados como conductas colusorias, como sucede en este caso, debe incoar el correspondiente expediente sancionador¹³.

b. Incidencia de la relación jurídica entre los sujetos, en la posible existencia de un acuerdo anticompetitivo

23. Para que exista un acuerdo anticompetitivo debe existir independencia de voluntades entre los operadores económicos suscriptores del mismo.

No resulta cuestionable la existencia de voluntad independiente de los entes locales respecto de la Diputación y tampoco se cuestiona el carácter de medio propio de Arabako Lanak respecto de la Diputación.

Debe analizarse sin embargo en qué medida existe independencia de voluntades de Arabako Lanak respecto de los entes locales. Es decir, procede analizar si Arabako Lanak puede considerarse medio propio de aquéllos.

24. Durante toda la tramitación del expediente, las partes han alegado — excepto el Ayuntamiento de Labastida, que manifiesta lo contrario, como se verá— que Arabako Lanak ostenta el carácter de medio de propio respecto de los entes locales accionistas. En consonancia con lo manifestado en la Propuesta de Resolución, este Consejo Vasco de la Competencia procede a analizar esta cuestión.

25. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) excluye de su ámbito de aplicación entre otros a¹⁴:

¹³ Ver Resolución AVC de 4 de septiembre de 2014, Expte. 10/2012, Servicios Farmacéuticos Residencias 2, incoado contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Álava, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Bizkaia, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Gipuzkoa, la Diputación Foral de Álava, la Diputación Foral de Bizkaia, la Diputación Foral de Gipuzkoa y el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco.

Asimismo, Resolución TDC de 7 de abril de 2003, Expte. 535/2002, Eléctrica Eriste; Resolución TDC de 27 de julio de 2006, Expte. 594/05, Cines Campoo; Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta.

¹⁴ Artículo 4.1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE nº 276, de 16 de noviembre de 2011, modificado por Ley 17/2012, de 27 de diciembre, BOE-A-2012-15651, por Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, BOE-A-2013-2030, por Ley 8/2013, de 26 de junio, BOE-A-2013-6938, por Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, BOE-A-2013-7063, por Ley 10/2013, de 24 de julio, BOE-A-2013-8083, por Ley 11/2013, de 26 de julio, BOE-A-2013-8187, por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, BOE-A-2013-10074, por Ley 20/2013, de 9 de diciembre, BOE-A-2013-12888, por Ley 25/2013, de 27 de diciembre, BOE-A-2013-13722, por Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, BOE-A-2014-747, por Ley 13/2014, de 14 de julio, BOE-A-2014-7468, por Ley 2/2015, de 30 de marzo, BOE-A-2015-3443, por Ley 25/2015, de 28 de julio, BOE-A-



“n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.^a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.”

El art. 24.6 del mismo texto establece:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

En consecuencia, cinco son los requisitos que, inexorablemente, deben cumplir los entes, organismos y entidades del sector público para ser considerados como medios propios:

Primero- Los estatutos o normas constitutivas deben **reconocer de manera expresa la condición de medio propio, con determinación expresa de las entidades respecto de las cuales tiene esta condición;**



Segundo- Si el medio propio es una sociedad, la totalidad de su **capital** debe ser **de titularidad pública**.

Tercero- El medio propio debe realizar con el encomendante la **parte esencial de su actividad**;

Cuarto- Los estatutos o normas constitutivas deben **reconocer de manera expresa el régimen de las encomiendas** que se le puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos. Debe determinarse la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas, y

Quinto- El encomendante debe ejercer sobre el medio propio un **control análogo** al que puede ejercer sobre sus propios servicios;

26. Los Estatutos de Arabako Lanak reconocen expresamente su condición de medio propio de sus accionistas, puesto que el artículo 1, párrafo 2º expresa que “se considera como medio propio y servicio técnico de sus accionistas, a los efectos previstos en la legislación sectorial de contratos del sector público”.

Del mismo modo resulta indiscutible que la totalidad del capital social de Arabako Lanak (60.101,21€) es de titularidad pública: 57.096,15 € de la DIPUTACIÓN y 3.005,06 € de los entes locales accionistas.

Respecto del requisito referido a que la parte esencial de la actividad del medio propio lo sea respecto de su encomendante, la jurisprudencia europea interpreta que puede considerarse satisfecho, cuando existen varios entes territoriales, si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de esos entes territoriales, “sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto”¹⁵.

Pueden por tanto considerarse cumplidos los tres primeros requisitos referidos.

27. Sin embargo, los Estatutos de Arabako Lanak, en el momento de inicio de este expediente y en el momento de redacción del Pliego de Concreción de Hechos, no recogían expresamente el régimen de las encomiendas que se le pueden conferir ni determinan su imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que es medio propio. Dicho régimen se recogía en el Convenio general entre la Diputación y Arabako Lanak del que no son parte el resto de accionistas.

¹⁵ Véase apartado 70 de la Sentencia de Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, apartado 50. Sentencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de mayo de 2006, C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei/ Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA.



Se producía por tanto un defecto en el cumplimiento de uno de los requisitos exigidos por la normativa para la consideración de Arabako Lanak como medio propio de los entes locales.

Debe ponerse de manifiesto no obstante que, de acuerdo con lo manifestado por Arabako Lanak en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, la Junta General de Accionistas de esta empresa aprobó el 31 de julio de 2015, a la vista del Pliego de Concreción de Hechos en este expediente, la modificación de los citados Estatutos, incluyendo una serie de artículos que tendrían como objetivo “solventar” un “problema” por ella misma reconocido (folios 5699-5700).

28. Finalmente, resulta preciso analizar el requisito del control análogo.

Este requisito ha sido profundamente precisado por la jurisprudencia de la Unión Europea.

Las partes alegan en este punto la doctrina asentada por la sentencia Asemfo-Tragsa que sin embargo, a juicio de este CVC, no puede emplearse como precedente en este caso¹⁶. Ello es así porque el amparo que la sentencia confiere a Tragsa como medio propio de las comunidades autónomas con participación minoritaria en su capital deriva de una norma con rango legal¹⁷. No existe una norma legal que ampare a Arabako Lanak como medio propio de las entidades locales.

Examinemos diversa jurisprudencia de la Unión Europea que sí resulta aplicable al presente caso dejando de lado, de acuerdo con las alegaciones de las partes, el análisis de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública que no estaba vigente durante la práctica analizada¹⁸.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria, S.A. (Tragsa), Administración del Estado, apartados 57 a 61.

¹⁷ El art. 88 apartado 4, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1997. Actual Disposición adicional vigésima quinta del TRLCSP; Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales, BOE nº 218, de 8 de septiembre de 2010.

¹⁸ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, DOUE de 28 de marzo de 2014, L 94/65.

