



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

INFORME SOBRE LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA INFRACCIÓN DE COMPETENCIA EN UNA SUBASTA DE VIVIENDAS MUNICIPALES DE BILBAO

Expediente LEA/AVC nº 273-PROM-2018

Sumario:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	1
II. OBJETO DEL INFORME.....	3
III. CONSIDERACIONES.....	3
1. Normativa.....	3
2. Vinculaciones entre OPEUR Y GABUTOA.....	5
3. Sobre el levantamiento del velo.....	9
IV. CONCLUSIONES.....	10

Pleno:

Alba Urresola Clavero, Presidenta
Rafael Iturriaga Nieva, Vocal
Enara Venturini Álvarez, Vocal
María Lourdes Muñoa Corral, Secretaria

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), con la composición ya expresada, ha dictado en su reunión celebrada el 26 de junio de 2018 el siguiente informe en relación con la posible existencia de una infracción de competencia en una subasta de viviendas municipales de Bilbao.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 19 de abril de 2018 EBK _____, Directora General del Organismo Autónomo Local (OAL) Viviendas Municipales de Bilbao (en adelante VMB) remite escrito a LEA/AVC en el que solicita:

“tener por deducidos los hechos referidos y por interesado el pronunciamiento que refiere el informe de la Subdirección Operativa y Jurídica.”

2. A la citada solicitud, se acompaña un informe que plantea analizar el procedimiento licitatorio “en orden a determinar si cabe estimar que OPEUR, S.L.



(en adelante OPEUR). y GABUTOA, S.L. (en adelante GABUTOA) han alterado las reglas de la competencia que deben regir los procesos concursales, contraviniendo las disposiciones contrarias a las conductas colusorias de la Ley 15/2007, de 3 de julio de la Defensa de la Competencia”.

3. En opinión del citado informe:

“La documentación que obra en el expediente permite constatar que Opeur, S.L. y Gabutoa, S.L. en cuyo nombre actúan XXX Y ZZZ, están domiciliadas en la misma dirección, en el nº 3 de la calle Larrondo kalea de Loiu y que la presentación de las ofertas y la recepción del requerimiento de ambas la realiza una misma persona en representación de las dos y que Opeur, S.L. desistió de su oferta tras comprobarse que la siguiente clasificada era Gabutoa, S.L.”

4. Los hechos que motivan la denuncia son los siguientes:

5. VMB sacó a pública subasta en régimen de alquiler un local en la Avda. Pau Casals. Las ofertas presentadas en diciembre de 2017 fueron las siguientes:

AVDA. PAU CASALS 11 LONJAS 5/6 Y 13 LONJAS 7/9	
LICITADOR	OFERTA ECONÓMICA
OPEUR, S.L.	15.720€
GABUTOA, S.L.	12.120€
AZR	12.100€

6. Las ofertas de OPEUR Y GABUTOA se presentaron por la misma persona B.F. el mismo día y a la misma hora.

7. Consta en la documentación remitida por VMB, el Acta de la Mesa de Contratación de VMB de fecha 22 de diciembre de 2017 que acordó, entre otros asuntos, elevar al Presidente de VMB la propuesta de clasificación que tiene, como oferta económica más ventajosa la presentada por OPEUR por un importe de 15.720€ de renta anual.

8. También consta la aprobación por el Presidente de VMB de la clasificación de las proposiciones presentadas por la Mesa de Contratación para el arrendamiento del local sito en Avda. Pau Casals. Clasificación que situaba en segundo lugar la de GABUTOA y en tercer lugar la de una persona física.



9. De acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación el 8 de enero de 2018 el Presidente de VMB requirió a Alfonso Gallardo Rodríguez, representante de OPEUR para que remitiese documentación de cara a la formalización del contrato de alquiler.
10. OPEUR no atendió al requerimiento que le fue notificado el 10 de enero de 2018. El acuse de recibo de la notificación lo firmó H.J.
11. Con fecha 31 de enero de 2018 VMB declaró el archivo de la oferta de OPEUR por no haber atendido al requerimiento de documentación exigido con la consiguiente pérdida de garantía provisionales constituida por la empresa que era de un 2% del valor renta anual fijado como tipo de licitación (2% de 7.485,52€= 149,71€).
12. Con la misma fecha VMB requirió a ZZZ, representante de GABUTOA documentación para la suscripción del contrato de alquiler. El requerimiento fue notificado a la misma dirección el 10 de enero de 2018. Firmó el acuse de recibo de la notificación H.J., la misma persona que en el caso anterior. El 15 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro de VMB la documentación requerida.
13. Con fecha 14 de mayo LEA/AVC solicita a VMB escrituras de las dos empresas OPEUR y GABUTOA con objeto de conocer la participación social de ambas y toda aquella documentación que pueda resultar de interés para realizar un primer análisis. VMB remite vía correo electrónico con la misma fecha la documentación presentada por las empresas para participar en la subasta en la que se recoge escrituras y copias del registro mercantil de ambas empresas.

