



## **RESOLUCIÓN 2/2020 – TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA**

En Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, Presidente.

D. Daniel Neira Barral, Vogal/Secretario.

Santiago de Compostela, a 1 de xullo de 2020

A Comisión Galega da Competencia (CGC) coa composición arriba indicada e sendo relator D. Ignacio López-Chaves Castro, dita a presente Resolución en relación co Expediente IR 1/2020 TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA denuncia de D. XXX, en representación de HEDEGASA S.L. referente a irregularidades nos pregos de condicións das licitacións da XUNTA DE GALICIA para o servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia, pola posible existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

### **I.- ANTECEDENTES DE FEITO**

1.- Con data 21 de xaneiro de 2020 recibíuse na Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) unha denuncia de D. XXX, en representación de HEDEGASA S.L. referente a irregularidades nos pregos de condicións das licitacións da XUNTA DE GALICIA para o servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia, que poderían, na súa opinión, constituír unha infracción da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

2.- En data 4 de febreiro de 2020, a CNMC, en cumprimento do disposto no artigo 2.2 da Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia, remitiu a referida denuncia a esta Comisión Galega da Competencia, determinándose que, de acreditarse



a existencia dunha práctica prohibida pola LDC, isto é, que a conduta denunciada entrara nos supostos establecidos nos artigos 1, 2 ou 3 de la LDC a competencia na tramitación do eventual expediente sancionador sería da CGC ao ser o ámbito da posible infracción exclusivamente o da Comunidade Autónoma de Galicia.

3.- Con data 8 de abril de 2020 a Subdirección Xeral de Investigación acorda elevar ao Pleno unha proposta de arquivo sen incoación do procedemento sancionador no expediente IR 1/2020 TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA.

4.- Este Pleno deliberou e aprobou a presente Resolución con data 1 de xullo de 2020.

## **II.- AS PARTES**

### **1.- HEDEGASA S.L.**

A empresa HEDEGASA SL e unha sociedade con domicilio en Estación de Autobuses de Coruña, 15009 A Coruña, dedica ao transporte de viaxeiros por carreteira que é titular da concesión, V-0152 Santiago-Balcaide-Firmistans, con anexos. Segundo o Informe Ardan 2018 elaborado polo Consorcio da Zona Franca de Vigo a empresa situase no posto nº 48 por facturación na clasificación sectorial de empresas de transporte terrestre de pasaxeiros de Galicia. E a empresa denunciante.

### **2.- CONSELLERÍA DE INFRAESTRUTURAS E MOBILIDADE DA XUNTA DE GALICIA.**

De acordo co artigo 148.1.5ª da Constitución Española (CE) e a Lei Orgánica 5/1987, do 30 de xullo, de delegación de facultades do Estado nas Comunidades Autónomas en materia de transportes por estrada e por cable, a competencia en materia de transporte terrestre foi traspasada ás Comunidades Autónomas.

O artigo 1 do Decreto 26/2019, de 7 de marzo, polo que se establece a estrutura orgánica da Consellería de Infraestruturas e Mobilidade afirma que dita Consellería é o departamento da Xunta de Galicia ao que corresponden as competencias e funcións en materia de infraestruturas, mobilidade e augas, que exercerá no nivel de desenvolvemento que se indica neste decreto para cada un dos órganos integrantes deste departamento

A dirección Xeral de Mobilidade, consonte o artigo 11 do mesmo Decreto ten, entre as súas funcións, o impulso, xestión e coordinación das políticas atribuídas a la Consellería



nos ámbitos da planificación, financiamento e ordenación do transporte, e entre elas a planificación, a coordinación e o seguimento da política xeral de transportes e a execución dos servizos e das infraestruturas de transportes na Comunidade Autónoma, e a ordenación do transporte terrestre, por cable e marítimo no ámbito competencial da Comunidade Autónoma.