El Tribunal de Justicia ha considerado en la sentencia **Coname** que una participación del 0.97% no es suficiente para otorgar lo que se conoce como control análogo¹⁹.

Por otro lado, la sentencia **Carbotermo** acotó el concepto de control análogo a un efectivo control sobre la sociedad encomendada, independientemente del porcentaje de participación²⁰. Así, manifestó que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, **sin ser un indicio decisivo**, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

No obstante, profundizando en lo establecido en los Estatutos de dicha sociedad adjudicataria, esta sentencia concluyó que los mismos **no reservaban al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuían ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración**. De ello dedujo que, en tales circunstancias, el poder adjudicador no ejerce sobre la sociedad adjudicataria del contrato público controvertido un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Finalmente, la sentencia **Econord SpA**, de fecha posterior a la sentencia Asemfo-Tragsa, expresa que cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito de control análogo se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión²¹.

Se deriva del análisis de esta jurisprudencia que el requisito de control análogo debe evaluarse empleando una serie de criterios que permitan una valoración conjunta de la situación.

¹⁹ Sentencia de Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2005, C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de Botti, Padania Acque SpA. En el mismo sentido Sentencia de Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG.

²⁰ Sentencia de Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 2006, C-340/04, Carbotermo.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2012, C-182/11 y C-183/11, Econord SpA/Comune di Cagno (C-182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate, Comune di Varese, apartados 32 y 33.



Los órganos decisorios de Arabako Lanak son la Junta de Accionistas y el Consejo de Administración²². Los entes locales no forman parte del Consejo de Administración. Sí forman parte de la Junta de Accionistas con una acción cada uno de ellos sobre un total de 10.000²³.

Cada acción supone un voto en la Junta General, dado que los Estatutos de Arabako Lanak no han establecido un número mínimo de acciones para asistir a la Junta ni un número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista, opciones permitidas por los arts. 179 y 188 de la Ley de Sociedades de Capital siempre que se fijen en los Estatutos de la sociedad. Tampoco constan acuerdos que otorguen a los entes locales otras facultades de decisión sobre las decisiones de Arabako Lanak.

En consecuencia, la Diputación posee 9.956 votos en la Junta General, mientras que cada ente local posee un voto (que serían 44, en caso de agruparse). El control que pueden ejercer 44 votos frente a 9.956 dista mucho de suponer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de Arabako Lanak. Debe concluirse de este análisis que es la Diputación por sí sola quien controla Arabako Lanak. La Diputación no necesita llegar a acuerdos con el resto de accionistas para adoptar decisiones, no existiendo, en consecuencia control conjunto de los entes locales con la Diputación, como ha sido alegado.

29. A mayor abundamiento, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas llegó a la misma conclusión en su informe de fiscalización denominado “Cuenta General del Territorio Histórico de Álava 2012” donde afirmó que:

Respecto de la consideración como medio propio de las EELL que forman parte del accionariado de Arabako Lanak, SA, del análisis de los estatutos de la sociedad, y en

²² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, modificado por Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, BOE-A-2010-18651, por Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, por Ley 25/2011, de 1 de agosto, BOE-A-2011-13240, por Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, BOE-A-2012-3812, por Ley 1/2012, de 22 de junio, BOE-A-2012-8406, por Ley 9/2012, de 14 de noviembre, BOE-A-2012-14062, por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, BOE-A-2013-10074, por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, BOE-A-2014-9133, por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, BOE-A-2014-12589, por Ley 5/2015, de 27 de abril, BOE-A-2015-4607, por Ley 9/2015, de 25 de mayo, BOE-A-2015-5744, por Ley 11/2015, de 18 de junio, BOE-A-2015-6789, por Ley 15/2015, de 2 de julio, BOE-A-2015-7391, por Ley 22/2015, de 20 de julio, BOE-A-2015-8147. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

²³ De acuerdo con lo manifestado por Arabako Lanak en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, la Junta General de Accionistas de dicha sociedad acordó el 31 de julio de 2015 el nombramiento de nuevos miembros del Consejo de Administración incluyendo tres que corresponden a las entidades locales elegidos a propuesta de los representantes de estas asistentes a la Junta General.



relación al art. 24.6 del TRLCSP, cabe concluir que **no se han previsto mecanismos que permitan afirmar la existencia de un control por parte de dichas entidades locales, lo que cuestiona la propia condición de medio propio de la sociedad respecto de las mismas**. Asimismo, y en relación al mismo artículo del TRLCSP, los estatutos de Arabako Lanak, SA no precisan el régimen de encomiendas que le pueden ser conferidas, el cual queda derivado al convenio general suscrito entre la DFA y la sociedad, de fecha 12 de diciembre de 2012.

30. Idéntica conclusión comparte el Ayuntamiento de Labastida, quien en sus alegaciones manifiesta que:

El Ayuntamiento de Labastida no comporte la tesis de que Arabako Lanak sea medio propio del Ayuntamiento de Labastida. En expediente de suscripción de acción clase B de Arabako Lanak (Diciembre 2012), el informe municipal de propuesta de suscripción de acción, pagina 5 apartado conclusiones establecía “de acuerdo con lo expresado en apartado fundamento jurídicos cabe concluir que **un Ayuntamiento (Labastida) no puede considerar medio propio a la Sociedad Arabako Lanak, en tanto no se cumplimentan las condiciones básicas para ello (sobre todo: control análogo al que pueden ejercer sobre sus servicios)**”.

c. Situación de las encomiendas previas a noviembre de 2012

31. Existe un grupo de encomiendas que tienen lugar antes de la celebración formal del acuerdo entre la Diputación y los entes locales (identificadas con el N 1º, 2º, 3º, 4º y 5º en la tabla del párrafo 15).

Respecto de ellas, en contra de lo manifestado en la propuesta de resolución de este expediente, este CVC considera que no ha quedado acreditado que las mismas formen parte de la conducta anticompetitiva analizada. Por esta razón el CVC considera que no resulta necesario analizar el posible amparo legal que sobre las mismas alegan las partes.

Este CVC considera excluidas las citadas encomiendas anteriores a noviembre de 2012 de la práctica anticompetitiva.

d. La existencia de una encomienda de carácter verbal (Labastida).

32. El Ayuntamiento de Labastida alega que no realizó ninguna encomienda a Arabako Lanak sino que solicitó verbalmente “auxilio técnico” en la redacción del proyecto a “la Diputación Foral-Arabako Lanak”.

33. A tal respecto debe manifestarse que la existencia de encomienda en forma verbal no puede considerarse óbice para apreciar su existencia. Consta en el expediente que el Pleno del Ayuntamiento aprobó el 13 de junio de 2013 el “proyecto técnico de ejecución de obra de Renovación de Infraestructuras y Pavimentaciones del barrio El Otero presentado por Arabako Lanak con sello



Registro Entrada de 12 de junio de 2013, por cuantía de 813.097,83 €sin IVA”. Asimismo, consta que dicha encomienda se realizó de manera verbal, tal y como declararon representantes de la Diputación ante la Comisión de Investigación de las Juntas Generales.