II. OBJETO DEL INFORME

14. Es objeto del presente informe analizar si las conductas llevadas a cabo por las empresas OPEUR y GABUTOA en la subasta promovida por VMB con ocasión del alquiler de una lonja sita en Bilbao pudiera constituir una infracción de la normativa en materia de competencia.

III. CONSIDERACIONES

1. Normativa

15. El régimen jurídico de la subasta licitada por VMB en cuanto a preparación y adjudicación se rige por la siguiente normativa:



- El Pliego de cláusulas administrativas particulares para el arrendamiento de bienes inmuebles distintos a vivienda propiedad del organismo autónomo local viviendas municipales de Bilbao bajo la forma de subasta.
- La Ley 7/10985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local.
- El R.D.L. 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
- El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 junio. (RBEL).
- El Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público. (TRLCSP)
- La Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco.
- El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, R.D. 1098/2001 de 12 de octubre y restantes Normas de Derecho Administrativo y Real Decreto 817/2009 de desarrollo parcial de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público.
- Ley 29/94 de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

16. La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas incluye dentro de su ámbito de aplicación las entidades que integran la Administración local (art. 2). Establece también en su artículo 110 que los contratos y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la citada ley de patrimonio y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto por la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

17. Por su parte y en coincidencia con la ley de patrimonio, el artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales prevé que el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades locales.

18. Continúa el precepto diciendo que será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años. El contrato no prevé prórroga pero sí el supuesto de novación contractual mediante la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento.

19. El sistema de adjudicación previsto en este caso por el pliego es el de subasta con pujas por escrito al mejor postor partiendo de la renta anual resultado de tasación oficial que es de 7.485,52€.



20. En consecuencia, a pesar de que el contrato de arrendamiento es un contrato privado excluido del ámbito de aplicación del RDL 3/2011 (artículo 4.1.p), en lo que atañe a la preparación y adjudicación sí resulta de aplicación el RDL 3/2011.

21. Entre otros preceptos, dentro del Libro III del TRLCSP relativo a la adjudicación¹ se encuentra el artículo 145.3 que establece que “Cada licitador no podrá presentar más de una proposición”.

2. Vinculaciones entre OPEUR Y GABUTOA

22. Con carácter preliminar se hace preciso analizar la cuestión de la existencia de vinculación entre las empresas OPEUR y GABUTOA, ya que si se trata de empresas vinculadas no existiría una afección a la libre competencia.

23. En palabras de José María Fernández Astudillo²:

“Si bien respecto a los acuerdos colusorios entre empresas no vinculadas no hay objeción a su sanción por los órganos de la competencia, no ocurre lo mismo cuando se trata de empresas vinculadas dado que, como señala la CNC a través de sus actuaciones de investigación, **al no ser operadores económicos independientes entre sí sus actuaciones conjuntas no afectan al interés público de la libre competencia**”.

(...)

“la Comisión sigue considerando que solo las empresas independientes entre sí, por tanto que no están vinculadas, son las que a través de sus actuaciones pueden incurrir en la colusión prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007.”

24. Así, el objeto social de OPEUR es el transporte de mercancías por carretera. Transporte en general y la explotación y adquisición de maquinaria. Su administrador único es XXX . Consta como apoderado de OPEUR, ZZZ desde julio de 2012 . XXX y ZZZ son hermanos. La sociedad limitada se constituyó el 23 de enero de 1991 entre XXX y XLZ cada uno de ellos posee la mitad de las participaciones sociales (500 cada uno de 1000 pta.).

¹ Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público.

² AUTOR. José María Fernández Astudillo. Artículo publicado en la página web del OBSERVATORIO CONTRATACIÓN PÚBLICA. Accesible en la siguiente dirección URL: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.148/chk.7b2231a3bf2dfc6595058c77ec814d1a>



OPEUR, S.L.	
Administrador único:	XXX
Apoderado:	ZZZ

25. Los Estatutos de OPEUR facultan al administrador único, XXX , a:

(...)

f) Comprar, vender, permutar y por cualquier otro título, adquirir y enajenar bienes de toda naturaleza, muebles e inmuebles, **concertar arriendos** sean o no inscribibles...