### **III.- FEITOS**

1.- A denuncia por HEDEGASA S.L. fai referencia a posibles irregularidades nos pregos de condicións das licitacións da XUNTA DE GALICIA para o servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia, irregularidades derivadas da posible existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

2.- En concreto, denunciábase que:

- a.- Que se admitiron ofertas por debaixo dos custes
- b.- Que se permitía licitar ata un total de 20 lotes con modificación do contido de pregos anteriores.
- c.- Que podíanse corrixir nas ofertas erros existentes nos pregos.
- d.- Que os tempos outorgados para as expedicións eran, en moitos casos, irrealizables.
- e.- Que se tivera incrementado o numero de concesións da empresa MONBUS, considerando o denunciante que abusaba da súa posición de dominio.
- f.- Que se tiveran omitido os trámites de consulta e informe previo do Consello e do Comité Galego de Transportes.

3.- Unha vez tramitada pola Subdirección de Investigación a información reservada o 8 de abril de 2020 acorda elevar ao Pleno unha proposta de arquivo sen incoación do procedemento sancionador no expediente de información reservada IR 1/2020 TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA.

### **III.- FUNDAMENTOS DE DEREITO**

#### **PRIMEIRO: COMPETENCIA**



1.- O Artigo 25 dos estatutos do Instituto Galego do Consumo e da Competencia (IGCC), aprobados polo Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos sinala que:

“De conformidade co artigo 38 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, a Comisión Galega da Competencia configúrase como órgano colexiado independente do Instituto Galego do Consumo e da Competencia, nos termos do establecido na sección seguinte.

2.- Pola súa banda, o artigo 26.1 e 2, letra a) dos citados estatutos dispoñen que :

“A Comisión Galega da Competencia, como órgano colexiado independente, adscrito ao Instituto Galego do Consumo e da Competencia, será a encargada, de acordo coa norma reguladora do Instituto Galego do Consumo e da Competencia, destes estatutos e demais normativa, da aplicación na Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, segundo os criterios establecidos pola Lei 1/2002, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

2. Correspóndenlle á Comisión Galega da Competencia as seguintes funcións:

a) Instruír e resolver expedientes sobre condutas prohibidas pola Lei de defensa da competencia e de control de axudas públicas.”

3.- O artigo 33 dos referidos Estatutos no que atinxe ao Pleno da Comisión Galega da Competencia e no relativo ás súas funcións, dispónse o seguinte:

“1. O Pleno da Comisión Galega da Competencia é o órgano colexiado de decisión en relación coas funcións da comisión en materia de competencia previstas no presente decreto.

2. En particular, o Pleno da Comisión Galega da Competencia é o órgano competente para:

(...)

b) Resolver, por proposta da Subdirección Xeral de Investigación, os procedementos sobre condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, de acordo coas previsións contidas no presente decreto, incluída a aplicación do sistema de clemencia dos artigos 65 e 66 da mesma lei e a súa normativa de desenvolvemento.”



4.- Desde a perspectiva do procedemento previsto na LDC, é preciso destacar que o artigo 49.2 LDC prescribe que

“2. Ante a noticia da posible existencia dunha infracción, a Dirección de Investigación [no caso de Galicia, a Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia] poderá realizar unha información reservada, incluso con investigación domiciliaria das empresas implicadas, co fin de determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación do expediente sancionador”.

O obxectivo de tal información reservada é obter a información precisa para apreciar a existencia, ou non, de indicios de conduta prohibida pola LDC e resolver sobre a incoación ou non do correspondente expediente sancionador, ofrecéndolle a este Pleno os datos preciso para pronunciarse ao respecto, debendo elevar, no seu caso, a Subdirección de Investigación ao Pleno unha proposta de arquivo que lle permita pronunciarse sobre a súa pertinencia, segundo o previsto no citado artigo 49.3, no que se dispón que:

“3. O Consello da Comisión Nacional da Competencia (no noso caso, o Pleno da Comisión Galega da Competencia), por proposta da Dirección de Investigación (no noso caso, a Subdirección Xeral de Investigación da Comisión Galega da Competencia), poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización das condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 desta lei e o arquivo das actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da lei.

5.- A información reservada que se recolle no artigo 49.2, pola súa propia natureza e finalidade ten por obxecto esclarecer a veracidade dos feitos denunciados ou dos que se puidera ter noticia e a súa posible tipificación entre as condutas prohibidas pola LDC. Dita información reservada facilita a este Pleno todos os datos para poder pronunciarse sobre a existencia ou non da mesma, ben trala instrución do oportuno expediente sancionador, ben, no caso de non apreciarse existencia de indicios de práctica prohibida, elevando a Subdirección de Investigación a este Pleno unha proposta de arquivo que lle permita pronunciarse sobre a súa existencia.