Por razones que no inciden en este expediente, dicha encomienda fue cancelada antes de su ejecución completa y Arabako Lanak, dado que había iniciado sus labores, procede a una facturación que se realiza con un sistema diferente al llevado a cabo en el resto de encomiendas: Arabako Lanak facturó al ayuntamiento 17.364,01€ (IVA incluido) el 3 de febrero de 2014. Posteriormente, el 5 de mayo de 2014, dicha factura fue rectificada y se elaboró otra de 5.034,11€ (IVA incluido) en concepto de “gastos externos incurridos por la redacción de proyecto”.

Por tanto, no procede aceptar la alegación de inexistencia de encomienda, aunque sí reconocer su carácter “especial” respecto de todas las demás realizadas, tanto por la forma de encargarse como por cancelarse antes de su ejecución total. La incidencia de esta encomienda en el mercado difiere por tanto sensiblemente respecto de las demás.

B. Clasificación de la infracción

34. El art. 62 de la LDC clasifica las infracciones establecidas en la misma en tres tipos: leves, graves y muy graves. Así se considera infracción grave, entre otras:

El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas **entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.**

En el presente caso, dado que los entes expedientados no son competidores entre sí la conducta objeto del mismo debe considerarse como infracción grave del art. 62.3 a) de la LDC.

2. Antijuridicidad

A. Posible existencia de eficiencias

35. El art. 1.3 de la LDC establece que no se consideran prohibidas las prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico siempre que se pueda acreditar que se verifican todas las siguientes circunstancias.



- “a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.”

Las partes han alegado a este respecto que el acuerdo supone eficiencias que, en el contexto jurídico y económico vigente, justifican su existencia por lo tanto pasamos a analizar si existen razones para considerar eximido de la prohibición el acuerdo.

36. La primera de las eficiencias alegadas supone la reorganización en Arabako Lanak de otras dos empresas públicas con vistas a su posterior disolución. Esta circunstancia, mencionada en la Exposición de Motivos del Acuerdo de 2012, carece de relación con posibles eficiencias de la práctica que vincula a los entes locales, Arabako Lanak y la Diputación.

37. En el periodo 2012-2014 los ingresos de Arabako Lanak se distribuyen como se recoge a continuación:

	Arabako Lanak FACTURACIÓN (SIN IVA)		
	2012	2013	2014
Encomiendas Entes locales	0,00 €	24.317,19 €	243.001,29 €
Encomiendas previas a 2012	27.694,28 €	0,00 €	0,00 €
Encomiendas DFA	58.882,94 €	115.164,62 €	24.099,68 €
Ingresos no vinculados con las encomiendas	47.903,94 €	43.187,75 €	9.287,80 €
TOTAL	134.481,16 €	182.669,56 €	276.388,77 €

Fuente Arabako Lanak

Como se puede apreciar, las encomiendas de los entes locales han supuesto en el año 2014 el 87,92% de su actividad.

Con estos ingresos, la estructura de personal de Arabako Lanak es de 14 empleados: 2 ingenieros de caminos, 1 ingeniero técnico agrónomo, 2 arquitectos, 1 arquitecto técnico, 4 administrativos, 2 abogados, 1 financiero y 1 gerente²⁴.

Las cuentas publicadas por Arabako Lanak muestran pérdidas constantes que se ven sensiblemente incrementadas en los años posteriores a la existencia del acuerdo con los entes locales.

²⁴ Fuente: Presupuestos de Arabako Lanak, S.A. y Relación de Puestos de Trabajo.



	Arabako Lanak				
	2010	2011	2012	2013	2014
Resultados explotación	-390.734	-244.052	-502.767	-881.958	-818.983
Resultado ejercicio	-387.057	-238.841	-500.348	-966.680	-817.615
Subvenciones, Donaciones y legados recibidos	0	0	352.884	313.419	273.741
Aportaciones Diputación para compensar pérdidas	387.314	238.533	266.252	773.970	659.739

Fuente: Axesor

De lo expuesto no puede deducirse la existencia de eficiencia.

38. Las eficiencias podrían plantearse también en términos del precio facturado por Arabako Lanak por los servicios prestados.

El porcentaje facturado por Arabako Lanak ha sido del 6% del importe de cada documento relativo al pago de la obra -excluido el IVA- independientemente de los servicios prestados. Este importe alzado no se corresponde por tanto con los trabajos efectivamente realizados por la empresa pública (los cuatro afectados por el acuerdo o tan solo alguno de ellos).

Respecto de la gestión de las licitaciones, debe subrayarse que en las encomiendas afectadas por el expediente existen tres tipos de contratos diferentes (6 ordinarios, 10 simplificados y 4 con adjudicación directa). La diferente complejidad en la preparación de estos expedientes no ha tenido reflejo en el precio cobrado por Arabako Lanak.

Este importe supera además el de otros trabajos de similares características que Arabako Lanak ha externalizado en el año 2014: Los servicios de asistencia técnica, redacción del proyecto y la dirección de obra se han adjudicado por el 2,79% y el 1,98% del presupuesto de adjudicación de la obra.

ENTIDAD LOCAL	CONCEPTO	PRESUPUESTO ADJUDICACIÓN		% ASISTENCIA Técnica/OBRA
		OBRA	ASISTENCIA T: REDACCIÓN PROYECTO Y DIR. OBRA	
J.A. LOZA	Renovación red y pavimento	709.383,95 €	19.800,00 €	2,79%
A. PEÑACERRADA	Renovación red y pavimento	448.926,58 €	8.900,00 €	1,98%

39. Del análisis realizado no puede desprenderse la existencia de eficiencias que justifiquen la no aplicación al acuerdo de la prohibición del párrafo primero del artículo 1 de la LDC. Las posibles eficiencias alegadas por las partes, de



existir, deberían cumplir con los tres requisitos contenidos en el citado párrafo tercero del artículo 1 de la LDC y por lo tanto, **permitir a los usuarios** (en este caso los entes locales) **participar de forma equitativa de las ventajas generadas** por la práctica, circunstancia que se ve rebatida en esta resolución.

B. Posible existencia de una exención legal

40. El Ayuntamiento de Laguardia ha alegado que la encomienda para la pavimentación e infraestructuras del casco histórico del municipio está amparada por la exención del art. 4 de la LDC, al estar dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Patrimonio Cultural del País Vasco, dada su calificación como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, de conformidad con el Decreto 135/2002²⁵.

