



RESOLUCIÓN 3/2020 – ARRIVA NOROESTE S.L. (EN LA ACTUALIDAD, ARRIVA GALICIA, SL)

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral secretario/vocal

En Santiago de Compostela a 8 de julio de 2020

La Comisión Gallega de la Competencia (CGC), con la composición arriba indicada y siendo ponente D. Ignacio López-Chaves Castro, dictó la siguiente Resolución en el expediente S 4/2018 – ARRIVA NOROESTE (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL, y en adelante identificado, con carácter general, como “ARRIVA GALICIA SL”) que trae causa en la comunicación de la Secretaría General Técnica, de la Consellería de Infraestructuras y Vivienda (actual Consellería de Infraestructuras y Movilidad) de la Xunta de Galicia, de fecha 7 de febrero de 2018 por la que remite a la Comisión Gallega de la Competencia una resolución dictada por el Director General de Movilidad, de fecha 5 de febrero de 2018, mediante la que, al amparo del previsto en el artículo 23.3 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico (en adelante, “Ley 14/2013, de 26 de diciembre”), se daba traslado a este organismo de la posible existencia de una práctica anticompetitiva, prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante “LDC” o “Ley 15/2007”), en relación con la información aportada por la empresa Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), en su calidad de anterior concesionario, con motivo de la licitación del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos”.



INDICE

1.- ANTECEDENTES DE HECHO

2.- LAS PARTES

2.1.- Denunciantes

2.1.1.- Consellería de Infraestructuras y Vivienda de la Xunta de Galicia

2.1.2.- UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL

2.2.- Denunciada

2.2.1.- Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, Arriva Galicia, SL)

2.3.- Interesados

2.3.1.- Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

3.- HECHOS PROBADOS

4.- CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

4.1.- Normativa sobre transporte público regular permanente de viajeros de uso general terrestre.

4.2.- Mercado relevante

4.2.1.- Mercado de producto

4.2.2.- Mercado geográfico

5.- CUESTIONES PREVIAS

5.1.- Alegato de abuso de posición dominante

5.2.- Conductores subrogables.

5.2.1.- Requisitos para la subrogabilidad.

5.2.2.- Obligación de informar al órgano de contratación.

5.2.3.- Actuación de Arriva Noroeste SL (en la actualidad Arriva Galicia S.L.)

5.2.4.- Resoluciones judiciales y Dictamen del Consello Consultivo de Galicia sobre el número de conductores subrogables comunicados por Arriva

5.2.5.- Conductores que la empresa contratista debe de adscribir a la concesión y conductores subrogables

5.3.- Propuesta del órgano instrucción

6.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6.1.- Objeto de la Resolución

6.2.- Competencia para resolver

6.3.- Falseamiento de la competencia por actos desleales

6.3.1.- Afectación al interés público por falsear significativamente la competencia.

6.3.2.- La conducta constituye un acto de competencia desleal

6.4.- Alegaciones

1. 6.4.1.- Alegaciones a la Propuesta de Resolución.

6.4.1.1.- Alegaciones de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez

6.4.1.2.- Alegaciones de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, Arriva Galicia SL)

6.4.2.- Alegaciones a la practica de la actuaciones complementarias y de





prueba acordada por el Pleno de 19 de septiembre de 2019.

6.4.2.1.- Alegaciones de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez

6.4.2.2.- Alegaciones de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, Arriva Galicia SL)

6.5.- Prueba solicitada

6.6.- Responsabilidad

7.- SANCIÓN

7.1.- Sanción propuesta y calculo de la misma

7.2.- Alegaciones.

7.2.1.- Alegaciones de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez.

7.2.2.- Alegaciones de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, Arriva Galicia SL).

7.3.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones

RESOLUCIÓN



1.- ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 7 de febrero de 2018 se recibió en esta Comisión Gallega de la Competencia una comunicación de la Secretaría General Técnica, de la Consellería de Infraestructuras y Vivienda (actual Consellería de Infraestructuras y Movilidad) de la Xunta de Galicia, que, en cumplimiento de la resolución dictada por el Director General de Movilidad en fecha 5 de febrero de 2018, mediante la que, al amparo del previsto en el Artículo 23.3 de la ya citada Ley 14/2013, de 26 de diciembre, se trasladó a este organismo la posible existencia de práctica anticompetitiva, prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con la información suministrada por Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), en su calidad de anterior concesionario, con motivo de la licitación del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos". (Folios 1- 542)

Con dicha comunicación se acercó la siguiente documentación:

- Información sobre los trabajadores adscritos a la concesión V-7069, suministrada por Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y puesta a disposición de las empresas licitadoras.
- Expediente de licitación del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos".
- Certificado remitido por Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) a la Comisión de seguimiento del proceso de integración de las distintas modalidades del transporte público, en relación con el personal adscrito a la antigua línea V-7069.
- Procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos", que incluye resultado de los informes emitidos.

2.- Con fecha 13 de marzo de 2018, el caso fue asignado a la Comisión Gallega de la Competencia, en cumplimiento del trámite previsto en la 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 (en adelante, "Ley 1/2002"), al considerarse que en la práctica denunciada concurrían las condiciones previstas en su artículo 1, párrafo tercero, de la Ley 1/2002, para atribuir su conocimiento a la Comisión Gallega de la Competencia, ya que sus posibles efectos se circunscribirían, caso de acreditarse la existencia de conducta prohibida, exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.



3.- Recibida dicha asignación, la Subdirección de Investigación, de acuerdo con el art. 49.2 de la LDC, inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la veracidad de los hechos y, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

4.- Con fecha 13 de abril de 2018, la Subdirección de Investigación llegó a la conclusión de que existían indicios racionales de conducta prohibida por la LDC en la práctica denunciada, procediendo, en consecuencia, conforme al artículo 36.2.1a), del Decreto 118/2016, de la Comunidad Autónoma de Galicia en relación con los artículos 49.1 LDC y 28 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), a acordar de oficio la incoación del correspondiente expediente sancionador identificado con el número S 4/2018, contra la mercantil Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), en relación con la información allegada por la misma, en su calidad de anterior concesionario, con motivo de la licitación del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos. (Folios 543 - 544)

En el citado acuerdo se le comunicó a Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) su consideración de denunciada y los derechos que cómo tal le asisten, así como que se reconocía la condición de interesados de la Consellería de Infraestructuras y Vivienda, (actual Consellería de Infraestructuras y Movilidad) de la Xunta de Galicia, a través de la Dirección General de Movilidad y de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de acuerdo con el dispuesto en el artículo 5, punto Tres, de la 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.

5.- Con fecha 9 de mayo fue presentada denuncia en el Registro de la Xunta de Galicia por parte de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez SL por los mismos hechos enjuiciados, que se incorporó al expediente en tramitación. El 10 de mayo de 2018, fue presentada la misma denuncia ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) por parte de la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL, que, también, se incorporó al expediente en tramitación. La denunciante, UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL había resultado adjudicataria de la licitación pública de referencia.

6.- Con fecha 30 de agosto de 2018 la Subdirección acordó reconocer a la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL, la condición de interesada en el expediente sancionador, decisión que les fue puesta a disposición el 31 de agosto de 2018 a todos los interesados en el expediente.

7.- El 25 de septiembre de 2018 se personó en el procedimiento XXX, en nombre y representación de Arriva Galicia, SL (antes Arriva Noroeste, SL), para solicitar copia



electrónica del expediente. La Subdirección de Investigación le facilitó el acceso a este expediente sancionador.

8.- Ni la empresa denunciada, ARRIVA GALICIA, SL, ni los interesados (la Consellería de Infraestructuras y Vivienda, actual Consellería de Infraestructuras y Movilidad, de la Xunta de Galicia, la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez SL, y la CNMC), presentaron alegación alguna en esta fase de la tramitación del expediente.

9.- Con fecha 25 de abril al Subdirección de Investigación remitió al Juzgado de Instrucción Número Seis de A Coruña, previo requerimiento del mismo, copia de la documentación solicitada. La misma había sido requerida con el motivo de las Diligencias previas en el Procedimiento abreviado 0001363/2017 (N.I.G: 15030 43 2 2017 0012043) por uno presunto delito de falsificación de documentos privados, la denuncia XXX , contra XXX y XXX.

10.- Con fecha de 3 de octubre del 2018 la Subdirección de investigación aprobó el Pliego de Concreción de Hechos (PFC) que fue notificado a las partes en el expediente en la misma fecha. (Folios 1105 – 1128).

11.- Tras analizar los alegaciones realizados por las partes y la documentación aportada por las mismas, el día 27 de agosto del 2019, la Subdirección de investigación notifica la Propuesta de Resolución al Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia (folios 3090 – 3179) acompañada de las alegaciones que a la misma habían presentado Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) (folios 2966 – 2999) y la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL. (folios 2958 – 2961)

12.- El Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia con fecha 19 de septiembre de 2019 acordó solicitar a la Subdirección de Investigación, al amparo del artículo 51.1 de la LDC desarrollado por el artículo 36 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por lo que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), la práctica, de oficio, de la realización de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Subdirección de Investigación en la fase de instrucción, con el fin de aclarar cuestiones precisas y necesarias para la formación de juicio.

Asi mismo, se acordó la suspensión del plazo para resolver y notificar de conformidad con el establecido en los artículos 37 de la LDC y 12 del RDC y se concedió a los interesados un plazo de 7 días desde la notificación del acuerdo para que formularan las alegaciones que estimasen pertinentes sobre las actuaciones complementarias acordadas.

13.- Con fecha 11 de octubre de 2019 la Subdirección de Investigación remitió al Pleno de la CGC la práctica de las diligencias practicadas consistente en la documentación enviada por la Dirección General de Movilidad.



14.- En el Pleno de 31 de octubre de 2019 vista la documentación recibida y observando que parte de la documentación resultaba ilegible, que faltaban folios de los alegaciones y que no se daba respuesta a lo solicitado se acordó volver a requerir a la Subdirección de Investigación para que reiterara la solicitud de la realización de las pruebas acordadas en el Pleno de 19 de septiembre ya que no habían sido aportadas en los términos del requerimiento. El acuerdo fue notificado a todas las partes.

15.- Con fecha 12 de diciembre a Subdirección de Investigación remitió al Pleno de la CGC la práctica de las diligencias que se volvieron a requerir en el Acuerdo de reiteración de la documentación.

16.- En el Pleno de 26 de diciembre de 2019, una vez examinada la documentación presentada, se acuerda dar traslado a los interesados del resultado de las diligencias de prueba y del resultado de las actuaciones complementarias para que, en el plazo de 10 días, aleguen lo que estimen conveniente y valoren el resultado de las mismas.

17.- Con fecha 13 de enero de 2020 Arriva Galicia S.L. presentó escrito ante la CGC en el que solicitaba traducción al castellano de la documentación enviada por el Acuerdo del Pleno de la CGC de 26 de diciembre de 2019 y la suspensión del plazo para alegación o estimación del resultado de las diligencias complementarias, afirmando que era mucha la documentación, que no se le había dado traslado del acuerdo del Pleno de la CGC de 31 de octubre y que la propuesta de Resolución se le había dado traslado en un castellano muy deficiente.

18.- En el Pleno de 15 de enero de 2020 la CGC acordó enviar en castellano a Arriva Galicia SL los documentos a ella dirigidos que estaban contenidos en el Acuerdo del Pleno de la CGC de 26 de diciembre de 2019 y ampliar en cinco días el plazo para que Arriva Galicia, SL. alegase lo que estime conveniente y valorase el resultado de las diligencias complementarias. Le informó también el Pleno que no era cierta la afirmación de que no se le había trasladado el acuerdo del Pleno de 31 de octubre ya que había sido puesto la disposición de Arriva Galicia SL el día 30 de septiembre de 2019 y la empresa tuvo acceso al documento el día 7 de octubre de 2019 a las 9:32:19, y le informó que, examinado el expediente, pudo constatarse que la Propuesta de Resolución elaborada por el Subdirector de Investigación que había sido remitida a Arriva Galicia SL, lo había sido en la lengua gallega por lo que no podía ser cierto que a la denunciada se le había facilitado dicha Propuesta de Resolución “en un castellano muy deficiente debido a su traducción por máquina que determinaba diversas e importantes imprecisiones del texto”.