(...)

h) **Celebrar toda clase de contratos** con cualesquiera personas físicas o jurídicas, Organismo Públicos y privados, del Estado, Provincia, Municipio y Comunidades Autónomas...

(...)

26. Entre la documentación del registro mercantil consta que XXX , en su calidad de administrador único de OPEUR, otorga y **confiere poder a** su hermano ZZZ el 18 de julio de 2012 de las siguientes facultades:

(...)

g) **Formalizar contratos de arrendamientos de todo tipo**, incluso de industria, de servicios de arrendamientos financieros (leasing) sobre muebles e inmuebles.

Tomar parte en concursos y subastas y celebrar toda clase de contratos con las condiciones que crea oportunas, rectificarlos modificarlos, rescindirlos y extinguirlos.

(...)

En general realizar **cuantos contratos de administración de bienes o derechos exija el cumplimiento del objeto social.**"

27. De lo expuesto se deduce que tanto XXX como su hermano ZZZ tienen facultad para presentarse a la subasta y suscribir el contrato de arrendamiento en representación de OPEUR.

28. ZZZ , entre otros cargos, es también **administrador único de GABUTOA** cuyo objeto social es la de "explotación comercial de salones recreativos destinados a la instalación y explotación de máquinas recreativas y de azar, tipo A, B y de todo tipo. etc."

29. Entre las facultades de ZZZ como administrador único de GABUTOA figura también la de:

"formalizar contratos de arrendamiento de todo tipo, incluso de industria, de servicios, de arrendamientos financieros (leasing) sobre muebles e inmuebles.



Tomar parte en concursos y subastas y celebrar toda clase de contratos con las condiciones que crea oportunas, rectificarlos, modificarlos, rescindirlos y extinguirlos.”

GABUTOA, S.L.	
Administrador único: ZZZ	_____
Apoderado RST	_____

30. Es decir ZZZ tiene facultades para formalizar contratos de arrendamientos de y tomar parte en subastas tanto en representación de OPEUR como de GABUTOA.

31. GABUTOA es propiedad (100%) de ALAGARO MANAGEMENT, S.L. (en adelante ALAGARO). El **Presidente de ALAGARO es ZZZ**, que también ostenta el cargo de **apoderado**. Por su parte su hermano XXX **es el administrador único y secretario de ALAGARO**. El hermano de ambos, RST, es Vicepresidente y Consejero de ALAGARO simultaneando el cargo de **apoderado** en GABUTOA.

ALAGARO, S.L.	
Presidente: ZZZ	_____
Vicepresidente: RST	_____
Consejero RST	_____
Consejero: ZZZ	_____
Consejero: XXX	_____
Apoderado: ZZZ	_____
Secretario: XXX	_____
Administrador único hasta 10/11/2017: XXX	_____

32. A la vista de lo expuesto se han de realizar las siguientes consideraciones.

33. El artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital³, en referencia a los administradores y concretamente las personas vinculadas a los administradores establece que **tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores, los hermanos del administrador.**

34. El artículo 145 del TRLCSP⁴, vigente en el momento de la subasta, que establece el principio de proposición única, remite al artículo 42 del Código de Comercio (CCo) a los efectos de poder identificar los supuestos en los que puede considerarse que dos o más empresas están vinculadas.

³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE nº. 161, de 3 de julio de 2010.

⁴ 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. [Disposición derogada pero en vigor en el momento de la subasta]. BOE nº. 276, de 16 de noviembre de 2011. Artículo 145.3: “Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.



35. En correspondencia con lo establecido en el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 42.1 del CCo literalmente dice:

“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado (...).

36. Por otra parte, a efectos del Plan General de Contabilidad, se entiende que existe una relación de control entre empresas, cuando las sociedades estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

37. ALAGARO es dueña de GABUTOA (100%) por lo que ejerce un control directo sobre la misma.

38. Los órganos decisorios y de administración de ALAGARO aparecen concentrados en los tres hermanos, XXX, ZZZ y RST

39. ZZZ , además de Presidente de ALAGARO es al mismo tiempo administrador único de GABUTOA y apoderado de OPEUR, con las facultades ya descritas, que le permiten presentarse a subastas y suscribir contratos de arrendamiento. Dispone de estas facultades en las dos empresas licitadoras. No se debe de olvidar que las decisiones de los apoderados en el ejercicio de sus facultades vinculan a la sociedad frente a terceros.

40. Por su parte, XXX , administrador único de OPEUR al ser además consejero y secretario de ALAGARO (y ha sido su administrador único hasta noviembre de 2017)



ejerce un control indirecto sobre GABUTOA empresa supuestamente contrincante en la subasta.