## **SEGUNDO: OBXECTO DA RESOLUCIÓN.**



1.- No presente caso a denuncia presentada fai referencia á posibilidade de irregularidades nos pregos de condicións das licitacións da Xunta e Galicia para o servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia, que poderían, na súa opinión, constituir unha infracción da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC). En concreto denunciábase que se admitiron ofertas por debaixo dos custes; que se permitía licitar ata un total de 20 lotes; que podíanse corrixir nas ofertas erros existentes nos pregos, os tempos outorgados para as expedicións eran, en moitos casos, irrealizables; que se tivera incrementado a concesión de MONBUS, considerando o denunciante que abusaba da súa posición de dominio; e que se tiveran omitido os trámites de consulta e informe previo do Consello e do Comité Galego de Transportes.

### TERCEIRO: MARCO NORMATIVO.

1.- O sector do transporte de viaxeiros por estrada, como se describe na recente Resolución da CNMC, do 9 de marzo de 2017, no Expte. S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAXEIROS<sup>1</sup>, é unha actividade de interese público e,

*“(...) Trátase de unha actividade de interese público y, de, dadas as súas características, regulada a fin de garantir o servizo e as condicións de seguridade. Así, o Regulamento 1998/11/CE, do 11 de decembro, que modifica o Regulamento (CEE) 684/92, establece normas comúns para os transportes internacionais de viaxeiros con autocares e autobuses, e o artigo 2 do Regulamento 2007/1370/CE, do 23 de outubro, de Servizos públicos de transporte de viaxeiros por ferrocarril e estrada<sup>133</sup>, que se aplica á explotación nacional e internacional de servizos públicos de transporte de viaxeiros por ferrocarril e outros medios ferroviarios e por estrada (exceptuándose os destinados a explotación turística ou de interese histórico), define o transporte público de viaxeiros como:*

*“servizos de transporte de viaxeiros de interese económico xeneral ofrecidos aos usuarios sen discriminación e de forma continua”.*

*E segundo o artigo 3:*

*“cando unha autoridade competente decida conceder ao operador da súa elección un dereito exclusivo ou unha compensación ou ambas as cousas, calquera que*

<sup>1</sup> Cfr. <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc051214>



*sexa a súa natureza, en contrapartida pola execución de obrigacións de servizo público, deberá facelo no marco dun contrato de servizo público”.*

2.- En España, o transporte terrestre régúlase pola Lei 16/1987, do 30 de xullo, de Ordenación dos Transportes Terrestres (LOTT), modificada, entre outras, pola Lei 9/2013, do 4 de xullo, e o seu Regulamento de desenvolvemento, aprobado por Real Decreto 1211/1990, do 28 de setembro (ROTT), completado, tamén entre outras disposicións, pola Orde FOM/1230/2013, do 31 de maio, pola que se establecen normas de control en relación cos transportes públicos de viaxeiros por estrada.

De acordo con este marco normativo xeral, os transportes terrestres por estrada clasifícanse, por razón do seu obxecto, en transporte de viaxeiros e as súas equipaxes en vehículos acondicionados a tal fin, e de mercadorías; e segundo a súa natureza, en públicos e privados: son transportes públicos aqueles que levan a cabo por conta allea a cambio dunha retribución económica, e son transportes privados aqueles que levan a cabo por conta propia para satisfacer necesidades particulares, ou como complemento a outra actividade realizada por unha empresa ou establecemento do mesmo suxeito.

3.- Por razóns de interese público e seguridade viaria, a prestación do transporte público de viaxeiros por estrada está suxeito a autorización administrativa, establecendo o artigo 22 da LOTT que é necesario obter previamente unha licenza ou autorización de transporte público que habilite para a realización desta clase de transporte.

Respecto do transporte público de viaxeiros por estrada, de acordo co artigo 64 da LOTT, distínguese entre:

- a) o transporte regular, que se efectúa dentro de itinerarios preestablecidos e con suxeición a calendarios e horarios prefixados (liñas regulares de autobuses), e
- b) o transporte discrecional, que leva a cabo sen suxeición a itinerario, calendario nin horario preestablecido.