El Pleno de la CGC mostró su sorpresa por el escrito presentado en esa fecha por Arriva Noroeste (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) al solicitar el ejercicio de un derecho que no había demandado en ningún momento en los veintiún (21) meses que habían transcurrido después de recibir Arriva Galicia SL la primera notificación de este expediente en gallego y después ser realizadas todas las comunicaciones del



procedimiento en gallego y que había sorprendido que solicitara en ese momento, dentro del plazo perentorio de 10 días para la presentación de unos alegaciones, la traducción el castellano.

El Pleno recordó que en este expediente, tras recibir la notificación en gallego de la incoación del mismo, Arriva Galicia SL solicitó la vista del expediente; tras recibir en gallego el Pliego de Concreción de Hechos, Arriva Galicia SL formuló alegaciones al mismo; se le puso el expediente de manifiesto por la Subdirección de Investigación; tras recibir el escrito de requerimiento de las cuentas anuales en gallego, Arriva Galicia SL presentó un escrito de solicitud; tras recibir en gallego la Propuesta de Resolución, Arriva Galicia SL solicitó ampliación del plazo para formular alegaciones y a continuación formuló alegaciones la esa Propuesta redactada en gallego; lo que quiere decir que no reclamando la traducción al castellano de toda esa documentación y recibéndola en gallego, Arriva Galicia SL actuó en el expediente y presentó escritos en defensa de sus derechos en múltiples ocasiones. Al Pleno le causo sorpresa que después de todos esos trámites realizados en gallego sin solicitar la traducción, el denunciado la solicitara en los últimos trámites del expediente.

19.- Con fecha 23 de enero de 2020. la UTE Autos Morán, SL. Autocares Rodríguez Domínguez presentó escrito de alegaciones al resultado de las diligencias de prueba y de las actuaciones complementarias.

20.- Con fecha 3 de febrero de 2020 Arriva Galicia S.L. presentó su escrito de alegatos al resultado de las diligencias de prueba y de las actuaciones complementarias.

21.- El 26 de febrero de 2020 el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia recibida los alegatos de Arriva Galicia S.L. y de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL y vista el contenido de las mismas y de la documentación complementaria, acordó continuar con el expediente levantado el plazo de suspensión del mismo aprobado en el Pleno de 15 de septiembre de 2019.

22.- En ese mismo Pleno de 26 de febrero a CGC al amparo del art. 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que exige que el cálculo de la sanción se realice teniendo en cuenta el volumen de negocios del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición, en su caso, de la correspondiente multa y teniendo en cuenta que la presentación de las alegaciones y valoraciones realizados por los interesados en las diligencias de prueba y de las actuaciones complementarias en el expediente S 4/2018 fueron presentadas en el año 2020, acordó instar a la Subdirección de Investigación para la práctica de la diligencia de requerir a la empresa denunciada que aportara, en el plazo de 7 días, la cifra de su volumen de negocios total del año 2019, ya que en el expediente constaba el volumen del año 2018.

También, se acordó la suspensión del plazo para resolver y notificar de conformidad con lo establecido en los artículos 37 de la LDC y 12 del RDC y se concedió a los interesados un plazo de 7 días desde la notificación del acuerdo para que formularan las alegaciones



que estimasen pertinentes sobre esta actuación complementaria. El acuerdo fue notificado a las partes el día 27 de febrero.

23.- El día 10 de marzo de 2020 Arriva Galicia S.L. presentó escrito en el que solicita la ampliación del plazo para la aportación de la cifra de su volumen de negocios y el acceso al expediente con el fin de poder hacer alegaciones.

24.- Con fecha 13 de marzo el Pleno de la CGC, en un Pleno convocado con carácter urgente y extraordinario con un único punto de la orden del día, acordó ampliar en tres días el plazo para que la empresa denunciada aportara la cifra de su volumen de negocios correspondiente el año 2019 y facilitar a la misma el acceso el expediente.

25.- La Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por lo que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante RDL 463/2020) estableció la suspensión de plazos administrativos, en los siguientes términos:

“1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves nos derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que este manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.

4. La presente disposición no afectará a los procedimientos y resoluciones a los que hace referencia el apartado primero, cuando estos vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma.”

A su vez, la Disposición adicional cuarta prevé también respeto de la suspensión de plazos de prescripción y caducidad que:

“Los plazos de prescripción y caducidad de cualquier acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptar.”

Lo anterior rige desde la entrada en vigor del referido RDL 463/2020 que, según su Disposición final tercera (Entrada en vigor), se produjo en el momento de su publicación en el «Boletín Oficial de el Estado» que tuvo lugar en el BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

Por su parte, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por lo que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por lo que se



declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19 (en adelante, RDL 537/2020) dispone, en su Artículo 9 y bajo el título “Plazos administrativos suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo ” que:

“Con efectos desde lo 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos reanudarse, o se reiniciará, sí así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.”

En el que alcanza a los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones suspendidos en virtud del RDL 463/2020, el artículo 10 del RDL 537/2020 dispone que:

“Con efectos desde lo 4 de junio de 2020, se alzarán la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.”

26.- Con el data 20 de marzo Arriva Galicia remite la cifra de su volumen de negocios correspondiente la el año 2019.

27.- El Pleno de 3 de junio de 2020 examina la documentación remitida por la empresa Arriva Galicia S.L. y la traslada, de acuerdo con previsto en el Real Decreto 261/2008, a los interesados para que en el plazo de 10 días, puedan valorar el resultado de esta actuación complementaria. La notificación a los interesados se realizó el día 5 de junio.

28.- Transcurrido el plazo para realizar las alegaciones, el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia deliberó sobre este asunto, en su reunión de 1 de julio de 2020, acordó levantar la suspensión del plazo máximo para resolver, entendiéndose reanudado el computo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión, y fijando cómo nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento el día 24 de julio de 2020.

Esa nueva fecha del plazo máximo para dictar y notificar la resolución en el expediente se determinó por el Pleno el 1 de julio de 2020 de la acuerdo con lo siguiente:

- a) En el Expediente S 4/2018 Arriva Noroeste (en la actualidad Arriva Galicia), la incoación fue acordada por la Subdirección de Investigación con fecha 13 de abril de 2018 por la que el plazo máximo para resolver y notificar, conforme a lo dispuesto en el art. 36.1 de la LDC, era el día 13 de octubre de 2019. El plazo máximo para resolver había sido suspendido por acuerdo del Pleno de 19 de septiembre de 2020 que acordó, de conformidad con el artículo 37.1 letra e) de la LDC, suspenderlo para practicar actuaciones complementarias. La suspensión se levantó por acuerdo del Pleno de 26 de febrero de 2020. El tiempo de suspensión había sido de 160 días naturales, por lo que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin a este procedimiento pasa a ser el día 20 de marzo de 2020, resultado de añadir al *dies ad quem* de 13 de octubre de 2019 los 160 días naturales de la suspensión, computo realizado de acuerdo con el criterio establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016 (Roj: STS 3908/2016 - ECLI: ERES:TS:2016:3908).



- b) En ese mismo Pleno de 26 de febrero de 2020, con el fin de reclamar a la empresa denunciada la cifra de volumen de negocios del año 2019, se volvió a acordar, de conformidad con el artículo 37.1 letra e) de la LDC, la suspensión del plazo para resolver. Desde el 26 de febrero de 2020 hasta el día del acuerdo del levantamiento de la suspensión, el 1 de julio de 2020, transcurrieron 126 días naturales, por lo que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin a este procedimiento pasa a ser el día 24 de julio de 2020, resultado de añadir al día 20 de marzo de 2020, nueva fecha máxima para dictar y notificar la resolución, los 126 días naturales de suspensión, computo realizado de acuerdo con el criterio establecido en la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016.

29.- Con fecha 8 de julio de 2020 el Pleno se reunió para deliberar y aprobar esta Resolución.

30.- Son partes interesadas en el expediente:

- Conselleira de Infraestructuras y Vivienda (hoy Conselleira de Infraestructuras y Movilidad) de la Xunta de Galicia.
- UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL
- Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL)
- CNMC

2. LAS PARTES

2.1.- DENUNCIANTES

2.1.1.- CONSELLERÍA DE INFRAESTRUCTURAS Y VIVIENDA DE LA XUNTA DE GALICIA.

El origen del presente expediente se encuentra en la comunicación realizada por la Secretaría General Técnica, de la Consellería de Infraestructuras y Vivienda (hoy Conselleira de Infraestructuras y Movilidad) de la Xunta de Galicia, en virtud de resolución dictada por el Director General de Movilidad en fecha 5 de febrero de 2018, al amparo del dispuesto en el Artículo 23.3 de la Ley de Galicia 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, al apreciar la posible existencia de práctica anticompetitiva, prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

De acuerdo con el artículo 148.1.5ª de la Constitución Española (CE) y la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades



Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable, la competencia en materia de transporte terrestre fue traspasada a las CC.AA.

El artículo 1 del Decreto 26/2019, de 7 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad afirma que dito Consellería es el departamento de la Xunta de Galicia al que corresponden las competencias y funciones en materia de infraestructuras, movilidad y aguas, que ejercerá en el nivel de desarrollo que se indica en este decreto para cada uno de los órganos integrantes de este departamento

La dirección General de Movilidad, conforme el artículo 11 del mismo Decreto tiene, entre sus funciones, el impulso, gestión y coordinación de las políticas atribuidas a la Consellería en los ámbitos de la planificación, financiación y ordenación del transporte, y entre ellas la planificación, la coordinación y el seguimiento de la política general de transportes y la ejecución de los servicios y de las infraestructuras de transportes en la Comunidad Autónoma, y la ordenación del transporte terrestre, por cable y marítimo en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma.

2.1.2.- UTE AUTOS MORÁN, SL AUTOCARES RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, SL

La UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL fue la adjudicataria del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos”. Con posterioridad, con fecha 9 y 10 de mayo de 2018, respectivamente, fueron presentadas por la dicha UTE sendos escritos de denuncia en el Registro de la Xunta de Galicia y ante la CNMC relativas a la misma licitación pública analizada en el presente expediente sancionador, que se incorporaron al mismo. Con fecha 30 de agosto de 2018 le fue reconocida por la Subdirección de Investigación la condición de parte interesada en el presente expediente sancionador.

2.2- DENUNCIADA

2.2.1.- ARRIVA NOROESTE, SL (EN LA ACTUALIDAD, ARRIVA GALICIA, SL)

Es una empresa perteneciente al grupo multinacional ARRIVA, constituido inicialmente en el Reino Unido, hasta su adquisición por la multinacional alemana constituida alrededor de la entidad Deutsche Bahn AG. En el año 1998 dicha empresa adquiere dos compañías de transporte que desarrollan su actividad en la comunidad autónoma gallega: Ideal Auto Sociedad Anónima (IASA) y de Transportes Finisterre, ambas con sede en Galicia. El objeto social principal de Arriva es el transporte de viajeros.

Arriva Noroeste, SI (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) era la titular de la concesión V-7069. En el marco del nuevo Plan de transporte público de Galicia, regulado por la Ley 10/2016, de 19 de julio, de medidas urgentes para la actualización del sistema de transporte público de Galicia, el artículo 3.1 indicaba que quedaban sin efectos la modificación de los plazos de vigencia de los contratos de servicio público de transporte regular de uso general introducida por la Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas





urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia pero, que no obstante esto, los servicios públicos continuarían siendo explotados por sus prestadores actuales hasta la adjudicación e implantación de los servicios establecidos en el Plan de transporte público de Galicia. Esta continuidad se produciría sin necesidad de requerimiento previo por parte de la Administración si en el plazo de quince días naturales, a contar desde el día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 10/2016 no comunicaran formalmente a la dirección general competente en la materia de transporte as su renuncia expresa a dicha continuidad.

Arriva Noroeste, SI (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) presentó el 5 de agosto de 2016 su renuncia expresa a continuar con la explotación de la concesión V-7069.