El fundamento jurídico del Convenio de pavimentación es, según esta alegación, un procedimiento de cooperación y asistencia técnica mutua en materia de patrimonio cultural que legalmente se define como materia compartida entre el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales y los Ayuntamientos con un mandato expreso de colaboración en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Así, el Ayuntamiento no está encargando a Arabako Lanak la realización de determinados trabajos materiales, sino que ambas entidades estarían actuando en una materia de competencia compartida, dando cumplimiento a un expreso mandato legal de actuación en cooperación y mutua asistencia.

A tal respecto, este CVC debe manifestar que el convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Laguardia y Arabako Lanak es similar al suscrito por ésta con el resto de entes locales y expresa lo siguiente en los Antecedentes:

I. Con fecha 26 de enero de 1999, la Diputación Foral de Álava y Arabako Lanak, S.A. suscribieron un Convenio General cuyo objeto fue el establecimiento de las reglas generales reguladoras de las encomiendas efectuadas por aquélla a ésta (en adelante, el "Convenio General"), posteriormente modificado en fecha 16 de julio de 2008, y por último en fecha 12 de diciembre de 2012. Esta última modificación del Convenio General tuvo como objetivo prever el nuevo escenario societario de Arabako Lanak, S.A. Así, esta Sociedad ha iniciado un proceso de apertura de su capital social a las entidades locales del Territorio Histórico de Álava que así lo deseen, a través de la donación de una acción de su capital social, de manera que Arabako Lanak, S.A. pueda ser **medio propio y servicio técnico de dichas entidades locales**, y por tanto éstas puedan realizar encomiendas de gestión a Arabako Lanak, S.A.

²⁵ Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco, BOPV nº 157 de 6 de agosto de 1990. Decreto 135/2002, de 11 de junio, por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, el Casco Histórico de Laguardia (Álava), BOPV nº 122, de 28 de junio de 2002.



II. El citado Convenio General prevé en su Base Primera que cada uno de los encargos o encomiendas concretos que se efectúen a Arabako Lanak, S.A. se instrumente mediante la conclusión de la correspondiente Encomienda Específica, a cuyo contenido se refiere en particular y para las entidades locales del Territorio Histórico de Álava la Base Octava de aquél.

III. En cumplimiento de tal previsión, el Ayuntamiento de Laguardia, en su reunión de fecha 4 de octubre de 2013, y el Consejo de Administración de Arabako Lanak, S.A., en su reunión de fecha 22 de octubre de 2013, han aprobado la suscripción de la presente Encomienda Específica, de acuerdo con lo estipulado en las siguientes:

Asimismo, su cláusula segunda (“Descripción de los trabajos a realizar”) expresa que:

Los trabajos a realizar son los siguientes.

Por un lado, la redacción del "Proyecto de Pavimentación e Infraestructuras del Casco Histórico de Laguardia (Álava) 2ª Fase", para su posterior supervisión y aprobación por el Ayuntamiento de Laguardia.

Debido a la premura de los plazos para la redacción del mismo de cara a la obtención de las ayudas del Programa del Plan Foral de Obras y Servicios de la Diputación Foral de Álava, el proyecto ha sido redactado con anterioridad a la suscripción de la presente encomienda específica, habiéndose realizado por los Servicios Técnicos de Arabako Lanak, S.A. **como medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Laguardia.**

No existe en dicho convenio ninguna mención al amparo jurídico de la citada Ley de Patrimonio Cultural ni de la condición de Conjunto Monumental de la zona a actuar, por lo que cabe considerar que el motivo de realizar la citada encomienda lo fue el supuesto carácter de medio propio de Arabako Lanak, por lo que no procede sino desestimar la presente alegación.

El Ayuntamiento de Laguardia aportó como prueba, y ha solicitado una prueba testifical al respecto, un informe del arquitecto asesor de dicho ayuntamiento en el que detalla cinco actuaciones realizadas por las sociedades Arabarri y Arabako Lanak relativas al estudio del Casco Histórico de Laguardia, siendo la última de ellas el “Proyecto de renovación de Infraestructuras y Pavimentación del Casco Histórico de Laguardia redactado en diciembre de 2008 por encargo de Arabarri. Sin poner en duda, en modo alguno, lo manifestado en dicho informe, lo cierto es que la encomienda en cuestión tiene por objeto el “Proyecto de Pavimentación e Infraestructuras del Casco Histórico de Laguardia (Álava) 2ª Fase” —y no actuaciones previas realizadas por Arabarri— y fecha de 22 de octubre de 2013 —casi 5 años después—, y hace referencia, como se ha señalado anteriormente, como fundamento principal al carácter de medio propio de Arabako Lanak respecto al Ayuntamiento de Laguardia.



41. En consecuencia, siendo el convenio suscrito por el Ayuntamiento de Laguardia idéntico al suscrito por el resto de entes locales, debe recibir idéntico tratamiento por parte de este CVC.

C. Posible existencia de una conducta de menor importancia o sin aptitud para afectar de manera significativa a la competencia

42. Varios entes locales alegan que las encomiendas realizadas, en caso de ser contrarias a lo dispuesto en la LDC, estarían amparadas por los preceptos de la Ley y el Reglamento que se refieren a la denominada menor importancia o a la falta de aptitud para generar efectos “significativos” en el mercado.

43. Tal como ha quedado acreditado, el acuerdo celebrado entre los entes locales, la Diputación y Arabako Lanak tiene por objeto detraer del mercado los servicios prestados a las entidades locales por Arabako Lanak.

La Diputación y Arabako Lanak realizan todos los actos necesarios para cerrar en su totalidad el mercado de los servicios afectados a la empresa pública, reservando 500 acciones de su capital a los entes locales y ofreciendo a todos ellos la posibilidad de contar exclusivamente con los servicios esta empresa en lugar de recurrir al mercado privado. El hecho de que un número más o menos amplio de entes locales acepten su oferta en nada empece para realizar una valoración de la conducta de Arabako Lanak y la Diputación. No cabe por tanto aceptar su alegación de que la conducta sea de menor importancia ni de que, tal como se establece en el artículo 3 del RDC, su conducta carezca de aptitud para afectar de manera significativa a la competencia.

Cada uno de los entes locales tiene exclusivamente la capacidad de intervenir en los servicios que se presten en su término municipal. Por esta razón, la aceptación por cada ente de la oferta realizada por la Diputación supone su decisión del cierre del 100% del mercado de los servicios que demanda a los competidores de Arabako Lanak en cada uno de los territorios.

El hecho de que, por razones ajenas a la voluntad de los expedientados, otros entes no intervengan en la conducta no disminuye el desvalor de la práctica analizada por cada uno de ellos.

44. Por todo ello, el CVC concluye que no cabe aceptar la alegación realizada.

3. Los efectos en el mercado de la conducta típica y antijurídica

45. El acuerdo analizado tiene como efecto reservar para la empresa Arabako Lanak los servicios de redacción de proyectos y de la dirección facultativa de las obras y la coordinación de seguridad y salud demandados por los diferentes entes locales alaveses en detrimento de los profesionales del sector.