4.- Pola súa banda, o artigo 67 da LOTT, tendo en conta a súa utilización, o transporte público regular de viaxeiros pode ser:

- de uso xeral, dirixido a satisfacer unha demanda xeral, sendo utilizables por calquera interesado (liñas regulares de autobús suxeitas, polo xeral, a concesión pública). O artigo 71 da LOTT establece que os transportes públicos regulares de viaxeiros de uso xeral teñen o carácter de servizos públicos de titularidade da Administración Pública. Como regra xeral, a prestación dos mencionados servizos de uso xeral levará a cabo pola empresa á que a Administración adxudique o



correspondente contrato de xestión de servizo público. En todo caso, o adxudicatario deberá ser titular da autorización de transporte público de viaxeiros, regulada no artigo 42 da LOTT.

- de uso especial, destinado a servir a un grupo específico de usuarios, como escolares, traballadores, militares ou grupos homoxéneos similares e de acordo co disposto no artigo 89 da LOTT, unicamente poderán prestarse cando se conte ademais cunha autorización especial que habilite para iso, outorgada pola Administración.

Dita autorización especial só poderá ser outorgada a unha persoa, física ou xurídica, que previamente sexa titular da autorización de transporte público de viaxeiros regulada no artigo 42 da LOTT. As autorizacións para a realización de transporte regular de uso especial outórganse polo prazo a que se refira o contrato cos usuarios, sen prexuízo de que a Administración poida esixir o seu visado cunha determinada periodicidade a fin de constatar o mantemento das condicións que xustificaron o seu outorgamento (art. 89.1 LOTT).

5.- De acordo co artigo 148.1.5ª da Constitución Española (CE) e a Lei Orgánica 5/1987, do 30 de xullo, de delegación de facultades do Estado nas Comunidades Autónomas en materia de transportes por estrada e por cable, a competencia en materia de transporte terrestre foi traspasada ás CC.AA.

6.- Trátase dun sector sometido a unha intensa regulación tanto europea, como nacional e autonómica, esixíndose para a súa prestación como título habilitante, a correspondente concesión administrativa, obtida a través do correspondente procedemento de licitación pública.

7.- No marco da citada normativa europea e nacional en materia de transportes terrestres e ao obxecto de adaptar a normativa autonómica na materia ao ritmo de transformación social e territorial acaecido nas últimas décadas, a Comunidade Autónoma de Galicia aprobou a Lei 5/2009, do 26 de novembro, de medidas urxentes para a modernización do sector do transporte público de Galicia e, en aplicación da mesma, aprobouse o Plan de modernización das concesións administrativas prestadoras destes servizos, establecéndose disposicións para garantir a prestación dos servizos de transporte público. O Tribunal Supremo na súa sentenza de 14 de marzo de 2016 anulou a ampliación dos prazos de vixencia daquelas concesións previsto naquela lei, polo que debéronse programar os traballos de planificación dun novo sistema de transporte público para a súa licitación con arranxo ao previsto na normativa da Unión Europea





8.- Para dar cumprimento a esa sentenza se aprobou a Lei 10/2016, do 19 de xullo, de medidas urxentes para a actualización do sistema de transporte público de Galicia que fixou como obxectivo establecer as medidas necesarias e urxentes para que se actualizase o sistema de transporte público de Galicia en condicións de seguridade, calidade e eficacia social, así como os mecanismos transitorios necesarios ata alcanzar a devandita actualización.

Esta actualización levouse a cabo mediante a aprobación de un “Plan de transporte público de Galicia”, para garantir que *“a adxudicación dos contratos de servizo público que finalizasen, así como dos novos contratos de servizo público que se establezan no Plan, producirase dentro do período transitorio que se fixa no Regulamento (CE) núm. 1370/2007, do 23 de outubro de 2007, sobre os servizos públicos de transporte de viaxeiros por ferrocarril e estrada, e conforme ao disposto no mesmo”*.

9.- Pola súa banda, o artigo 3 da citada Lei 10/2016 establece que:

*“Os servizos públicos de transporte regular de uso xeral aos que facía referencia o artigo 1 da Lei 5/2009 continuarán sendo explotados polos seus prestadores actuais ata a actualización e implantación dos servizo establecidos no Plan de transporte público de Galicia, de acordo cos prazos indicados no artigo anterior”*.