A consecuencia de la renuncia de Arriva Noroeste, SI (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) fue aplicado lo previsto en el citado artículo 3.1 de la Ley 10/2016, y mantuvo la referida empresa a continuidad en la prestación de servicios como obligación de servicio público en los términos del artículo 97.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres, durante el plazo máximo de doce meses, a contar desde la fecha de la renuncia. En ese plazo a dirección general de movilidad procedería la adjudicación directa del servicio de acuerdo con el Reglamento (CE) n.º 1370/2007.

Esta concesión V-7069, de la que era titular Arriva Noroeste, SI (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) fue dividida en tres partes, dando lugar, junto con otros servicios procedentes de otros contratos también extinguidos, a tres nuevos proyectos de explotación denominados: XG-533, XG-535 y XG-536, que fueron adjudicados a través de los correspondientes procedimientos de licitación.

Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), después de renunciar de forma expresa la concesión V-7069, concurrió a la licitación pública objeto del presente expediente sancionador, resultando la segunda empresa mejor calificada por la mesa de contratación.

2.3.- INTERESADOS EN EI PROCEDIMIENTO

Además de la CONSELLERÍA DE INFRAESTRUCTURAS Y VIVIENDA DE LA XUNTA DE GALICIA y de la UTE AUTOS MORÁN, SL AUTOCARES RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, SL es interesada en el procedimiento

2.3.1.- DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE Los MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC). La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC estipula en el artículo 25.1. la) que la Dirección de Competencia ejercerá las funciones de instrucción de los expedientes tramitados por conductas anticompetitivas. Conforme al anterior, es parte interesada en este procedimiento a Dirección de Competencia de la CNMC. La CNMC, de acuerdo con el dispuesto en los artículos 1 y 2 de la LCNMC, es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, actualmente adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, que "tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en



todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios". Actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a estas Leyes y al resto del ordenamiento jurídico. La Ley 1/2002 establece en su artículo 5.3 que, al objeto de procurar la aplicación uniforme de la LDC, el Servicio de Defensa de la Competencia (actualmente, Dirección de Competencia, de la CNMC) podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

3.- HECHOS PROBADOS

Conforme al Pliego de Concreción de hechos notificado a las partes y reproducido en la propuesta de Resolución elevada al Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia y conforme a las pruebas practicadas de oficio por la Subdirección de Investigación y las solicitadas por el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia con el fin de aclarar cuestiones precisas y necesarias para la formación de juicio, se considera acreditados y relevantes para la resolución de este expediente los siguientes hechos:

1º.- Que la mercantil Arriva Noroeste, SI (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) era a titular del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general denominado V-7069 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos".

2º.- Que dicho contrato de gestión de servicio público V-7069 se le otorgó a la empresa Arriva Noroeste, SI (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) por Orden de la Conselleira de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes de 15 de noviembre de 2006 por relevo y unificación de anteriores concesiones, no por concurso de acuerdo con lo afirmado en el escrito de la Subdirección General de Ordenación del Transporte de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad de la Xunta de Galicia. (Folio 3.406). Dicha concesión V-7069 había sido adjudicada por otorgamiento directo en sustitución de otras anteriores vigentes con el fin de adaptarlas a la Ley 16/1987, de 30 de julio de ordenación de los transportes terrestres, de acuerdo con lo afirmado en el escrito de la Subdirección General de Ordenación del Transporte de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad de la Xunta de Galicia. (Folio 3.406)

3º.- Que de las concesiones de las que traiga causa la V-7069 no se puede precisar la fecha de la anterior adjudicación, indicando la Dirección General de Movilidad de la Conselleira de Infraestructuras y Movilidad que, de serlo, habrían sido adjudicadas por parte de la Administración del Estado incluso con anterioridad a propia Constitución Española de 1978. (Folio 3.406)



La Dirección General de Movilidad indica que no dispone de información de las fechas de las licitaciones de las concesiones incluidas en la explotación del servicio público regular de viajeros de uso general XG-533 (Folio 3.405)

4º.- Que el Parlamento de Galicia aprobó la Ley 10/2016, de medidas urgentes para la actualización del sistema de transporte público de Galicia que contempla la actualización del sistema de transporte público de Galicia mediante la aprobación del Plan de transporte público de Galicia. En la Exposición de Motivos de la referida Ley se afirma que:

“(...) se presenta la necesidad de mantener un sistema de transporte público sostenible en los contornos rurales, en los que mismo presenta una clara finalidad social como garantía de derechos esenciales como el propio derecho a la movilidad personal o a servicios esenciales”

5º.- Que la Ley 10/2016 establece en su artículo 2. 3 párrafo segundo que

“El primer plan de transporte público de Galicia deberá aprobarse en el plazo de veintidós meses desde la entrada en vigor de esta ley, garantizando que la adjudicación de los contratos de servicio público que expiraran, así como de los nuevos contratos de servicio público que establezca el plan, se produzca dentro del período transitorio fijado en el Reglamento (CE) nº 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y conforme lo dispuesto en él”.

6º.- Que la referida Ley 10/2016 establecía medidas transitorias para garantizar la continuidad del servicio de transporte público en Galicia hasta la implantación del mencionado Plan. Dicha Ley indicaba que los servicios públicos de transporte regular de uso general continuarían siendo explotados por los que habían sido sus prestadores hasta la adjudicación e implantación de los servicios establecidos en el nuevo Plan de transporte público de Galicia. Esta continuidad era obligatoria para el prestador si en el plazo de quince días naturales, contados desde el día siguiente al de entrada en vigor de la ley, este no comunicaba formalmente a la dirección general competente en materia de transportes su renuncia expresa a dicha continuidad.

7º.- Que en el caso de renuncia en este plazo, el prestador mantendría la continuidad en la prestación de los servicios como obligación de servicio público en los términos



establecidos en el artículo 97.3 del Real decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres, durante un plazo máximo de doce meses, contados desde la fecha de la renuncia. En ese plazo a dirección general de movilidad haría la adjudicación directa del servicio de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 1370/2007.

8º.- Que la mercantil Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), prestadora del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general denominado V-7069, presentó el 5 de agosto de 2016 ante la Xunta de Galicia su renuncia expresa a continuar con la explotación de la mencionada concesión V-7069.

9º.- Que tras la renuncia expresa a la concesión V-7069, de la que era titular Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), aquella fue dividida en tres partes, dando lugar, junto con servicios procedentes de otros contratos también extinguidos, a tres nuevos proyectos de explotación denominados: XG-533, XG-535 y XG-536, que fueron adjudicados a través de los correspondientes procedimientos de licitación.

10º.- Que la Xunta de Galicia sacó la licitación pública el contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos".

11º.- Que antes de esta licitación las concesiones incluidas en ese contrato nunca habían sido sometidas a procesos de concurrencia pública por la Xunta de Galicia, que señala que, en el caso de existencia de una previa licitación, tendrían lugar con anterioridad a propia Constitución Española de 1978, es decir, hace más de 42 años, de acuerdo con el afirmado en el escrito de la Subdirección general de Ordenación del Transporte de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad de la Xunta de Galicia. (Folio 3.406)

12º.- Que para preparar la licitación pública, desde la Xunta de Galicia, el 6 de marzo de 2017, se requirió a la mercantil Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), como antiguo titular de la concesión V-7069, al amparo de lo que preveía el artículo 120 del 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, la información precisa del personal adscrito al contrato V-7069 para la preparación del expediente de licitación del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos".

13º.- El 17 de marzo de 2017, Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) solicitó una ampliación del plazo de 10 días, para remitir la documentación alegando considerar insuficiente el plazo para entregarla, por cuanto estaba negociando con los representantes sindicales de la empresa para configurar unos parámetros adecuados para su cumplimentación, ya que el personal afectado se encontraba adscrito



simultáneamente y de acuerdo sus funciones la otra concesión (V-7068 XG-442, “A Coruña – Ferrol – Ortigueira – Viveiro – Vilalba – Lugo, con Anexos) titularidad de la misma empresa. La ampliación de plazo fue concedida por la Xunta de Galicia el 28 de abril de 2017. (Folio 481 y 482).

13º.- La información remitida por Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), fue puesta a disposición de las empresas junto con las invitaciones para participar en el procedimiento de licitación.

14º.- Que la mercantil denunciada trasladó a la Xunta de Galicia una primera información conforme a la que cual se llevó a cabo la licitación del contrato objeto del expediente sancionador, sujeta a las comprobaciones posteriores para la asignación de los trabajadores concretos respecto de lo que existía por parte de la empresa que resultase adjudicataria de la licitación, el deber de subrogación.

15º.- Que la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL resultó adjudicataria el 27 de julio de 2017 de la licitación pública tramitada a través del expediente de licitación del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos”. (Folios 353 a 357)

16º.- Que la denunciada, Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), también concurrió a la misma licitación, quedando en el segundo puesto en la licitación, a continuación de la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL.

17º.- La UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL obtuvo en la licitación 97,69 puntos y Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) 80,19 puntos siendo la oferta económica de la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL un 6,32% mas reducida que la de Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) (Folio 3421)

18º.- El 1 de agosto de 2017, la mercantil Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), comunica a la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL la relación de 15 trabajadores que debía subrogar.

19º.- El 8 de agosto de 2017 UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL comunica a la Dirección General de Movilidad que la relación de los trabajadores adscritos a la antigua concesión V-7069 que les había remitido Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) era de personas que no estaban relacionados con ese contrato.



20º.- El Punto 1.9.4 del Pliego de Condiciones preveía la creación de una *Comisión de Seguimiento* del proceso de integración de las distintas modalidades de transporte público competencia de la Xunta de Galicia en la que estaban representadas la Administración y las asociaciones sindicales de mayor representatividad en el sector (Folio 253). Esta Comisión tenía entre sus funciones vigilar el cumplimiento de los deberes legales y contractuales en materia de subrogación del personal. El 24 de agosto de 2017 la citada Comisión se reunió y trató la problemática originada por la subrogación del personal de la concesión XG-533 y de otras concesiones.

21º.- Que de la documentación presentada por la denunciada se dedujo, inicialmente, por la Comisión de Seguimiento del proceso que la adjudicataria (UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL) no cumpliría con el deber de subrogación de los trabajadores a la que estaba obligada según el Pliego de condiciones, por lo que dicha Comisión de Seguimiento acordó solicitar a la Administración el inicio del procedimiento de resolución contractual previsto en el Pliego de condiciones.

22º.- Que el 8 de septiembre de 2017, la Dirección General de Movilidad inició un procedimiento de resolución contractual, por el presunto incumplimiento de las obligaciones de subrogación de acuerdo con los puntos 1.9.1.1; 1.9.1.2; 1.9.1.3; 1.9.1.4 y 1.9.1.5 del Pliego de Condiciones del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos". (Folios 421a 427)

23º.- Durante la instrucción del procedimiento de resolución contractual previsto en el Pliego de condiciones, la UTE solicitó la apertura de un período de prueba para que Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) remitiera, toda la documentación acreditativa de la dedicación del personal al contrato V-7069, con la finalidad de acreditar que este personal prestaba simultáneamente servicios en otro contrato (V-7068) del que también era titular Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL).

24º.- Que en la tramitación del correspondiente procedimiento de resolución contractual por parte de la Xunta de Galicia, la Dirección General de Movilidad analizó exhaustivamente la documentación remitida por Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), aportando a la compañía una certificación de fecha 29 de agosto de 2017, firmada por D. XXX, en representación de Arriva Noroeste, SL, para señalar a los 13 trabajadores, identificados nominalmente, que debían ser objeto de subrogación en el contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos" de acuerdo con el previsto en el punto 1.9.1.4 del Pliego de Condiciones (Folio 251).

25º.- Que en el análisis efectuado en el marco del expediente de resolución contractual, la Dirección General solicitó la emisión de varios informes. Uno primero y requerido a la



Agencia de Modernización Tecnológica de la Xunta de Galicia (AMTEGA). Recibido dicho informe el Instructor del expediente consideró necesaria realizar un análisis exhaustivo de la documentación remitida, por lo que la Dirección General de Movilidad, visto la complejidad de los datos a analizar, acuerda la contratación de una empresa de consultaría (Applus) para llevar a cabo un estudio, en el que se analicen las hojas de ruta y tacógrafos de todos los conductores comparando todas las horas de conducción con las hojas de ruta específicas de la concesión V-7069. Este segundo informe es emitido el día 15 de noviembre de 2017. Por último, el Instructor del procedimiento acuerda dar traslado de toda la documentación al Servicio de Inspección del Transporte de la Dirección General de Movilidad, que emite el último informe.