Los contratos objeto de las encomiendas (N 6º, 7º y 9º a 21º) han sido, por tanto, sustraídos del mercado.

Arabako Lanak se beneficia de este acuerdo recibiendo —tal como se prevé en el convenio suscrito con la Diputación— un 6% de cada certificación o documento relativo al pago de la obra que sea en su caso objeto del encargo. La posibilidad de cobro del 6% ha sido ejercida en todas las encomiendas analizadas, salvo en el caso de Labastida, independientemente de los servicios que preste.

Este acuerdo reduce el incentivo de contratar para la ejecución de la obra a las empresas más eficientes en su oferta, dado que cuanto más barata sea la oferta, menos dinero cobrará Arabako Lanak.

Finalmente, Arabako Lanak facilita la extensión de los efectos de dicho acuerdo, al subvencionar actuaciones destinadas a la conservación del patrimonio cultural edificado de Álava otorgando automáticamente la puntuación máxima en el apartado “Viabilidad Técnica” a quienes, con la solicitud de subvención, adjunten la petición de que la licitación, contratación y dirección de las obras, en caso de ser subvencionadas, sean realizadas por Arabako Lanak. Esta condición del acuerdo otorga a Arabako Lanak una ventaja frente a cualquier competidor que ofertara sus servicios a los entes locales.

46. Dicho acuerdo ha producido el efecto de falsear la competencia respecto de los servicios de redacción de proyectos y dirección facultativa de obras y coordinación de seguridad y salud en los municipios y concejos alaveses citados.

En primer lugar, ha sustraído del mercado las actividades de redacción del proyecto constructivo en las encomiendas identificadas con el N 6º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º, 13º, 14º, 17º, 18º y 19º.

En segundo lugar, ha sustraído del mercado las labores de dirección facultativa de obras y coordinación de seguridad y salud de las encomiendas identificadas con el N 6º, 7º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º y 21º.



En tercer lugar, ha supuesto la aplicación de un precio idéntico (del 6% de cada certificación) por diferentes servicios de dificultad muy diversa. Además, considerando el doble papel de Arabako Lanak -como prestador de servicios y cómo poder adjudicador de las obras- el sistema de pago ha generado un desincentivo a la contratación eficiente, ya que los ingresos de la empresa pública serán tanto más elevados cuanto mayor sea el precio de adjudicación de la licitación de ejecución de la obra.

Finalmente, la gestión de las subvenciones por parte de Arabako Lanak y la previsión en el acuerdo de que se otorgará la máxima puntuación a los proyectos que hayan sido realizados por ella misma le otorga una ventaja injustificada respecto de sus competidores.

4. Responsabilidad

A. Culpabilidad

47. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo —recogida asimismo por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sus sentencias 761/2011, de 14 de noviembre de 2011 y 73/2012, de 6 de febrero de 2012— en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea típica y antijurídica, sino que también es necesario que sea culpable²⁶. La culpabilidad es un elemento insoslayable cuando de la aplicación del derecho sancionador se trata, y exige que la conducta realizada sea imputable a los expedientados bien a título de dolo bien a título de imprudencia, es decir, que el sujeto actúe deliberadamente o bien que actúe sin ser consciente —por haber obviado la diligencia que le resultaba exigible— de que su acto puede originar u origina agresiones a la libre competencia.

48. En el presente caso, la responsabilidad de los entes locales expedientados se deriva del uso consciente de la encomienda de gestión como vía para detraer del mercado los servicios prestados por Arabako Lanak.

La responsabilidad de la Diputación proviene de haber puesto en marcha el procedimiento por el cual dona un porcentaje de sus acciones a los entes locales que así lo deseen para que realicen sus obras públicas por medio de su sociedad pública (posibilidad ofrecida a los más de 400 entes locales alaveses). Por consiguiente, la responsabilidad de la Diputación no proviene,

²⁶ STC 76/1990, de 26 de abril de 1990 y STS de 12 de diciembre de 1995, de 14 de mayo de 1999, de 4 marzo 2002, de 19 diciembre 2002, de 18 marzo 2005, de 6 de julio de 2010.



como establece en su alegación, de haberse procedido al levantamiento del velo en el expediente, dada su condición de socia mayoritaria de Arabako Lanak. Su responsabilidad se deriva de su propia participación en la conducta anticompetitiva.

Finalmente, la responsabilidad de Arabako Lanak procede de llevar a la práctica las encomiendas de gestión realizadas por los entes locales de los que no puede considerarse medio propio, así como de haberse situado en posición de ventaja con respecto a los competidores en los procesos, abiertos por ella misma, de concesión de subvenciones a los entes locales para la conservación del patrimonio cultural edificado de Álava, al conferir automáticamente a las obras realizadas con su intermediación la puntuación máxima en el apartado “Viabilidad Técnica”.

Ante la alegación de Arabako Lanak sobre su falta de responsabilidad en la fijación del precio -basándose en un porcentaje fijo del 6% de las obras independientemente de los servicios prestados- en virtud de la cual es la Diputación la que fija el precio por ella cobrado, debe subrayarse que los términos del convenio entre ambas recogen claramente las palabras “**podrá computar**”. Por esta razón, la efectiva computación del precio a los entes locales debe considerarse responsabilidad conjunta de ambas entidades.

B. Prescripción

49. La Propuesta de Resolución reconoció la extinción de la responsabilidad, por prescripción de la infracción, de varias de las encomiendas de gestión realizadas. Dado que respecto de todas ellas se ha considerado que no resulta acreditada la comisión de infracción a la LDC, no procede analizar esta cuestión.

C. Confianza legítima

50. Varios entes locales han alegado que su conducta está amparada por el principio de confianza legítima.

51. A tal respecto procede manifestar que el principio de confianza legítima constituye un principio general del Derecho recogido expresamente en nuestra legislación²⁷.

²⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961, SNUPAT contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asuntos acumulados C-42/59 y C-49/59, y de 13 de julio de 1965, Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asunto 111/63.



La Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LRJAP-PAC, que señala que en dicha reforma se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas derivados del principio de seguridad jurídica, el de la buena fe y el de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente²⁸. Dichos principios se han insertado en el art. 3 de la LRJAP-PAC:

Artículo 3. Principios generales.

1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el principio de confianza legítima debe aplicarse cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente al particular beneficiado a confiar en la legalidad de actuación administrativa²⁹. Asimismo, el Tribunal Supremo expuso que el principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando existan signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente al afectado por el principio a confiar en la legalidad de la actuación administrativa. Además se establece que debe realizarse una ponderación de los intereses en juego — interés individual e interés general—, que lleve a la convicción de que la revocación o dejación sin efecto del acto, genere en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar.