Por tanto, o desenvolvemento do Plan de transporte público de Galicia exixía adoptar medidas transitorias que permitisen garantir a continuidade na explotación das concesións ata a implantación do mesmo. A tal obxecto, a Lei 16/2010 estableceu como medida transitoria a obrigatoriedade para o prestador do servizo, de continuar coa explotación da concesión, o que se produciría sen necesidade de requirimento previo por parte da Administración. Esta medida estableceuse como obrigatoria para o prestador se no prazo de 15 días naturais, a contar desde o día seguinte ao da entrada en vigor da lei, non comunicaba formalmente á Dirección Xeral competente en materia de transportes a súa renuncia expresa á devandita continuidade. Se o prestador do servizo renunciaba a continuar coa explotación no citado prazo dos 15 días, mantería, en calquera caso, a continuidade na prestación dos servizos como *obrigación de servizo público* nos termos establecidos no artigo 97.3 do Real Decreto 1211/1990, do 28 de setembro, polo que se aproba o Regulamento de ordenación dos transportes terrestres, durante o prazo máximo de 12 meses, a contar desde a data da renuncia, prazo no que a Dirección Xeral con competencias en materia de transportes procedería á adxudicación directa do servizo de acordo co Regulamento (CE) núm. 1370/2007.



10.- O citado prazo dos 15 días que concedía a Lei 16/2010 para exercitar a renuncia á continuidade da explotación das concesións finalizou o 8 de agosto de 2016 e produciuse unha renuncia masiva por parte dos concesionarios, en concreto a 69 concesións, que afectaban a toda a provincia de Ourense e Lugo e a gran parte da provincia de Pontevedra.

11.- En aplicación do artigo 3 da lei 10/2016, as consecuencias das renuncias foron as seguintes:

- A obrigación do prestador que renuncia a manter a continuidade na prestación dos servizos como obrigación de servizo público, nos termos establecidos no artigo 97.3 do Real Decreto 1211/1990, do 28 de setembro, polo que se aproba o Regulamento de ordenación dos transportes terrestres, durante o prazo máximo de 12 meses, a contar desde a data da renuncia.
- A obrigación ineludible da Administración de proceder, neste prazo máximo de 12 meses, a través da Dirección Xeral con competencias na materia de transportes. á adxudicación directa do servizo de acordo co Regulamento (CE) núm. 1370/2007 (art. 5.5).

12.- Na situación descrita, a Consellería de Infraestruturas e Vivenda a Xunta de Galicia procedeu á licitación en diversos bloques os contratos de xestión do servizo público de transporte regular de viaxeiros de uso xeral en aplicación da primeira fase do Plan de Transporte Público de Galicia (PTPG).

#### **CUARTO: VALORACIÓN DO PLENO.**

1.- A denuncia presentada, formulada en termos moi xenéricos, refírese á política de licitación de concesións de transporte de viaxeiros por estrada da Xunta de Galicia que afirma que esta levando a una destrución ou unha grave minoración da competencia no sector por cuanto se está propiciando a través dos correspondentes Pregos de Condiciones a desaparición de pequenos e medianos transportistas en beneficio das grandes empresas del sector. A denuncia ten por obxecto, por tanto, o contido dos pregos de condicións elaborados por un órgano de contratación da Xunta de Galicia, e respecto das condicións fixadas nos mesmos e que rexeron a licitación pública nun sector como é o do transporte de viaxeiros por estrada que Galicia.



O denunciante tamén sinala un cambio de criterio no contido dos pregos de condicións de distintas licitacións dos contratos de xestión do servizo público de transporte regular de viaxeiros de uso xeral realizada pola Xunta de Galicia. Debemos lembrar que o contido dos pregos de contratación non son algo inalterable ou inmutables, que unha vez redactado non podan ser cambiados, xa que o seu contido pode ser modificado pola propia Administración que elaborou os anteriores pregos. Neste mesmo senso se afirma na Resolución 45/2020 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidade Autónoma de Galicia de data do 3 de marzo de 2020, no recurso 31/2020 interposto por HEDEGASA S.L. que:

*“Si seguimos con las cuestiones que sólo introduce este recurso 31/2020, este alega también que se produce un cambio de criterio de la Administración en orden a la licitación por lotes y criterios para considerar la baja, lo cual expone en comparación con licitaciones precedentes.*