26º.- Que de estos informes y del análisis del Servicio de Inspección, la Dirección General de Movilidad concluyó que una parte importante de la relación de trabajadores que según Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) deberían ser subrogados no cumplían con los requisitos que para la subrogación estaban establecidos en el Acuerdo Marco y en el Pliego de condiciones. Así, en la “Resolución del procedimiento para la resolución del contrato de gestión del Servicio Público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos” (Folios 612 a 622) la Dirección General de Movilidad indica que de los 15 trabajadores que según Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) debía subrogar la UTE, “(...) *no procedería la subrogación en la concesión XG-533 de 12 trabajadores como se pretendía*” (Folio 622). De tal manera, que de los 15 trabajadores que Arriva señalaba como subrogables, solo 3 cumplían los requisitos del art. 19.4 del Acuerdo Marco. Fue por esta causa por la que el procedimiento de resolución contractual fue archivado.

27º.- Que en fecha 19 de enero de 2018 se remite requerimiento desde la Dirección General de Movilidad a la UTE Autos Morán, SL, Autocares Rodríguez Domínguez, SL L, indicándole los tres (3) trabajadores en los que tendría que subrogarse.

28º.- Que con fecha 7 de febrero de 2018 la Secretaría General Técnica, de la Consellería de Infraestructuras y Vivienda (actual Consellería de Infraestructuras y Movilidad) de la Xunta de Galicia remite a la CGC una resolución dictada por el Director General de Movilidad el 5 de febrero de 2018, mediante la que, al amparo de lo previsto en el artículo 23.3 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico se daba traslado a este organismo de la posible existencia de una práctica anticompetitiva, prohibida por la LDC en relación con la información aportada por la empresa Arriva Noroeste, SL (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), en su calidad de anterior concesionario, con motivo de la licitación del referido contrato de gestión del servicio público.

4. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO



4.1.- Normativa sobre transporte público regular permanente de viajeros de uso general terrestre.

Los transportes públicos regulares de personas de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración. Es una actividad muy regulada tanto en el ámbito europeo, como nacional y autonómico. La ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del transporte terrestre (LOTT) declara servicio público de titularidad de la Administración el transporte público regular permanente de viajeros de uso general que son los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizada por cualquiera interesado.

La Subdirección de Investigación realiza en la Propuesta de Resolución una exposición al por menor del marco normativo de este sector que se incluye a continuación.

El sector del transporte de viajeros por carretera, como se describe en la Resolución de la CNMC, de 9 de marzo de 2017, en el Expte. S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, **es una actividad de interés público:**

“(…) Se trata de una actividad de interés público y ,de, dadas sus características, regulada con el fin de garantizar el servicio y las condiciones de seguridad. Así, el Reglamento 1998/11/CE, de 11 de diciembre , que modifica el Reglamento (CEE) 684/92, establece normas comunes para los transportes internacionales de viajeros con autocares y autobuses, y el artículo 2 del Reglamento 2007/1370/CE, de 23 de octubre , de Servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que se aplica a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros medios ferroviarios y por carretera (exceptuándose los destinados la explotación turística o de interés histórico), define el transporte público de viajeros cómo:

“servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua”.

Y según el artículo 3:

“cuando una autoridad competente decida conceder al operador de su elección un derecho exclusivo o una compensación o ambas cosas, cualquier que sea su naturaleza, en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público, deberá hacerlo en el marco de un contrato de servicio público”.

En España, el transporte terrestre se regula por la Ley 16/1987, de 30 de julio , de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), modificada, entre otras, por la Ley 9/2013, de 4 de julio , y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT), completado, también entre otras disposiciones, por la Orden FOM/1230/2013, de 31 de mayo , por la que se



establecen normas de control en relación con los transportes públicos de viajeros por carretera.

De acuerdo con este marco normativo general, los transportes terrestres por carretera se clasifican, por razón de su objeto, en transporte de viajeros y sus equipajes en vehículos acondicionados a tal fin, y de mercancías; y según su naturaleza, en públicos y privados: son transportes públicos aquellos que llevan a cabo por cuenta ajena a cambio de una retribución económica, y son transportes privados aquellos que llevan a cabo por cuenta propia para satisfacer necesidades particulares, o como complemento a otra actividad realizada por una empresa o establecimiento del mismo sujeto.

Por razones de interés público y seguridad viaria, la prestación del transporte público de viajeros por carretera está sujeto a autorización administrativa, estableciendo el artículo 22 de la LOTT que es necesario obtener previamente una licencia o autorización de transporte público que habilite para la realización de esta clase de transporte.

Respeto del transporte público de viajeros por carretera, de acuerdo con el artículo 64 de la LOTT, se distingue entre:

- a) el transporte regular, que se efectúa dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a calendarios y horarios prefixados (líneas regulares de autobuses), y*
- b) el transporte discrecional, que se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido.*

Según el artículo 67 de la LOTT, teniendo en cuenta su utilización, el transporte público regular de viajeros puede ser:

- de uso general, dirigido a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquiera interesado (líneas regulares de autobús sujetas, por lo general, la concesión pública). El artículo 71 de la LOTT establece que los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración Pública. Como regla general, la prestación de los mencionados servicios de uso general llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión de servicio público. En todo caso, el adjudicatario deberá ser titular de la autorización de transporte público de viajeros, regulada en el artículo 42 de la LOTT.*
- de uso especial, destinado a servir a un grupo específico de usuarios, como escolares, trabajadores, militares o grupos homogéneos similares y de acuerdo con el dispuesto en el artículo 89 de la LOTT, únicamente podrán prestarse cuando se cuente además con una autorización especial que habilite para eso, otorgada por la Administración.*

Dito autorización especial solo podrá ser otorgada a una persona, física o jurídica, que previamente sea titular de la de transporte público de viajeros regulada en el artículo 42 de la LOTT. Las autorizaciones para la realización de transporte regular de uso especial se otorgan por el plazo a que se refiera el contrato con los



usuarios, sin perjuicio de que la Administración pueda exigir su visado con una determinada periodicidad a fin de constatar el mantenimiento de las condiciones que justificaron su otorgamiento (art. 89.1 LOTT).

De acuerdo con el artículo 148.1.5ª de la Constitución Española (CE) y la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable, la competencia en materia de transporte terrestre fue traspasada a las CC.AA”.

En el marco de la citada normativa europea y nacional en materia de transportes terrestres y al objeto de adaptar la normativa autonómica en la materia al ritmo de transformación social y territorial acaecido en las últimas décadas, la Comunidad Autónoma de Galicia aprobó la Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia y, en aplicación de la misma, se aprobó el Plan de modernización de las concesiones administrativas prestadoras de estos servicios, estableciéndose disposiciones para garantizar la prestación de los servicios de transporte público. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de marzo de 2016, anuló la ampliación de los plazos de vigencia de aquellas concesiones previsto en aquella ley, por lo que se debieron programar los trabajos de planificación de un nuevo sistema de transporte público para su licitación con arreglo al previsto en la normativa de la Unión Europea.

Para dar cumplimiento a esa sentencia se aprobó la Ley 10/2016, de 19 de julio, de medidas urgentes para la actualización del sistema de transporte público de Galicia que fijó como objetivo establecer las medidas necesarias y urgentes para que se actualizara el sistema de transporte público de Galicia en condiciones de seguridad, calidad y eficacia social, así como los mecanismos transitorios necesarios hasta alcanzar la dicha actualización.

Esta actualización se llevó a cabo mediante la aprobación de un “Plan de Transporte Público de Galicia”, para garantizar que

“la adjudicación de los contratos de servicio público que finalizaran, así como de los nuevos contratos de servicio público que se establezcan en el Plan, se producirá dentro del período transitorio que se fixo en el Reglamento (CE) núm. 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y conforme al dispuesto en el mismo”.

Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley 10/2016 establece que:

“Los servicios públicos de transporte regular de uso general a los que hacía referencia el artículo 1 de la Ley 5/2009 continuarán siendo explotados por sus prestadores actuales hasta la actualización e implantación de los servicios establecidos en el Plan de Transporte Público de Galicia, de acuerdo con los plazos indicados en el artículo anterior”.

Por lo tanto, el desarrollo del *Plan de Transporte Público de Galicia* exigía adoptar medidas transitorias que permitieran garantizar la continuidad en la explotación de las concesiones hasta la implantación del mismo. A tal objeto, la Ley 16/2010 estableció como medida transitoria la obligatoriedad para el prestador del servicio, de continuar con la explotación de la concesión, lo que se produciría sin necesidad de requerimiento previo por parte de la Administración. Esta medida se estableció como obligatoria para el



prestador si, en el plazo de 15 días naturales a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor de la ley, no comunicaba formalmente a la Dirección General competente en materia de transportes su renuncia expresa a la dicha continuidad. Si el prestador del servicio renunciaba a continuar con la explotación en el citado plazo de los 15 días, mantendría, en cualquiera caso, la continuidad en la prestación de los servicios como *obligación de servicio público* en los términos establecidos en el artículo 97.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres, durante el plazo máximo de 12 meses, a contar desde la data de la renuncia, plazo en el que la Dirección General con competencias en materia de transportes procedería a la adjudicación directa del servicio de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 1370/2007.

El citado plazo de los 15 días que concedía la Ley 16/2010 para ejercitar la renuncia a la continuidad de la explotación de las concesiones finalizó el 8 de agosto de 2016 y se produjo una renuncia masiva por parte de los concesionarios, en concreto a 69 concesiones, que afectaban a toda la provincia de Ourense y Lugo y la gran parte de la provincia de Pontevedra.

En aplicación del artículo 3 de la ley 10/2016, las consecuencias de las renunciaciones masivas fueron las siguientes:

- La obligación del prestador que renuncia a mantener la continuidad en la prestación de los servicios como obligación de servicio público, en los términos establecidos en el artículo 97.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres, durante el plazo máximo de 12 meses, a contar desde la data de la renuncia.
- La obligación ineludible de la Administración de proceder, en este plazo máximo de 12 meses, a través de la Dirección General con competencias en la materia de transportes (la Dirección General de Movilidad) a la adjudicación directa del servicio de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 (art. 5.5).

En la situación descrita, la Consellería de Infraestructuras y Vivienda licitó 41 nuevos contratos de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general en aplicación de la primera fase del Plan de Transporte Público de Galicia (PTPG).

El 10 de julio de 2017, la Dirección General de Movilidad, de la Xunta de Galicia, aprobó los 41 proyectos de explotación de los servicios de transporte público regular de uso general, entre ellos el denominado XG-533, que es en el que se suscita la presente controversia y la posible existencia de una práctica prohibida por la LDC.

El 14 de julio de 2017 se aprobó el Pliego de Condiciones del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera.

Tanto el Proyecto de Explotación como el Pliego de Condiciones hacen referencia a las obligaciones de subrogación que establecen los artículos 19 y 21 del Acuerdo Marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de 9 plazas, incluido el conductor, publicado mediante Resolución 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, del Departamento: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE nº 49, de 26 de febrero de 2015).



4.2.- Mercado relevante

Como señala la Comisión Europea en la Comunicación 97/C 372/03 la definición de mercado permite determinar el marco de la competencia entre las empresas, siendo su principal objetivo el de establecer de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La noción de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe identificar a aquellos rivales que pueden limitar el comportamiento de aquellas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión competitiva.

Para determinar la forma en la que se aplican los conceptos, la referida Comunicación dice en el apartado 9, que "el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico".

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos (bienes y servicios) que los consumidores consideren intercambiables o sustituíbles en razón de sus características o su precio lo él uso que se quiera hacer de ellas. Que la empresa tenga la capacidad para imponer sus condiciones en el mercadp, distorsionando la competencia y perjudicando a los consumidores va a depender de las alternativas reales o potenciales que existen en ese mercado a sus productos, es decir dependerá de la sustituibilidad del producto o servicio.