Pues bien, como se puede apreciar, el principio de confianza legítima se construyó jurisprudencialmente y se plasmó en la LRJAP-PAC para proteger al particular que confía en la legalidad de la actuación de la Administración y realiza lo que ésta le dicta, pero no para proteger a la propia administración.

²⁸ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 12, de 14 de enero de 1999.

²⁹ STS 773/1990, de 1 de febrero de 1990; STS 15554/1990, de 1 de febrero de 1990; STS 5320/1997, STS 1375/2000, de 23 de febrero de 2000, de 28 de julio de 1997; STS 6785/2000, de 26 de septiembre de 2000; STS 6868/2009, de 3 de noviembre de 2009; STS 6164/2013, de 22 de noviembre de 2013, STS 1858/2015, de 4 de mayo de 2015.



Cada administración debe velar por la legalidad de sus propios actos y actuar bajo el principio de pleno sometimiento a la Ley y al Derecho.

5. Análisis de cuestiones procesales.

A. Solicitud de práctica de pruebas por el CVC

52. El Ayuntamiento de Laguardia ha solicitado que se lleve a cabo una prueba testifical/pericial mediante la comparecencia del Arquitecto D. I.M.A quien suscribe el Informe que se adjuntó a las alegaciones efectuadas al Pliego de Concreción de Hechos, a efecto de su ratificación y realización de las aclaraciones que se tengan por oportunas.

Este CVC desestima la práctica de la prueba testifical-pericial solicitada ya que en ningún momento se ha puesto en duda lo manifestado por dicho arquitecto, sino que se ha puesto de manifiesto la falta de coherencia entre lo manifestado por dicha persona con el tenor literal del acuerdo de encomienda de gestión del Proyecto de pavimentación e infraestructuras del casco histórico de Laguardia (Álava) 2ª fase.

Considera este CVC que una prueba testifical no resulta necesaria para precisar ningún extremo contenido en el Informe que se adjuntó a las alegaciones efectuadas al Pliego de Concreción de Hechos.

53. Los Ayuntamientos de Moreda de Álava, Ayuntamiento de Navaridas, Ayuntamiento de Peñacerrada-Uribeharria, Ayuntamiento de Samaniego, Junta Administrativa de Argomaniz, Junta Administrativa de Ollavarre, Junta Administrativa de San Román de Campezo Y Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo han solicitado que se oficie a las Delegaciones del COAVN y al resto de Colegios Oficiales de Arquitectos de España para que certifiquen el número de colegiados y el número de proyectos que se visaron entre los años 2012 a 2014, e importes de los presupuestos de cada uno de ellos.

Este CVC desestima la práctica de la prueba solicitada por no considerarla necesaria para determinar la existencia, antijuridicidad ni gravedad del acuerdo llevado a cabo ni aporta datos sustanciales sobre los efectos del mismo.

B. La inexistencia de propuesta de sanción en la propuesta de Resolución

54. Varios expedientados han alegado la vulneración realizada en su derecho de defensa por no haberse propuesto ninguna sanción en la Propuesta de



Resolución. A tal respecto procede manifestar que el art. 50.4 de la LDC establece que:

Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.

Dicho artículo no establece el contenido mínimo de las propuestas de resolución, por lo que debe acudirse a lo establecido en su normativa de desarrollo, el RDC, que en su art. 34.1 establece:

La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. (...)

Como se aprecia, la normativa procedimental en materia de competencia no incluye en el contenido mínimo de las propuestas de resolución la inclusión de una propuesta de la sanción a imponer. A mayor abundamiento, el precepto transcrito está redactado en términos de obligatoriedad (“deberá”) que impide incluir aspectos no recogidos en la misma.

Esta exclusión de una propuesta de sanción en la propuesta de resolución no es una innovación de la normativa en vigor en materia de competencia, sino que es fiel continuadora de la normativa anterior, desde la ley primigenia en la materia³⁰. La citada exclusión es una especialidad de la normativa procesal de defensa de la competencia, que se separa de la normativa general, sustanciada en el reglamento que regula el procedimiento sancionador en desarrollo de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual sí exige que se especifique “la sanción que propone que se imponga”³¹.

³⁰ La Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE nº 175, de 23 de julio de 1963) establecía en su art. 22.4 que “El Director del Servicio, una vez concluso el expediente, lo remitirá al Tribunal, acompañado de un informe-propuesta que exprese las prácticas observadas, sus antecedentes y los efectos producidos”. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (BOE nº 170, de 18 de julio de 1989) establecía en su art. 37.3 que “El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Tribunal, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, los efectos producidos y la calificación que le merezcan los hechos”.

³¹ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, BOE nº 189, de 9 de agosto de 1993; Ley estatal 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992, modificada por Real Decreto-ley 14/1993, de 4 de agosto, BOE-A-1993-21772, por Ley 6/1997, de 14 de abril, BOE-A-1997-7878, por Ley 29/1998 de 13 de julio, BOE-A-1998-16718, por la



Finalmente, procede manifestar que, al contrario de lo alegado por varios de los expedientados, la expresión del art. 34.1 del RDC “la responsabilidad que corresponda a sus autores” no puede equipararse, en modo alguno, a una obligación de proponer una sanción, siendo así que la Propuesta de Resolución emitida en su día ya incluyó un epígrafe V bajo la rúbrica Responsabilidad.

C. Plazo máximo de resolución del procedimiento

55. El Ayuntamiento de Laguardia ha alegado que la Propuesta de Resolución parte del cómputo de un plazo de suspensión no conforme con el RDC, que debió terminar el 13 de agosto y que, en consecuencia, debe corregirse para establecer un nuevo plazo máximo de resolución del expediente.

A tal respecto, procede manifestar que el art. 12 del RDC establece que:

En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido³².

El tenor literal del citado artículo expresa de forma meridiana que la suspensión durante el plazo concedido sólo se produce en defecto de cumplimiento por parte del destinatario del requerimiento efectuado (en caso de imposibilidad o de incumplimiento del deber de colaboración, por ejemplo). Sin embargo, en caso de efectivo cumplimiento del requerimiento, la suspensión procede durante el tiempo que media entre la notificación y el efectivo cumplimiento.

En el presente caso, si bien se otorgó un plazo de un mes para el cumplimiento del requerimiento de prueba, uno de los expedientados —la Diputación— lo cumplió de forma incompleta el día 13 de agosto (último día del mes concedido) y de forma efectiva el 26 de agosto de 2015, fecha a partir de la

Ley 4/1999, de 13 de enero, BOE-A-1999-847, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, BOE-A-2001-24965, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, BOE-A-2003-21187, por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, BOE-A-2003-23936, por Ley 11/2007, de 22 de junio, BOE-A-2007-12352, por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, BOE-A-2009-17493, por Ley 18/2009, de 23 de noviembre, BOE-A-2009-18732, por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, BOE-A-2009-20725, por Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, BOE-A-2011-11641, por Ley 19/2013, de 9 de diciembre, BOE-A-2013-12887, por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, BOE-A-2013-13756, por Ley 15/2014, de 16 de septiembre, BOE-A-2014-9467, por Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, BOE-A-2015-6517. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>.