*Dado que no se traen, como tal, referencias normativas de incumplimiento de los apartados en cuestión, sino prácticamente sólo la línea argumental basada en licitaciones precedentes, no podemos acoger el recurso en esta cuestión pues no existe la vinculación pretendida cara a un pretendido precedente en contratación.*

*Por ejemplo, la Sentencia de 28.03.2017 del Juzgado ContenciosoAdministrativo nº2 de Santiago de Compostela en materia de contratación pública afirma: “...debiéndose señalar que la Administración no puede verse constreñida ni obligada por el contenido de pliegos anteriores, pudiendo modificar el contenido según sus necesidades que en cada momento vaya teniendo...”.*

2.- Nos últimos anos estase a producir en Galicia un proceso de modernización neste sector e de renovacións das concesións administrativas que ten a súa orixe na promoción dunha verdadeira competencia no mesmo impulsada pola Unión Europea. A renovación das licitacións estase a producir a través de procesos de licitación, por procedemento ordinario aberto, de concesións de servizos público de transporte regular de viaxeiros de uso xeral por estrada.

A utilización de procedementos abertos na contratación pública foi unha das recomendacións da CNMC no seu Informe E/CNMC/004/18 RADIOGRAFÍA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA ao afirmar que:



*“se recomenda a las Administraciones Públicas que la adquisición de bienes y servicios descansa, en la medida de lo posible, en procedimientos abiertos, transparentes y competitivos”.*

A permanencia das mesmas empresas nas concesións de liñas de transporte regular de pasaxeiros polo sistema de excluúlas da licitación non sería conforme aos principios de competencia nesta materia nin de acordo co interese dos consumidores. É tamén recomendable que non se vexa reducida a intensidade de competencia nos procesos de contratación do sector público pola presentación as licitacións dun reducido número de participantes. É o caso máis extremo, como é a presenza dun único concorrente na licitación, e o que máis desvantaxes supón tanto para a Administración contratante como para os consumidores. O xa citado Informe E/CNMC/004/18 da CNMC indica que

*“Si el análisis se realiza por tipo de procedimiento, se observa, como es de esperar por cuantía y exigencias normativas, una mayor concurrencia en los procedimientos abiertos, a los que se presentan de media 7,0 empresas. Mientras que los procedimientos negociados con publicidad tienen una participación media de 3,8 operadores y los negociados sin publicidad de 2,3 operadores”.*

Este Pleno considera que o sistema empregado nas sucesivas licitacións das concesións de servizos público de transporte regular de viaxeiros de uso xeral por estrada, utilizando procedementos abertos ordinarios de contratación, e o máis axeitado para favorecer a competencia e reducir os custos da contratación para a administración licitante.

Neste senso indica o Informe E/CNMC/004/18 que:

*“(…) se puede concluir que el coste estimado en los procedimientos abiertos es casi un 13% inferior en los contratos de obras, un 7% inferior en los contratos de servicios y un 1,4% inferior en los contratos de suministros respecto a los procedimientos no abiertos. Por otra parte, la participación de una empresa más deriva en una reducción del precio del contrato en casi un 1% en los contratos de obras, en un 0,7% en los contratos de servicios y en casi un 2% en los contratos de suministros”.*

3.- Unha regra básica na actuación desta CGC na aplicación axeitada da lexislación é que a súa capacidade para sancionar non poder exceder dos supostos tipificados como condutas prohibidas pola LDC. Neste senso a LDC tipifica tres condutas prohibidas por anticompetitivas:



- Os acordos colusorios (artigo 1 LDC).
- O abuso de posición de dominio (artigo 2 LDC)
- E o falseamento da competencia por actos desleais (artigo 3 LDC).

Ditos preceptos son os únicos que desde a perspectiva da defensa da competencia poden aplicarse para axuizar condutas anticompetitivas por este Pleno.

4.- No presente asunto, a denunciante HEDEGASA S.L, aínda que alude a posibilidade da existencia dun abuso de posición de dominio dunha das licitadoras, centra a súa denuncia na súa discrepancia co contido do prego de condicións da licitación que motivou a denuncia, feitos que exceden do ámbito da defensa da competencia e, por conseguinte, das atribucións conferidas a esta CGC limitadas á aplicación dos artigos 1, 2 e 3 LDC, que son os único polos que é posible iniciar un expediente sancionador no marco da LDC.