El mercado geográfico comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia son suficientemente homogéneas y diferenciadas de las zonas geográficas mais próximas.

Es cierto que cuando esta misma Comunicación 97/C 372/03 habla de las empresas afectadas en la delimitación del mercado relevante o de referencia, se ciñe a los casos de concentración de empresas, las investigadas en practicas colusorias o los supuestos de abuso de posición dominante. Es evidente que no se puede hablar de los supuestos de falseamento de la libre competencia por actos desleales porque no aparecen regulados en la normativa europea de competencia¹, pero de acuerdo con las afirmaciones que hace la Subdirección de Investigación, así como la delimitación del mercado relevante y esencial en los supuestos de abuso de posición dominante del artículo 2 de la LDC, es importante, aunque no esencial, en los supuestos de aplicación de las conductas colusorias del artículo 1 LDC, en cambio no suele ser objeto de cuestión en los supuestos de aplicación en los que lo que se examina es la infracción del artículo 3 LDC ("falseamento de la libre competencia por actos desleales"). Por eso, no tiene por que ser tan exhaustiva la delimitación de estos mercados en la medida en que esa delimitación afecta mucho menos que en los supuestos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC.

En este sentido, las Resoluciones de la Autoridad española de la Competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de la Competencia y CNMC) no

¹ Pero debemos recordar que el Derecho Comunitario (Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002) no se opone a que los Derechos nacionales contemplan prohibiciones mas estritlas.





muestran una especial consideración por la determinación del mercado relevante en la aplicación del art. 3 de LDC. Así, o bien no hacen un estudio del mercado (Resolución del TDC de 7 de abril de 2003, Expte. 532/02 Eléctrica Eriste), o bien hacen una relación muy sucinta del mercado relevante (Resolución del TDC de 18 de diciembre de 1992 Expte. 314/92; Resolución del TDC de 9 de marzo de 2001, Expte. 485/00 Agentes Propiedad Murcia), o bien cuando lo hacen de forma extensa es porque el análisis es del mercado del producto pero no del geográfico (Resolución de la CNC de 17 de septiembre de 2013 Expte S/410/12 Ascensores-2; Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011, Expte. 0184/09 Gas Natural); y cuando hacen un estudio del mercado relevante lo hacen porque en la Resolución se analizaba la existencia de acuerdos prohibidos, nos cuáles sí tiene el mercado geográfico relevancia (Resolución del TDC de 8 de julio de 1992, Expte. 294/91 Aceites). Incluso en la Resolución de la CNMC de 9 de enero de 2019, Expte. S/0184/09 Gas Natural, el análisis del mercado relevante se produce para la determinación de la infracción del art.2 de la LDC (abuso de posición dominante) y no existe dicho análisis, por el contrario, en la fundamentación jurídica relativa la infracción del art. 3 de la LDC (competencia desleal).

Por lo tanto, la determinación del mercado relevante, sobre todo el geográfico, será tenido en cuenta de forma muy limitada en los supuestos de aplicación del art. 3 de la LDC. Y lo será mas que para determinar su tipicidad como infracción para cuantificar las posibles sanciones por la comisión del ilícito anticompetitivo.

Es más, sectores de la doctrina señalan las dificultades que existen, en muchos casos, para la definición de lo que es el mercado relevante, y que existen diferencias entre las autoridades de la competencia y las empresas objeto de investigación, en la determinación del mismo, ya que estas suelen mantener que el mercado relevante es más amplio del que consideran las autoridades de la competencia. Incluso, en algunos casos, Tribunales de otros países llegan a prescindir del análisis de la definición del poder del mercado y se centran en sus resoluciones en el análisis de la evidencia del daño a la competencia².

Con todos estos precedentes y consideraciones, en el supuesto de esta Resolución debemos de hacer la distinción entre el mercado relevante de producto y el mercado relevante geográfico.

4.2.1.- Mercado relevante de producto.

Como indica la Subdirección de Investigación, atendiendo a la clasificación establecida por la normativa vigente en esta materia, la práctica investigada afecta al mercado del transporte de viajeros por carretera, en concreto: la prestación del servicio de transporte público regular, de uso general y, de modo singular a los servicios licitados en el contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos".

² Sentencia *Image Technical Services Inc v. Eastman Kodak* Con el US Court of Appeals (9th circuit) 504, U.S. 451 (1992) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/casi.pdf>





Los transportes regulares de personas de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración., y pueden ser utilizados, sin discriminación por cualquier persona que lo desee de acuerdo con la normativa de aplicación en esta materia.

Es preciso recordar que se trata de un sector sometido a una intensa regulación tanto europea, como nacional y autonómica, exigiéndose para su prestación como título habilitante, ya que cómo vimos tienen el carácter de servicios públicos, la correspondiente concesión administrativa, obtenida a través del correspondiente procedimiento de licitación pública. En consecuencia, el mercado de producto en el presente expediente es el del transporte regular de viajeros de uso general por carretera en la línea objeto de la licitación en la que se detecta una práctica denunciada.

4.2.2.- Mercado geográfico

Debe destacarse que en el mercado del transporte regular de viajeros de uso general por carretera en los últimos años se observa una tendencia al crecimiento de los grandes operadores mediante la adquisición de concesiones o mediante la compra de empresas rivales que conllevan la adquisición de las líneas explotadas por esas empresas en régimen de concesión.

En la determinación del mercado geográfico entendió inicialmente la Subdirección de Investigación que era el delimitado por el ámbito territorial de la concesión en la que surgiría la práctica anticompetitiva que es el ámbito de la antigua concesión V-7069 que se dividió en tres partes y junto con otros servicios procedentes de otros contratos también extinguidos, se transformó en un nuevo proyectos de explotación denominados XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos”.

El ámbito territorial de los servicios de la contrato XG-533 abarca 12 municipios y 97 entidades que aglutinan una población de 64.602 habitantes con una densidad de 56 habitantes por km². Como indica la memoria del Proyecto de Explotación el territorio en el que se desarrollan estos servicios está caracterizado, como la mayoría de Galicia, por contar con un número elevado de núcleos de población que dificultan la implantación de un sistema de transporte eficiente. El servicio se procuró dotar de condiciones adecuadas de regularidad, frecuencias y horarios de relación con las localidades donde se sitúan los centros de atención de los viajes por parte de los usuarios: servicios sanitarios (como el Hospital de la Costa en Burela, hospital de referencia del arena norte de la provincia de Lugo que incluye a lo 91% de los municipios incluidos en el contrato de gestión de servicio público de transporte regular XG-533 o El centro de Salud de San Cibrán), centros educativos (Centro de Educación Infantil y Primaria Juan Rey, Ceip Santa Rita, Ceip San Miguel de Reinante, Ceip El Cantel, Ceip Celso Currás, Instituto Educación Secundaria Ribadeo) lugares de ocio y administrativos (Registro de la Propiedad, Casa de la Cultura Foz) con el objetivo de dar un servicio público eficiente en un entorno con una gran numero de entidades de población.

El ámbito territorial del contrato XG-533 se caracteriza por una movilidad diaria motorizada en desplazamientos de más de un kilómetro de 77.142, divididos en 31.734





desplazamientos de carácter intermunicipal y de 45.408 desplazamientos de carácter municipal.

En este contrato se introducía como novedad en Galicia una integración de servicios de transporte regular de viajeros de uso general por carretera con el transporte escolar mediante el sistema de reserva de plazas en los autobuses a favor de los escolares. De esta manera se conseguía incrementar lo número de expediciones a favor de los usuarios del transporte público, ya que podían utilizar el autobús en los tránsitos escolares sin perjudicar a los alumnos que lo utilizaban para ir al centro escolar. Este sistema era una importante novedad en este territorio que mejora los sistemas de transporte público regular de uso general por carretera al integrar en los contratos solo servicios muy rentables (como son el transporte escolar) con otros que en algunos casos podrían no ser tan rentables.

Dicha concesión se licita por la Comunidad Autónoma de Galicia al tratarse de una línea que transcurre totalmente dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En fecha 13 de diciembre de 2018 la representación de la empresa denunciada aporta de parte un informe técnico (*"Determinación del Mercado relevante en el expediente S-4/2018 Arriva Noroeste en la actualidad Arriva Galicia S.L"*) emitido por Amadeo Petitbòt Juan y Joaquín Artés Caselles, en el que se cuestiona la delimitación del mercado relevante geográfico realizada por la Subdirección de Investigación en el Pliego de Concreción de Hechos, y se considera que el mercado sería, por lo menos, el de la Comunidad Autónoma de Galicia si no es de ámbito nacional.

Examinando dicho informe se puede ver que los expedientes de las Autoridades de la competencia española citados en el mismo, confirman que la importancia de la determinación del mercado relevante, en especial el geográfico, es más propio de actuaciones relacionadas con la aplicación de otras disposiciones de la LDC y no con la aplicación del artículo 3. En este sentido, los expedientes citados en el informe en materia de transporte de viajeros o son de concentraciones de empresas del artículo 7 y siguientes de la actual LDC (Expediente de concentración económica C 45/99 Alianza Bus/Enatcar; Expte del Servicio de Defensa de la Competencia N-05091 concentración económica NEG/GTI/Turyexpres/Dabliu; Expte. de Concentración económica C106/07 National Express/Continental Auto/Movelvia; Expte de Concentración económica C56/00 SALCAI/Utinsa) o de acuerdos colusorios del art. 1 de la LDC (Resolución de la CNMC de 9 de marzo de 2017 Expte. S/DC/0512/14 Transporte balear de pasajeros).

Por eso como ya indicamos, la delimitación del mercado relevante es esencial en los supuestos de aplicación del artículo 2 LDC, abuso de posición dominante; es importante, aunque no esencial, en los supuestos de aplicación del artículo 1 LDC, conductas colusorias; y no suene ser objeto de cuestión en los supuestos de aplicación en los que como en el presente caso, se enjuicia la conducta a la luz del artículo 3 LDC, falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

No obstante y aunque no sea esencial, la delimitación del mercado relevante en los supuestos de aplicación del artículo 3 LDC, sí puede tener influencia en la determinación de la sanción que pueda proceder en su caso. En este sentido a Resolución del TDC de 7



de abril de 2003, Expte. 532/02 Eléctrica Eriste señaló que la reducida dimensión del comprado afectado llevaba a moderar la sanción.

La Subdirección de Investigación modificó en su Propuesta de Resolución su inicial consideración en el PCF del ámbito del mercado geográfico afectado, abandonando su visión inicial, mucho más reducida del mismo para definir el mercado geográfico afectado por la práctica objeto del presente expediente tal y como propone el ya citado informe, “Determinación del mercado relevante en el expediente S 4/2018 Arriva Noroeste en la actualidad Arriva Galicia S.L”, pasando a considerar la Subdirección de Investigación que era razonable, por lo tanto podía asumirse como se argumentaba en el informe aportado por la denunciada, que sus potenciales efectos distorsionadores se extenderían a la totalidad de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El referido informe considera que el criterio fundamental de determinación del mercado relevante geográfico en los mercados de licitaciones públicas es de la sustituibilidad de la oferta, ya que señala, y en eso estamos de acuerdo, que la competencia se produce “por el mercado” y no “en el mercado”. De ahí, que **el momento de la licitación sea el momento mas importante en la aplicación de la normativa de la competencia** y en el momento en el que se debe exigir una actuación totalmente correcta y conforme la buena fe de los intervinientes en la licitación.

Si consideramos, como hace el referido Informe, que el mercado geográfico relevante en las licitaciones públicas es el de todas las empresas alternativas que podrían ganar la licitación significaría que, como las empresas que pueden concurrir son además de las provinciales, las autonómicas y las nacionales también las de otros países, el ámbito geográfico sería por lo menos nacional o europeo o mismo mundial. En la práctica, sin embargo, los grandes grupos, como en el presente caso ARRIVA, suelen participar en estos concursos convocados por autoridades autonómicas a través de filiales que, como ocurre en el presente caso, que tienen un ámbito de actuación regional. Se debe destacar que la presencia de la multinacional ARRIVA en Galicia se produjo mediante la compra de pequeñas empresas titulares de concesiones en el mercado gallego, que finalmente desembocaron en la empresa Arriba Galicia, S.L.