³² Art. 37 LDC: “1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.
b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.”



cual se procedió a levantar la suspensión y a determinar un nuevo plazo máximo de resolución del procedimiento.

Entender, como hace el alegante, que la suspensión debió levantarse el 13 de agosto y que los documentos ulteriormente remitidos por la Diputación deberían haberse incorporado, sin más, al expediente, como cualquier otra documentación recibida en cualquier momento de la tramitación, y no como una prueba solicitada por los expedientados y aceptada su práctica por los instructores, supone desconocer el significado de la expresión “efectivo cumplimiento” y equipararlo a cualquier simple recepción de documentación, sea completa o incompleta y tenga o no relación con el requerimiento efectuado.

D. Errores materiales

56. El Ayuntamiento de Laguardia ha alegado la nulidad de la propuesta de resolución por contradicciones internas insalvables en lo referido a dicho expedientado por contener afirmaciones contradictorias respecto a la prescripción de las dos conductas objeto de expediente, sin llegar a poder afirmarse, en su opinión, que la Propuesta aprecia y propone la prescripción en una o en ambas conductas.

En efecto, los instructores del expediente han solicitado en el informe remitido a este CVC, en unión del expediente, que se corrija el error material detectado en la Propuesta de Resolución. Así, donde dice:

Con respecto al Ayuntamiento de Laguardia, se considera extinguida la responsabilidad en lo que atañe a la encomienda realizada el 22 de octubre de 2013, para la redacción del proyecto, ejecución y dirección de las obras del "Proyecto de pavimentación e infraestructuras del casco histórico de Laguardia (Álava) 2ª fase" así como la contratación de los trabajos necesarios para su efectiva realización.

debe decir:

Con respecto al Ayuntamiento de Laguardia, se considera extinguida la responsabilidad en lo que atañe a la encomienda realizada el 4 de noviembre de 2010, para la redacción del proyecto, ejecución y dirección de las obras del "Proyecto de acondicionamiento del campo de fútbol de Laguardia. 2ª fase".

Dicho error material no puede ser utilizado para atacar la Propuesta de Resolución, puesto que es evidente que el epígrafe “C. Estudio de la posible prescripción de las infracciones” de la Propuesta de Resolución establece que todas las encomiendas **anteriores en dos años** a la fecha de recepción de la notificación estarían prescritas, por lo que sólo la encomienda realizada el año 2010 estaría prescrita y no, en modo alguno, la de 2013, como correctamente se afirmó en las páginas 36 y 45 de la citada Propuesta.



57. Por otra parte, ha alegado el Ayuntamiento de Labastida, como también lo hizo en las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, que quedó excluido del expediente en el resuelvo primero de la Resolución de incoación de 31 de marzo de 2014.

A tal respecto, procede manifestar, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, que la Resolución de incoación llevaba por título el siguiente:

“RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2014, DEL DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN, POR LA QUE SE INCOA EXPEDIENTE SANCIONADOR A DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, AYUNTAMIENTO DE AÑANA, AYUNTAMIENTO DE ARAMAIO, AYUNTAMIENTO DE ARTZINIEGA, AYUNTAMIENTO DE BARRUNDIA, **AYUNTAMIENTO DE LABASTIDA**, AYUNTAMIENTO DE LAGUARDIA, AYUNTAMIENTO DE LAPUEBLA DE LABARCA, AYUNTAMIENTO DE MOREDA DE ÁLAVA, AYUNTAMIENTO DE NAVARIDAS, AYUNTAMIENTO DE PEÑACERRADA-URIZAHARRA, AYUNTAMIENTO DE SAMANIEGO, JUNTA ADMINISTRATIVA DE ANTOÑANA, JUNTA ADMINISTRATIVA DE ARGOMANIZ, JUNTA ADMINISTRATIVA DE LARRINBE, JUNTA ADMINISTRATIVA DE NAVARRETE, JUNTA ADMINISTRATIVA DE OLLAVARRE, JUNTA ADMINISTRATIVA DE QUINTANILLA DE LA RIBERA, JUNTA ADMINISTRATIVA DE SAN ROMÁN DE CAMPEZO, JUNTA ADMINISTRATIVA DE SANTA CRUZ DE CAMPEZO Y ARABAKO LANAK, S.A.”

Efectivamente, en el resuelvo primero se cometió el error material de eludir al Ayuntamiento de Labastida de la relación de incoados, pero tanto el título de la resolución, como la notificación realizada a todos los interesados en el expediente —los expedientados, junto con el denunciante y la CNMC— no dejan lugar a dudas del carácter de expedientado de dicho Ayuntamiento.

En efecto, el 7 de abril de 2014 fue remitida la notificación de la citada Resolución de incoación a todos los interesados. En dicha notificación, junto con la copia literal de la Resolución, se informó a los interesados de lo siguiente:

a) que contra la presente Resolución no cabe recurso alguno por ser un acto de trámite que no cumple los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC, sin perjuicio de que su eventual oposición pueda alegarse para su consideración en la Resolución que ponga fin al procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC).

b) que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la LRJAPPAC, podrán promover recusación contra las personas designadas como instructor y secretario de instrucción en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, en los casos previstos en el artículo 28 de dicha ley.

c) que, sin perjuicio del derecho que les asiste para presentar las alegaciones que estimen oportunas, podrán tomar vista del expediente, conforme al artículo 35 de la LRJAPPAC. En caso de que deseen acceder al expediente, deberán solicitarlo, comunicándoseles desde la Dirección de Investigación el día y la hora para su vista.



d) que, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al presente procedimiento sancionador será de dieciocho meses a contar desde la fecha de la Resolución de incoación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la LDC.

Asimismo, sólo a los expedientados y también, por supuesto, al Ayuntamiento de Labastida, se les incluyó el siguiente párrafo final y se les adjuntó la denuncia presentada:

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por medio de la presente se le da traslado de copia de la denuncia presentada³³.

Dicha notificación fue recepcionada por el Ayuntamiento el 8 de abril de 2014, sin que hubiera manifestado, hasta el 29 de junio de 2015, ninguna oposición al respecto.

El Ayuntamiento de Labastida sostiene que todas esas notificaciones las recibió en su calidad de interesado en el expediente y no como expedientado, y fundamenta dicha condición en que “en fase preliminar del expediente le fue requerida información”.