E certo que o principio de tipicidade que no ámbito do dereito penal serve para deslindar o que esta prohibido aplicase na esfera do dereito da competencia se ben ese principio esta mais deliberadamente desdibuxado no ámbito da defensa da competencia xa que no mesmo establécense cláusulas xerais prohibitivas mais abertas. A razón desta diferenza é que o dereito da competencia se aplica nun ámbito, o mercado, onde a técnica da tipicidade penal iría contra a seguridade xurídica, pola dificultade de tipificar con precisión as múltiples formas que poden adoptar os comportamentos anticompetitivos. Neste sentido a STS de 2 de novembro de 2015 afirma que:

*"Pero fronte a esta técnica penalista da tipicidade o de deslinde preciso do que está prohibido (e, por exclusión, o non penado), o Dereito da competencia (nacional e comparado) utiliza a técnica da cláusula xeral prohibitiva, precisamente porque a utilización da técnica da tipicidade penal, nun ámbito como o mercado, atentaría ao principio de seguridade xurídica, atendida a dificultade ou imposibilidade de tipificar coa precisión exigida no Dereito penal a multiplicidade de formas que pode adoptar o comportamento restritivo dos operadores económicos no mercado".*

Pero esta existencia de cláusulas xerais prohibitivas no dereito da competencia non exclúe da necesaria existencia de encaixe da condutas denunciada nalgún dos supostos xenéricos previstos na LDC, marco no que se debe de desenvolver a capacidade sancionadora deste Pleno, e que procederemos a examinar.

5.- Segundo o artigo 1.1 LDC (Condutas colusorias):



*“1. Prohíbese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional (...)”.*

O complexo suposto de feito que incorpora o referido artigo 1.1. LDC exige un ademais da existencia de operadores económicos, algunha forma de concertación (acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas) e unha finalidade perseguida e prohibida (o causación dun dano actual ou potencial a competencia efectiva nos mercados), polo que queda fora do ámbito deste precepto e, polo tanto, da defensa da competencia, as denuncias sobre o contido dos pregos de condicións elaborados por órganos de contratación que actúan como poder público.

6.- No que se refire á prohibición do abuso da posición dominante, mencionada de xeito expreso pola empresa denunciante, o artigo 2 LDC tipifica esta conduta prohibida afirmando no seu parágrafo 1 (artigo 2.1 LDC) que

*“1. Queda prohibida a explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio en todo ou en parte do mercado nacional.”*

A denunciante apunta o posible abuso de posición dominante dun dos operadores principais do mercado galego, concretamente cita á empresa MONBUS. O certo é que no mercado galego do transporte regular de viaxeiros de uso xeral por estrada obsérvase nos últimos anos nunha tendencia ao crecemento dos grandes operadores internacionais mediante a adquisición de concesións ou mediante a compra de empresas coas súas concesións, polo que existen varias empresas de dimensión internacional operando actualmente no mercado galego.

A posición de dominio configúrase cando unha ou varias empresas, segundo o tenor literal do artigo 2 LDC (que reproduce neste punto o artigo 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea) ostentan un xenuíno poder no mercado de referencia, e a súa prohibición, prodúcese no marco do Dereito da Competencia, cando desde esa posición de dominio, prodúcese unha conduta que é reputada abusiva. A este respecto, debe sinalarse que existe no noso dereito unha consolidada xurisprudencia sobre os



requisitos do tipo recollido no artigo 2 LDC que de xeito resumido recollense na Sentencia da Audiencia Nacional do 1 de xullo de 2015 (Cendoj: 28079230062015100233), que no seu Fundamento Xurídico Quinto expón:

*“QUINTO. - Se imputa a la actora una conducta de estrechamiento de márgenes constitutiva de un abuso de posición de dominio. Sobre esta conducta, la relativa al abuso de posición de dominio, para que quede acreditada su existencia, el TS ha venido exigiendo estos presupuestos (STS 8.5.2003, recurso 4495/1998 ; 13.12.2004, recurso 915/2002, 4.4.2006, recurso 4699/2003 , 22.3.2006, recurso 5468/2003 , e igualmente SAN 26.9.2005, recurso 471/2003 y 111/2004: 1.- La existencia de una posición de dominio que permita a una empresa poder actuar al margen de sus competidores, clientes y consumidores (STJUE de 13.2.1979 , Hoffmann-La Roche/Comisión; 14.10.2010, Deutsche Telecom/Comisión C-280/08). 2.- Una conducta abusiva, que puede incluirse entre las que prevé el art.2 de la LDC, y por tanto previsible, lo cual se entiende de forma objetiva, sin que dependa de la intencionalidad del actor (STS 30.5.2006, recurso 7151/2003 ; 4.4.2006, recurso 4699/2003 ). 3.- Una falta de justificación de dicha conducta. 4.- Un efecto de impedir el acceso al mercado, o a un segmento del mercado de un competidor.”*

A denuncia que se examina na presente Resolución enmarcase dentro dun proceso de licitación pública e nun mercado intensamente regulado, no que a competencia entre os operadores estase a producir “polo mercado” non “no mercado”, de ahi a importancia do momento da licitación para a aplicación da normativa da competencia, momento no que se debe exixir unha actuación totalmente correcta e conforme a boa fe dos que participan na licitación.

Neste contexto non pode considerarse que exista o invocado abuso de posición de dominio, xa que non se dan ningún dos requisitos do art. 2 da LDC, mesmo para precisar a posición de dominio ou poder de mercado relevante que o seu punto de partida. Ademais, a loita polo mercado e as condicións de competencia do mesmo estarían determinadas pola licitación pública, polo procedemento aberto ordinario, cuxo deseño debe fomentar o maior grado posible de competencia, e non restrinxila, en beneficio do interese publico, precisamente polo mecanismo da contratación pública e o sistema de concesións de servizo público. Xa vimos que a utilización de procedementos abertos na contratación pública, como se esta a producir nas licitacións de concesións de servizos



público de transporte regular de viaxeiros de uso xeral por estrada, é unha das recomendacións da CNMC no seu Informe E/CNMC/004/18.

7.- Por último, a vixente LDC dispón, fronte as previsións do TFUE, dun terceiro tipo de conduta prohibida, que se recolle no artigo 3 LDC, (“Falseamento da libre competencia por actos desleais”):

*“A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán, nos termos que esta lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público.”*

O artigo 3 da LDC establece a prohibición de actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten ao interese público. Do tenor literal do precepto dedúcese que incorren en dita prohibición as condutas que compren acumulativamente os tres requisitos seguintes: *a)* constitúan un acto de competencia desleal; *b)* que falsee a libre competencia; *c)* afecte ao interese público. A doutrina maioritaria considera que desde un punto de vista substantivo estamos en presenza de dous condicións: *a)* un acto de competencia desleal que *b)* afecta ao interese público por falsear significativamente a competencia no mercado.

Neste punto, resulta pouco asumible que o citado precepto poida resultar de aplicación aos feitos denunciados neste expediente xa que no se dan os requisitos exixidos para a súa aplicación. O feito que se cuestiona é o contido dos propios pregos de licitación cando o que fai a licitación é precisamente abrir ao mercado as concesións de transporte regular de viaxeiros por estrada, e ademais a impugnación dos pregos teñen outros mecanismos distintos da aplicación do art. 3 da LDC.

8.- Á vista do exposto, procede, a xuízo deste Pleno, conforme co proposto pola Subdirección de Investigación, o arquivo das actuacións sen incoación dun procedemento sancionador polos feitos denunciados ao non apreciarse indicio algún de infracción dos artigos 1, 2 ou 3 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, polo que o Pleno da Comisión Galega da Competencia:

**RESOLVE**







Primeiro.- Non incoar expediente sancionador e, conseguintemente, archivar as actuacións iniciadas pola Subdirección de Investigación co número IR 1/2020 TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA, en virtude da denuncia presentada por D. XXX , en representación de HEDEGASA S.L., ao non apreciar indicios racionais de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC) en relación cos pregos de condicións das licitacións da Xunta de Galicia para o servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia.

Segundo. - Comuníquesele esta resolución á Subdirección de Investigación, á Dirección de Competencia da CNMC, ao denunciante e ao denunciado, facendo saber que a mesma pon fin a vía administrativa e que poden interpor contra ela recurso contencioso-administrativo ante a Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses a contar dende a notificación.