Si eso fuese así, la autoridad de competencia que examinaría el asunto no debería de ser la CGC sino debería ser la CNMC. Pero, como ya comentamos, en cumplimiento del trámite de asignación previsto en la 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 (“Ley 1/2002”), el 13 de marzo de 2018 el caso, con la conformidad de ambas partes, fue asignado a la Comisión Gallega de la Competencia. Y lo fue por considerarse, por la CNMC, que en la práctica denunciada sus posibles efectos se circunscribirían, caso de acreditarse la existencia de conducta prohibida, exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, tal como defendía la CGC.

Los expedientes de la Autoridad Española de la Competencia en materia de transporte de viajeros citados en el referido Informe aportado por la denunciada y que señalan que el ámbito geográfico es el nacional³, lo hacen porque están refiriéndose a concesiones de

³ Expediente de concentración económica C 45/99 Alianza Bus/Enatcar; Expte del Servicio de Defensa de la Competencia N-05091 concentración económica NEG/GTI/Turyexpres/Dabliu; Expte. de Concentración económica C106/07 National Express/Continental Auto/Movelvia; Expte de Concentración económica C56/00 SALCAI/Utinsa





transporte regular de viajeros de uso general por carretera de ámbito nacional, por lo que su ámbito geográfico debe de ser nacional y no puede ser otro.

Frente a estas concesiones de ámbito nacional, la CGC en el caso de aplicación del art. 3 de la LDC a una licitación pública del Ayuntamiento de Lugo, consideró que el ámbito geográfico “correspondiera con el mercado local, el ayuntamiento de Lugo, lo que se circunscribe los efectos de la conducta examinada” (Resolución R/2016 de 6 de junio de 2016, licitación pública seguridad Ayuntamiento Lugo). También la CNMC en la Resolución de 20 de junio de 2019, Expte. SAMUR/02/18 Transporte Escolar de Murcia (comunidad autónoma uniprovincial) indica que:

“el mercado geográfico afectado por las conductas objeto de investigación comprende el conjunto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dado que coincide con el ámbito de la licitación pública del servicio de transporte escolar para la que es competente la citada Consellería de Educación”

Por lo que en un supuesto de licitación de un transporte de una CCAA uniprovincial, la CNMC hace coincidir el mercado geográfico con el ámbito de la licitación pública de ese servicio de transporte, en cuyo caso lo de la Comunidad Autónoma.

En el presente caso el ámbito de la licitación de este servicio de transporte (contrato de gestión de servicio público de transporte regular XG-533) no es de toda la provincia de Lugo, es solo de una parte de la misma pero no obstante, y teniendo en cuenta que la delimitación del mercado geográfico relevante no es esencial en los supuestos de aplicación del artículo 3 LDC pero que sí puede tener influencia en la determinación de la sanción a imponer en el caso de acreditarse la infracción, se considera como tal, por todo lo anterior que expusimos que, como señalaba la Subdirección de Investigación, que mercado geográfico es el ámbito de la Comunidad Autónoma.

5.- CUESTIONES PREVIAS

5.1.- Alegación de abuso de posición dominante.

En sus alegaciones la UTE Autos Morán – Autocares Rodríguez Domínguez consideran que Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) llevó una actuación mediante un abuso de posición dominante.

A este respecto debe señalarse que existe en nuestro derecho una consolidada jurisprudencia sobre los requisitos del tipo recogido en el artículo 2 LDC (equivalente al artículo 102 TFUE) que de manera resumida se recogen en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015 que en su Fundamento Jurídico Quinto expone:

“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-LaRoche/Comisión; STJUE 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.”*

Ninguno de estos requisitos existen en el caso que se examina por lo que el alegato debe ser rechazado.

5.2.- Conductores subrogables

Una cuestión importante y mismo esencial en la construcción del expediente es el tema de los conductores subrogables y su numero.

5.2.1.- Requisitos para la subrogabilidad.

De acuerdo con lo previsto en el Reglamento Comunitario (CE) 1370/2007, de 23 de octubre, que regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, el contratista entrante asume las obligaciones previstas en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, por lo que queda obligado a ofrecer al personal que había estado adscrito la prestación del servicio a la subrogación de sus derechos laborales.

Asimismo, tanto el proyecto de explotación del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos” (Anexo IX punto 2), como el Pliego de Condiciones, hacen referencia a las obligaciones de subrogación que establecen los artículos 19 y 21 del Acuerdo Marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de 9 plazas, incluido el conductor, publicado mediante Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, del Departamento: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE nº 49, de 26 de febrero de 2015). En este acuerdo, la subrogación debe de producirse respecto del conductor adscrito al servicio, entiendo por tal a los que realicen su trabajo de forma habitual en las rutas de servicio regular afectado por el cambio de titular, no perdiendo esta consideración aquel trabajador que puntualmente preste servicios de transporte diferentes de la de aquel a lo que esta adscrito, siempre que en términos de jornada



anual, **estos servicios no superen el 20% de la jornada máxima ordinaria** prevista en el convenio colectivo de aplicación.

Existía, por lo tanto, el deber de subrogar, pero el problema era determinar que concretos trabajadores reunían los requisitos necesarios para tener que ser asumidos (subrogados) por la empresa que había ganado la licitación. Por este motivo se trataba de un dato esencial, solo conocido por la concesionaria que hasta ese momento había explotado el servicio, e imprescindible no solo para que el órgano de contratación había podido establecer adecuadamente las condiciones de licitación, sino para que los licitadores que habían concurrido a la misma lo pudieran hacer en condiciones de verdadera competencia, dada la asimetría de información existente entre lo que tenía la concesión, que se presentaba para explotarla de nuevo, y los licitadores que concurrirían también a misma.

5.2.2.- Obligación de informar al órgano de contratación

Para conocer a los que debían de tener la condición de subrogables en esta nueva línea, la Xunta de Galicia, a través de la Dirección General de Movilidad, requirió a que Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) por escrito de fecha 5 de marzo de 2017, la relación de los trabajadores que eran destinados a prestar sus servicios en el contrato de gestión del servicio público de transporte regular interurbano de viajeros por carretera de uso general V-7069. En ese momento debería de entregar Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) los datos reales de esos trabajadores, para que, tanto la Administración como las posibles empresas que se habían podido presentarse la licitación pudieran conocer su número y su dedicación.

Como señala el apartado 1.9.1.4 del Pliego de condiciones del contrato de gestión de servicio público de transporte regular XG-533 “la información que se pondrá a disposición de los interesados para facilitarles el cumplimiento de sus deberes legales, convencionales y contractuales será la facilitada por los actuales prestadores de los servicios, sin que la Administración asuma responsabilidad ninguna sobre su exactitud o corrección, ni sobre las consecuencias derivadas de eventuales inexactitudes o discrepancias con la situación real del personal afectado, que deberá prevalecer en todo caso de acuerdo con la normativa laboral” (Folio 251).

El artículo 120 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), que era la legislación vigente en esa fecha, imponía al que fuese el adjudicatario de un contrato público, la obligación de facilitar al órgano de contratación información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación obligatoria. En este sentido, el artículo 120 disponía que :

“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la





empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.

Por lo tanto, Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) debería de facilitar la Xunta de Galicia la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afectaría la subrogación con datos reales de esos trabajadores su número y su adscripción al servicio indicando el tanto por cien de la jornada máxima común prevista en el convenio colectivo de aplicación que dedica el servicio, lo que permitiría la determinación de los costes laborales. Existe una especial responsabilidad del titular de la concesión de colaborar con la Administración, no solo durante la vigencia de la misma sino también en el momento en que la concesión sale a renovación.

5.2.3.- Actuación de Arriva Noroeste SL (en la actualidad Arriva Galicia S.L.)

A pesar de este deber legal en la empresa que entonces era la concesionaria del servicio, Arriva Noroeste S.L (en la actualidad ARRIVA GALICIA S.L), lo que se observa es una actitud por la denunciada de no facilitar, de forma precisa y real, esos datos e información para que las demás empresas pudieran competir en situación de igualdad en el concurso que, por primera vez, se estaba convocando por la Xunta de Galicia.

Son varios los hechos que confirman esto.

1º.- Cuando la Xunta de Galicia requiere, de acuerdo con el artículo 120 del TRLCSP, esa información sobre los trabajadores, Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) solicita una ampliación de plazo por estar en negociaciones con los representantes sindicales ya que el personal afectado estaba adscrito simultáneamente a otras concesiones titularidad de la misma empresa. Del escrito se deduce que existían trabajadores que simultáneamente estaban adscritos a otros servicios y que la determinación de los que podrían ser subrogables o no, sería fruto de negociaciones. La dedicación simultánea al servicio del contrato V-7069 y otros servicios de los que era titular a empresa Arriva Noroeste (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y también declarado por el trabajador XXX en la Papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, arbitraje y Conciliación (SMAC) de Lugo de fecha 8 de agosto de 2017, y por los trabajadores que XXX, XXX y XXX que indican que prestaban sus servicios en otras líneas distintos de la V-7069 y en otros servicios. Esa dedicación debería ser reflejada en la información facilitada por Arriva Noroeste SL (en la actualidad Arriva Galicia SL) a la Xunta de Galicia como licitador.

2º.- En los diferentes documentos certificados y remitidos a la Administración autonómica, por la empresa Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) como son los de 28 de abril de 2017 y lo de 29 de agosto de 2017 existen diferencias en los datos de trabajadores subrogables. El de fecha 28 de abril había sido enviado por la empresa Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) a la Xunta de Galicia, tras el requerimiento de la Dirección General de Movilidad antes de la licitación del contrato, en aplicación del art. 120 del TRLCSP. El segundo, el de 29 de agosto, es un certificado emitido por la empresa a requerimiento también de la Dirección General de Movilidad tras



el acuerdo de la Comisión de Seguimiento del proceso de integración de las distintas modalidades del transporte público competencia de la Xunta de Galicia en el marco del procedimiento para la implantación de la primera fase del Plan de Transporte Público por Carretera, prevista en el punto 1.9.4 del pliego de condiciones, en el que se solicitaba la emisión por Arriva Noroeste S.L. de un certificado en el que se expresase de forma clara los trabajadores adscritos la concesión V-7069 y que cumplieran los requisitos del artículo 19 del Acuerdo Marco.

Pues bien, en el primero documento, el de 28 de abril de 2017, "*Listado de empleados actuales que prestan sus servicios en el contrato V-7069, XG-433*" (Folio nº 187) el número de trabajadores subrogables, y decir, los que cumplieran los requisitos del artículo 19 del ya citado Acuerdo Marco estatal, comunicados por la empresa denunciada era de 40 (**cuarenta**), ya que de la relación enviada por Arriva Noroeste S.L., existen 10 conductores cuyo porcentaje de dedicación al contrato es inferior al 20% (desde lo 16,86% hasta el 15,53%), por lo tanto, no subrogables. Se puede ver esto en el "listado de empleados actual que prestan sus servicios en el contrato V-7069" en la segunda columna vertical a contar desde la derecha.

En cambio, en el certificado emitido por Arriva Noroeste S.L. el día 29 de agosto de 2017, esa misma relación es de 50 (**cincuenta**) trabajadores, y decir 10 mas. (Folios 191 y 192).

3º.- Ante la incoación del expediente de resolución del contrato por el incumplimiento por la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez S.L. de los deberes de adscripción y subrogación de personal exigidas en el pliego de condiciones del contrato de gestión de servicio público de transporte regular XG-533, solicitada por ARRIVA la UTE Autos Morán – Autocares Rodríguez Domínguez SL alegó falsedad en los datos facilitados por Arriva Noroeste S.L., y la Dirección General de movilidad solicitó varios informes.