No obstante, no procede aceptar dicha afirmación, porque en el apartado tercero del Resuelto de la Resolución de incoación se estableció lo siguiente:

Considerar como interesados en el seno del procedimiento sancionador a las **personas jurídicas contra las que se dirige el mismo**, así como a:

- COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS VASCO-NAVARRO.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.

En consecuencia, si el Ayuntamiento de Labastida ha sido interesado en este expediente, lo ha sido porque es una de la personas jurídicas contra el que se dirige el mismo, y así ha sido tratado durante toda la tramitación sin manifestación contraria al respecto, hasta el momento de presentar las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y a la Propuesta de Resolución.

6. Determinación de la cuantía de la sanción

58. De conformidad con el artículo 63 de la LDC las infracciones graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 5 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la

³³ “2. El acuerdo de incoación del expediente se notificará a los interesados, dándose traslado de una copia de la denuncia a los denunciados.”

imposición de la multa³⁴. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios las infracciones graves serán sancionadas con multa de 500.001 a 10 millones de euros.

59. Con arreglo al artículo 64 LDC el importe de las sanciones se fijará atendiendo entre otros a los siguientes criterios: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Este acuerdo tiene una incidencia negativa que ha quedado acreditada en el mercado afectado por la práctica que, como también se ha señalado, genera un desvalor en el interés general.

El acuerdo, celebrado entre no competidores, ha tenido una duración efectiva de dos años, dado que comienza su vigencia en noviembre de 2012; ha supuesto la detracción del mercado de los servicios afectados por una cuantía mínima equivalente a la cifra que Arabako Lanak dedica a las encomiendas de entes locales impidiendo a los profesionales competir por esos servicios (realizando el cálculo del 6% del valor de adjudicación de la obra, se obtiene una cifra escasamente superior a los 300.000 €); la puesta en práctica del acuerdo ha impedido verificar las ventajas para el interés general de la competencia en la contratación pública.

En aras precisamente a proteger el interés general, resulta en este caso más relevante poner de manifiesto la existencia de la infracción, paralizarla y evitar que se produzca en el futuro que imponer sanciones que, en todo caso, serán satisfechas con fondos públicos.

Por ello, este CVC ha considerado pertinente imponer a todos los afectados por este expediente la obligación de paralizar la práctica y abstenerse de llevarla a cabo en el futuro e imponer, en su caso, multas de carácter simbólico³⁵.

³⁴ STS de 29 de enero de 2015 que aborda el método de cálculo de las multas en materia de competencia.

³⁵ Resoluciones CNC de 27 de marzo de 2012, Expte. S/0197/09, Convenio de Seguridad y de 14 de diciembre de 2012, Expte. S/0352/11, Unión de Correctores.



60. Por todo ello, este CVC considera que deben imponerse las siguientes sanciones:

- en el caso de la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, accionista único de Arabako Lanak que dona un porcentaje de sus acciones a los entes locales que así lo deseen, con el fin de que éstos realicen obras públicas por medio de su sociedad pública, una multa sancionadora por importe de 50.000 €
- en el caso de Arabako Lanak, S.A., principal beneficiado del uso de la encomienda, que ejecuta las encomiendas de gestión realizadas por los entes locales de los que no puede considerarse medio propio, una multa sancionadora por importe de 15.000 €
- en el caso de los Ayuntamientos y las Juntas Administrativas, que realizaron una encomienda de gestión basándose en la invitación del órgano foral y sin reparar en si Arabako Lanak cumplía o no los requisitos legales y jurisprudenciales para ser considerado medio propio de ellos, no se impone multa sancionadora.

V. RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC, de la que son responsables la Diputación Foral de Álava, Arabako Lanak, S.A., Ayuntamiento de Añana, Ayuntamiento de Aramaio, Ayuntamiento de Barrundia, Ayuntamiento de Labastida, Ayuntamiento de Laguardia, Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca, Ayuntamiento de Moreda de Álava, Ayuntamiento de Navaridas, Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra, Ayuntamiento de Samaniego, Junta Administrativa de Antoñana, Junta Administrativa de Argomaniz, Junta Administrativa de Larrinbe, Junta Administrativa de Ollavarre, Junta Administrativa de San Román de Campezo, y la Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo.

SEGUNDO.- Declarar que no ha resultado acreditada la comisión de una infracción de la LDC respecto de Ayuntamiento de Artziniega, Junta Administrativa de Navarrete y Junta Administrativa de Quintanilla de la Ribera por haber realizado conductas previas a la existencia del acuerdo declarado anticompetitivo.

TERCERO.- Declarar que no ha resultado acreditada la comisión de una infracción de la LDC respecto del Ayuntamiento de Laguardia, en lo que atañe a la encomienda realizada el 4 de noviembre de 2010, para la redacción del proyecto, ejecución y dirección de las obras del "Proyecto de



acondicionamiento del campo de fútbol de Laguardia. 2ª fase" por haberse realizado antes de la existencia del acuerdo declarado anticompetitivo.

CUARTO.- Declarar que no ha resultado acreditada la comisión de una infracción de la LDC respecto del Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca, en lo que atañe a la encomienda realizada el 9 de mayo de 2012, para la contratación y ejecución de las obras para la "Conexión de saneamiento desde la ikastola hasta la Avenida de La Póveda en Lapuebla de Labarca", así como los trabajos de Dirección de las mismas por haberse realizado antes de la existencia del acuerdo declarado anticompetitivo.

QUINTO.- Imponer las siguientes sanciones:

- a la Diputación Foral de Álava una multa sancionadora por importe de 50.000 euros.
- a Arabako Lanak, S.A. una multa sancionadora por importe de 15.000 euros.
- al Ayuntamiento de Añana una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Aramaio una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Barrundia una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Labastida una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Laguardia una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Lapuebla de Labarca una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Moreda De Álava una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Navaridas una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Peñacerrada-Urizaharra una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- al Ayuntamiento de Samaniego una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- a la Junta Administrativa de Antoñana una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- a la Junta Administrativa de Argomaniz una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- a la Junta Administrativa de Larrinbe una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- a la Junta Administrativa de Ollavarre una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- a la Junta Administrativa de San Román de Campezo una multa sancionadora por importe de 0 euros.
- a la Junta Administrativa de Santa Cruz de Campezo una multa sancionadora por importe de 0 euros.



SEXTO.- Ordenar a las personas jurídicas sancionadas el cese de la conducta infractora y la reiteración de conductas que tengan el mismo objetivo o lleven aparejado el mismo efecto.

SÉPTIMO.- Ordenar a las personas jurídicas sancionadas a que justifiquen ante la Dirección de Investigación de esta AVC la ejecución de la multa sancionadora impuesta.

OCTAVO.- Instar a la Dirección de Investigación de esta AVC para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la AVC, y notifíquese a todos los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contados desde su notificación.