41. Todas las empresas comparten instalaciones y personal en el nº 3 de Larrondo kalea de Loiu.
42. El personal que entrega las ofertas de la subasta y recoge las notificaciones de VMB es el mismo para ambas empresas.
43. El mismo nombre de la empresa ALAGARO, es un acrónimo de XXX y ZZZ
44. En definitiva de acuerdo con lo expuesto se ha de afirmar que existe vinculación entre las empresas OPEUR y GABUTOA por la coincidencia de las personas que ostentan los cargos de responsabilidad ya descritos en las mismas y por su relación filial, por lo que no se puede considerar que las conductas llevadas a cabo por las empresas supongan una afección a la libre competencia.

3. Sobre el levantamiento del velo

45. Tal y como afirma la autora Mirta García Rosa⁵ la ley no impide la presentación de distintas ofertas por empresas vinculadas pero a la vez impone el cumplimiento del principio de proposición única. Por ello se hace preciso escudriñar si las ofertas presentadas en la subasta por OPEUR y GABUTOA pudiera incumplir las previsiones legales.
46. La tendencia jurisprudencial mayoritaria europea opta por el estudio caso por caso mediante la técnica del “levantamiento del velo” por ser la opción más garantista. Es decir, se trata de descubrir si bajo la apariencia de la personalidad jurídica de sociedades o empresas aparentemente distintas se encuentra un mismo centro de decisión.
47. En la misma línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura (Informe 1/2014) considera que se debe demostrar la posición dominante y de control de una empresa sobre la otra.

⁵ ASOCEX, Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos. Autora. Mirta García Rosa, Técnica de Auditoría de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias. Artículo titulado: “Presentación de proposiciones por empresas vinculadas: pautas para levantar el velo de la colusión”. Accesible en la página web: <http://asocex.es/presentacion-de-proposiciones-por-empresas-vinculadas-pautas-para-levantar-el-velo-de-la-colusion>.



- 48.** Afirma Mirta García Rosa que de darse esta circunstancia, estaríamos ante un fraude de ley, puesto que se infringiría el art. 145.3 del TRLCSP ya que se estaría permitiendo que un mismo licitador presentara más de una oferta, de manera que se situaría en una posición de ventaja sobre el resto de licitadores.
- 49.** De la descripción de los hechos se aprecian indicios suficientes para considerar que ambas empresas vinculadas han actuado en este caso como un único centro de decisión con la siguiente estrategia: presentarse por separado para aumentar el número de probabilidades de asegurarse la adjudicación del local en régimen de alquiler, para posteriormente, una vez conocido el orden de las ofertas, OPEUR que ha realizado la mayor oferta económica desiste tácitamente (asumiendo la pérdida de fianza de 149,71€), en beneficio de GABUTOA. El objeto del desistimiento de la mejor postora es económico, ya que supone para ambas un ahorro de 18.000€ a razón de 3.600€ de diferencia entre la oferta presentada por OPEUR respecto de la de GABUTOA, multiplicado por 5 años del contrato.
- 50.** Al respecto el artículo 60 párrafo 2º letra a) del TRLCSP, en vigor en el momento de la licitación, preveía la prohibición de contratar de los licitadores que retirasen indebidamente una proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o que hubiesen imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 151 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia. Cuestión que debería, en su caso, ser considerada por el órgano de contratación.
- 51.** Teniendo en cuenta las especiales vinculaciones entre ambas empresas descritas en los apartados precedentes consideramos que la actuación de ambas se encuentran bajo el control de un mismo centro de decisión protagonizado, al menos, por XXX y ZZZ . No obstante, deberá ser el órgano de contratación, como órgano competente que es, el que deberá realizar dicha apreciación.

IV. CONCLUSIONES

- 52.** Si bien respecto a los acuerdos colusorios entre empresas no vinculadas no hay objeción a su sanción por los órganos de la competencia, al no ser OPEUR Y GABUTOA operadores económicos independientes entre sí sus actuaciones conjuntas no afectan al interés público de la libre competencia.
- 53.** Se aprecia un único centro de decisión de las empresas OPEUR Y GABUTOA personificado en los hermanos XXX y ZZZ .



- 54.** Los hechos descritos en el cuerpo del informe bien pudieran ser constitutivos de una vulneración del principio de proposición única de la normativa contractual.
- 55.** La actuación de OPEUR, S.L. podría considerarse causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2.a) del TRLCSP. Cuestión cuya valoración corresponderá al órgano de contratación.