La empresa denunciada, Arriva Noroeste S.L., había indicado en el certificado emitido el 29 de agosto de 2017 "*Que en virtud de lo anterior y de conformidad con lo recogido en el punto 1.9.1.4 de él Pliego de Condiciones del Contrato de Gestión del Servicio Público de Transporte Regular de Viajeros de Uso General por Carretera XG-533 "A Mariña - Lugo – Viveiro, con anexos, los trabajadores que deben ser objeto de subrogación son los siguientes:"* E indica una lista de 13 trabajadores: 12 conductores y 1 persona de administración (Folio 193)

Pero ese número de trabajadores subrogables declarado por Arriva Noroeste S.L. y contradictoria con informes emitidos la solicitud de la Administración Pública con competencias en la materia de transporte y por lo tanto en esas concesiones como es la Xunta de Galicia. Y contradictorio con el informe emitido por la Agencia Gallega de Modernización Tecnológica (AMTEGA) que analiza los datos de la aplicación SITME (Sistema de Información del Transporte Metropolitano de Galicia); y contradictorio con el informe realizado el 15 de noviembre de 2017 por la empresa de consultoría Applus, bajo encargo de la Dirección General de movilidad, que tomó como base las hojas de ruta y los tacógrafos de todos los trabajadores-conductores incluidos en el listado remitido por Arriva Galicia SL, y realizó un cálculo de las hora de conducción teórica asignadas a la



concesión V-7069 frente a las horas totales de conducción obtenidas del análisis de los registros de tacógrafos digitales y analógicos; y, por último, los datos facilitados por Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) son contradictorios con el informe de la Subdirección de Inspección del Transporte de la Dirección General de Movilidad de la Xunta de Galicia que llevó a cabo un análisis más detallada de las hojas de ruta, colectas y tacógrafos, centrada primero en los 12 conductores respecto de los que Arriva Galicia SLU había indicado que procedía el deber de subrogación y de forma aleatoria con otros 6 conductores del listado completo suministrado por Arriva Galicia SL.

De todos estos informes, y también del extenso y completo Informe de la Inspección de Transportes de la Dirección General de Movilidad de la Xunta de Galicia (Folios 522 a 536), **se deducen muy importantes discrepancias con el número de trabajadores que la empresa Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) declara que complen las condiciones para ser subrogables.** De los 12 conductores que la empresa Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) certifica que son subrogables, el Informe elaborado por la Inspección de Transportes de la Dirección General de Movilidad indica que de esos 12 tan solo 3 deben de ser objeto de subrogación (los trabajadores XXX ; XXX y XXX) ya que le dedicaban mas del 80% de su jornada de trabajo el contrato V-709.

En conclusión, la empresa denunciada Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) trató de multiplicar el numero de conductores que debería subrogar la nueva empresa adjudicataria UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL presentando cómo tales a quién no cumplía con los requisitos necesarios para ello. Los extensos y completos informes de la Administración Publica, con competencias en esta materia, demuestran que el numero de trabajadores que cumplían los requisitos del Acuerdo Marco eran de tres (3).

5.2.4.- Resoluciones judiciales y Dictamen del Consello Consultivo de Galicia sobre el numero de conductores subrogables comunicados por Arriva.

Esta misma idea, que Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) trató de multiplicar artificialmente el número de conductores subrogables presentando cómo tales a quién no cumplía esos requisitos, la recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo social) de 14 de febrero de 2019 (STSJ GAL 689/2019) cuando indica en su Fundamento de Derecho Sexto que:

*“(…) La empresa ARRIVA, sin embargo, notificó la subrogación, cuando menos, de trece trabajadores (folios 1117), a la UTE recurrente, pues de conformidad al art. 19 4º del citado Acuerdo Marco **certificó un número mayor de trabajadores adscritos a la concesión (folio 1116), de los que en realidad se ha declarado probado que estaban realmente adscritos (20 trabajadores).** Entre estos trece trabajadores estaba incluido el actor, pero como decimos dentro de un grupo de trece trabajadores, sobrepasando más del doble el porcentaje del 25,8% en cuestión, sin que el hecho de que les comunicara la subrogación a favor de la UTE (folios 1173 a 1183), o de que comunicara a la UTE (folio 1117), un número*



superior a los 5 trabajadores por los que únicamente estaba obligada a subrogar, supone que exista o se consolide esa obligación de subrogar⁴.

Y la Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera) de 25 de septiembre de 2019 (STSJ GAL 4954/2019) indica en su Fundamento de Derecho Tercero que:

*“(...) se comprobó que solamente 3 conductores de los 37 comunicados por Arriva cumplían el requisito de dedicar más del 80% de su actividad al V-7069, debiendo ventilarse las diferencias en orden a la procedencia de subrogación ante la jurisdicción social; **Arriva utilizó estimaciones para calcular el tiempo empleado por los trabajadores, sin correspondencia entre las hojas de ruta en formato papel y los registros Excel**⁵.*

También el Consello Consultivo de Galicia en su Dictamen 118/2018 de 11 de julio reitera la misma idea de que Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad Arriva Galicia SL) no cumplió con su deber de suministrar la información a la Xunta de Galicia. Y así señala que

*“(...) En el presente caso y luego del análisis de los hechos que resultan del estudio de el expediente, resulta adverado que **la anterior empresa adjudicataria A., S.L no cumplió el deber de entregar toda la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en el antiguo contrato V-7069 ante el requerimiento de la Administración autonómica. Por este motivo a Administración no facilitó la información a la empresa entrante, UTE M. SL, Autocares R. S.L., de acuerdo con las previsiones legales y convencionales antes señaladas, es decir la referida en el artículo 120 LCSP y la disposición contenida en el punto 1.9.1.4 del pliego de condición**⁶*

5.2.5.- Conductores que la empresa contratista debe de adscribir a la concesión y conductores subrogables

Otra cuestión, que es preciso aclarar, es la diferencia entre lo que son conductores exigidos para la gestión de la concesión XG-533 y los conductores que tienen la condición de subrogables, por la confusión que la denunciada trata de crear entre ellos en sus alegatos y en todos sus escritos.

El Proyecto de Explotación del servicio público de transporte de viajeros de uso general XG-533, probado por Resolución de la Dirección General de Movilidad del de 10 de julio de 2017 en la su página 40 exige un numero de 17 conductores (Folio 328), pero eso no quiere decir que deban ser 17 los conductores subrogables. Una cosa es el número de conductores necesarios para la explotación de la concesión, que lo determina el proyecto de explotación, y otra son los conductores adscritos al servicio que deben ser objeto de subrogación por parte de la empresa concesionaria entrante.

4 Énfasis añadido.

5 Énfases añadido.

6 Énfasis añadido.





Como señala en su punto 1.9.1.3 el Pliego de condiciones del contrato de gestión de servicio público de transporte regular XG-533, (Folio 250) los servicios de transporte regulados por el mismo se configura como de “nuevo establecimiento” presentando características que no se corresponden con un solo servicio preexistente ya que afecta, total o parcialmente, a otros servicios previamente existentes, que desaparecen y se engloban en el nuevo proyecto XG-533. Por eso, continúa diciendo el Pliego, no se puede identificar en el mismo el concreto personal que, por aplicación de los deberes legales o convencionales de subrogación, debe quedar expresamente adscrito la prestación de los indicados nuevos servicios de entre el personal que venga prestando los servicios anteriores que resulten afectados.

Solo tienen que ser subrogables los que cumplan los requisitos que establecen los artículos 19 y 21 del Acuerdo Marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de 9 plazas, incluido el conductor, publicado mediante Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, del Departamento: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE/ nº 49, de 26 de febrero de 2015). Es decir, solo son subrogables aquellos trabajadores que realicen su trabajo de forma habitual en las rutas de servicio regular y no pierde esta consideración el conductor que puntualmente preste servicios de transporte diferentes de la de aquel al que se encuentre adscrito, siempre que en términos de jornada anual, estos servicios no superen el 20% de la jornada máxima común prevista en el convenio colectivo de aplicación.

Por eso, con independencia de los 17 conductores necesarios para la explotación de la línea XG-533 (o cualquier otra línea) o número de subrogables (que lo será el conductor adscrito al servicio, entiendo por tal a los que realicen su trabajo de forma habitual en las rutas de servicio regular afectado por el cambio de titular) podría ser de 2, 3, 7 o 11 dependiendo de su adscripción a los servicios afectados y su dedicación efectiva a ellos.

Por último en esta tema, es también preciso aclarar otra de las alegaciones relatadas por la empresa denunciada al afirmar que “La Dirección de Movilidad llega a su propia contradicción cuando al convocar nuevo concurso para la concesión identificada como XG-633, que se corresponde con la actual XG-533, exige que el servicio se preste por lo menos con 17 conductores y 15 acompañantes (...)”. Esta afirmación es de todo inexacta. En primer lugar porque, como ya vimos, en el concurso XG-533 eran también 17 los conductores necesarios los mismos que en el concurso de la concesión XG-633. En segundo lugar porque no se puede confundir los conductores necesarios exigidos en el pliego con los conductores subrogables, que son solo aquellos que cumplan los requisitos del referido Acuerdo Marco.

5. 3.- Propuesta del órgano instrucción

La Subdirección de Investigación una vez finalizada su actuación y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.4 LDC que dispone que

“4.- 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.”

De acuerdo con el eso, en su Propuesta de Resolución la Subdirección de Investigación proponía lo siguiente:

1º.- Que se declarase la existencia de una conducta prohibida por el artículo 3 LDC, constitutiva de infracción, desarrollada por ARRIVA GALICIA, SLU.

2º.- Que la conducta prohibida se tipificase, a los efectos de la determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3 LDC.

3º.- Que se declarara como responsable de la infracción a ARRIVA GALICIA, SLU con CIF: B82387176

4º.- Que se impusiera a ARRIVA GALICIA, SLU (CIF: B82387176) la sanción prevista en el artículo 63.2, letra c) LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de las sanciones previstos en el artículo 64 LDC y los demás aspectos determinantes que se pusieron de manifiesto en la propuesta de resolución. En concreto, proponía la sanción de 545.169€ (18.172.000 x 3 %).

6.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

6.1.- Objeto de la resolución

La presente resolución tiene por objeto determinar si el suministro de información que no era cierta al órgano de contratación, respeto del numero de trabajadores subrogables puede suponer un falseamiento de la competencia por actos desleales sancionado en el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

6.2.- Competencia para resolver

Con fecha 13 de marzo de 2018, se asignó el caso a la Comisión Gallega de la Competencia , en cumplimiento del trámite previsto en la 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 (en adelante, “Ley 1/2002”), al considerarse que en la práctica denunciada concurrían las condiciones previstas en su artículo 1, párrafo tercero, de la Ley 1/2002, para atribuir su conocimiento a la Comisión Gallega de la Competencia, ya que sus posibles efectos se circunscribirían, caso de acreditarse la existencia de conducta prohibida, exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Conforme al artículo 26.2 i) de los estatutos del Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia (Decreto 118/2016, de 4 de agosto , por lo que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos), le corresponde a la Comisión imponer multas sancionadoras y coercitivas y adoptar otras medidas de



ejecución forzosa previstas en la normativa vigente y en los términos previstos de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), artículos 1, 2 y 3.

6.3.- Falseamiento de la competencia por actos desleales

El artículo 3 de la LDC establece la prohibición de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Del tenor literal del precepto se deduce que incurren en dicha prohibición las conductas que cumplen, acumulativamente, los tres requisitos siguientes: a) constituyan un acto de competencia desleal; b) que falsee la libre competencia; y c) afecte al interés público. La doctrina mayoritaria considera que, desde un punto de vista sustantivo, son necesarias la presencia de dos condiciones: a) un acto de competencia desleal que b) afecta al interés público por falsear significativamente la competencia en el mercado. En definitiva, este artículo no tutela otro interés público que la competencia efectiva en los mercados.

En muchas ocasiones se consideraba que para apreciar la concurrencia del ilícito del artículo 3 de la LDC se debería calificar en primer lugar se se trataba de un acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver si afectaba al interés público, de tal manera que no concurriendo el primero ya no se analizaba el segundo. Sin embargo desde hace años tanto las resoluciones de la autoridad de la competencia estatal (Resolución del TDC de 4 de diciembre de 1998 Expte. R 332/98 Porvasal; Resolución de la CNC de 13 de marzo de 2008 Expte. R 718/07 Puertos de Andalucía; Resolución de la CNC de 11 de marzo de 2008 Expte. S/0041/08 Tu billete; Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 Expte. S/0350/11 Asistencia en carretera, entre otras) como sectores de la doctrina científica consideran que debe analizarse en primer lugar si la conducta investigada es apta para afectar al interés público por falsear significativamente la competencia para después analizar sí es un acto de competencia desleal, sistemática que utilizaremos en esta Resolución.

6.3.1.- Afectación al interés público por falsear significativamente la competencia

Como ya señaló la Comisión Nacional de la Competencia en su Resolución de 15 de diciembre de 2011 (Expte. S/0350/11 Asistencia en carretera):

“La aplicación de la Lei de Competencia Desleal corresponde a los Tribunais de Xustiza, y la Autoridad de Competencia sólo está facultada para realizar o reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación interés público”.

Debemos, por tanto, y como ya señalamos antes examinar, en primer lugar, si concurre el requisito de afectación al interés público en la actuación de Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL).





No siempre las conductas desleales que las empresas puedan desarrollar en sus actuaciones llevan consigo la afectación al interés público. Como señala el TDC refiriéndose al antiguo art. 7 de la LDC (actual art. 3 de la Ley 15/2007) ese artículo no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger los intereses de los competidores perjudicados (Resolución del TDC de 31 de marzo de 1997 Expte. R 189/96 Resopal). En este mismo sentido a CGC en su Resolución de 26 de diciembre de 2019 (R 10/2019 Venta de prensa y revistas al margen del distribuidor exclusivo) debe de diferenciarse entre las conductas que afecten a los intereses privados y las que afectan al interés público. En este sentido declaró la referida Resolución que

“De cualquier manera, lo que parece evidente es que nos encontramos, aunque presuntamente, en una conducta potencialmente lesiva para los intereses privados de operadores económicos que traerían causa en un ilícito desleal, pero difícilmente reconducible a la exigencia de afectación del interés público que es el requisito sine qua non de la intervención de las Autoridades de competencia respecto de estas prácticas privadas, cuya ilicitud debería acreditarse adecuadamente. El interés público, determinante de la intervención en esas prácticas del CGC, no puede apreciarse cuando se concurre, como en este supuesto, los intereses privados de los operadores y no existe ningún servicio público afectado ni tampoco concesiones administrativas que otorguen derechos exclusivos a los titulares, ni elementos de contratación pública, ni un mercado que se encuentra en un momento de liberalización, ni afecta a los intereses generales de orden económico, ni, en definitiva, actuación alguna que afecte la institución de la libre competencia”

Del estudio de la propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación y de las pruebas y documentación complementaria solicitada por este Pleno, podemos deducir que la actuación de Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) que motivó la incoación de este expediente afecta, y de forma clara, al interés público por falsear la competencia y por múltiples motivos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que al facilitar Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) al órgano de contratación una información que no se correspondía con la realidad⁷, esta actuación **es susceptible de afectar directamente la capacidad de elección y la toma de decisiones por parte de las empresas que potencialmente puedan presentarse a la licitación, lo que puso en peligro el interés público de la existencia de mercados en condiciones de competencia objetiva**. Esta

⁷ Esta actuación de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) y confirmada tanto por el TSXG como por el Consello Consultivo de la Galicia. Por un lado la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo social) de 14 de febrero de 2019 señala que Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) “(...) *certifico un número maior de traballadores adscritos a la concesión, de los que en realidad se declaró probado que estaban realmente adscritos*”, y por otro el Dictamen 118/2018 del Consello Consultivo de Galicia afirma que “*En el presente caso y luego del análisis de los hechos que resultan del estudio de el expediente, resulta averdado que la anterior empresa adjudicataria A., S.L no cumplió el deber de entregar toda la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en el antiguo contrato V-7069 ante el requerimiento de la Administración autonómica*”





misma idea se recoge en la Resolución 1/2016, de esta CGC de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo.

En efecto, el número de trabajadores sujetos la subrogación constituye un factor determinante del coste de la línea, lo cual su vez condiciona la realización de las ofertas que puedan presentar los licitadores. Con esta actuación lo que trataría la empresa denunciada sería “eliminar por medios desleales al resto de los operadores”. (Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 9 de marzo de 2001 Expediente 485/00, Agentes Propiedad Murcia).

El suministrar datos incorrectos en un elemento tan importante del coste del servicio como es lo de los trabajadores subrogables, dio a Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) una ventaja competitiva sobre el resto de los licitadores y llevó, incluso, a la apertura de un procedimiento de resolución contractual contra el adjudicatario del contrato, (la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez SL) por incumplimiento de las obligaciones de subrogar previstas en el Pliego de Condiciones. Quien se beneficiaría de esa resolución contractual sería de forma directa Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), empresa que había obtenido la segunda posición en la licitación del contrato XG-533 y que resultaría adjudicataria del contrato, en el caso de perderlo el primer adjudicatario. Además Arriva Noroeste (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), que era la empresa que explotaba la línea en los años anteriores y que, por tanto, conocía perfectamente la dedicación de cada conductor a ese contrato, no le afectaría económicamente el elevado número de trabajadores que declaraba como subrogables ya que se trataba de trabajadores que ya prestaban en esos momentos su servicio en la propia empresa en esa o en otras líneas. Como ya indicamos, existe una especial responsabilidad del titular de la concesión de colaborar con la Administración, no solo durante la vigencia de la misma sino también en el momento en la que la concesión sale a renovación.

Como indica el “*Estudio sobre el sector de trasporte de viajeros por carretera en Galicia desde el punto de vista de la competencia*” realizado por la Universidad de Vigo en el año 2007⁸, uno de los aspectos de la regulación que puede tener una importante implicación sobre la competencia es la llamada “*asimetría de información*”, es decir, la utilización de los actuales contratistas de una información que ellos disponen como explotadores de la línea y de la que no disponen los demás empresas que quieran concurrir a esa licitación salvo que la actual explotadora la facilite. El suministro de información no cierta, falsa o incompleta va a ser un instrumento para dificultar el acceso al mercado de potenciales competidores impidiendo que las empresas puedan concurrir a contratos con la Administración en igualdad de condiciones que lo que es el actual operador de ese contrato.

El referido Estudio indica la que:

“En los concursos concesionales, para lograr un adecuado diseño del pliego de condiciones y que la decisión de la autoridad competente respecto a la adjudicación esté correctamente fundamentada, es preciso disponer de

⁸ http://www.tgdcompetencia.org/estudios/est_13_2007_EE_transporte_viajeros_carretera_eres.pdf



información suficiente sobre las condiciones básicas que caracterizan a la concesión, tanto desde la perspectiva de la demanda (número de viajeros, frecuencia,...) como de la oferta (costes). En este sentido, es evidente que la empresa que esté explotando la concesión dispondrá de mayor y mejor información que la Administración y que otras empresas que pretendan participar en el concurso de renovación de la concesión. Esta asimetría informativa puede dificultar el acceso al mercado de operadores potenciales. Claramente, la falta de información de los potenciales entrantes será tanto más larga cuánto mayor haya sido la duración de la concesión y cuánto menos requerimientos de información se le exijan a la empresa que la esté explotando”

Y como destaca la Propuesta de Resolución de la Subdirección de Investigación:

“A este respecto é preciso sinalar que a conduta desenvolvida por ARRIVA GALICIA, SL diríxese claramente a limitar a competencia no seu momento inicial, tratando de reducir o número de potenciais licitadores que, ante a expectativa de ter que asumir un número moi elevado de traballadores que terían que subrogar verían pouco atractivo o contrato. A este respecto é preciso destacar as cautelas coas que o licitador tratou esta cuestión, pois incorporou unha cláusula destinada a comprobar que concretos traballadores cumprían os requisitos que esixirían tal subrogación. Non obstante o cal, resulta máis que posible que no contexto dun amplo proceso de renovación de liñas e de múltiples concursos simultáneos ou próximos no tempo, o dato achegado inicialmente por ARRIVA GALICIA, SL fose moi tido en conta polos devanditos posibles licitadores.

Tal actuación, a subministración de información falsa ao órgano de contratación que pode afectar directamente a capacidade de elección e a toma de decisións por parte das empresas que potencialmente poidan presentarse a la licitación, xa podería considerarse relevante (“significativa”) desde o punto de vista da aplicación do artigo 3 LDC dada a natureza da contratación pública e a súa incidencia no interese xeral”.

En segundo lugar, al suministrar la denunciada unos datos que no eran ciertos sobre el número de trabajadores subrogables **lo que implicaría sería un incremento de la aportación del dinero público que la Administración tendría que realizar para el proyecto XG-533 como compensación financiera por el servicio**. Al ser mayor el número de trabajadores subrogables, conforme a los datos que facilitaba Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y, por tanto, ser mayor el **coste a la compensación por “obligaciones de servicio” que debe de aportar la Xunta de Galicia sería mayor, lo que perjudica al interés público**. Al suministrar la denunciada unos datos que no eran ciertos sobre el número de trabajadores subrogables estaría causando un resultado económicamente dañoso a la comunidad.

El reconocimiento de compensaciones financieras a los operadores de transporte de pasajeros lo dispone el Reglamento (CE) nº1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que señala en su art. 9. 1 que:



“Las compensacións de servicio público para la prestación de servicios públicos de transporte de viaxeiros o para cumprir las obrigacións tarifarias establecidas en virtude de normas generales, abonadas de conformidade co presente Regulamento, serán compatibles co mercado común e quedarán exentas da obriga de notificación previa establecida en el artículo 88, apartado 3, del Tratado”.

El propio Reglamento define en su art. 2 g) como compensación de servicio público a toda ventaja, especialmente de carácter financiero, concedida directa o indirectamente por una autoridad pública mediante recursos públicos durante el período de ejecución de una obligación de servicio público o en relación con ese período”. Pero también establece que dichas compensaciones no pueden ser excesivas (art. 3.2 Reglamento CE 1370/2007).

Al facilitar Arriva Noroeste, S.L al órgano licitante (Xunta de Galicia) un número mayor de conductores subrogables de los que correspondería, obligaba a incrementar la aportación de la Administración autonómica de fondos públicos para esa compensación por “obligación de servicio”, con un daño para las arcas públicas.

La propia empresa denunciada, Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) en sus alegatos al anteproyecto de explotación XG-533, afirma que la previsión de costes de personal e insuficiente “habida cuenta que él coste real efectivo de personal será él resultante de la plantilla de trabajadores real a subrogar de cuyos datos dispone la administración por haber sido suministrados por los anteriores contratistas”, de tal manera que la propia empresa que facilita datos que no eran ciertos pide incremento de los costes consecuencia de esos datos. Ese incremento se produce y el proyecto de explotación implica una subida de casi el 17% de la partida destinada la compensación por obligación de servicio en comparación del coste que aparecía en anteproyecto de explotación.

Pero este coste en fondos públicos se podría haber incrementado aún mas. De acuerdo con la cláusula 1.9.1.6 del Pliego de Condiciones del contrato de gestión del servicio público XG533 (Folio 252) existe el deber del mantenimiento del equilibrio financiero del contrato “en aquellos supuestos en que a pesar de la diligencia del contratista en la evaluación de los costes laborales, por causas imprevistas, a consecuencia de la aplicación de los derechos legal o convencionalmente establecidos en la subrogación de personal, el contratista se vea obligado a asumir personal u obligaciones laborales por encima de las previsiones de su oferta, o con unas condiciones mas gravosas que las recogidas en él, el contratista podrá solicitar de la administración el reequilibrio económico del contrato (...)”. De tal manera que esa “compensación por obligación de servicio” se podría incrementar más al poder exigir el contratista esos incrementos, que se producirían si hubiera que subrogar a los trabajadores que había Certificado Arriva Noroeste S.L, con un mayor daño, por tanto, las cuentas públicas.

La Resolución del TDC de 8 de julio de 1992, Expte. 264/91 Aceites afirmó que

es ya un principio generalmente admitido la existencia de libre competencia como elemento integrante de la economía de mercado que está garantizada constitucionalmente (artículo 38 de la Constitución Española). Los actos o conductas que falsean o son contrarios a la libre competencia afectan



negativamente al interés público de que ese elemento de la economía de mercado esté presente en él como elemento necesario de su adecuado funcionamiento “.“

Al haber señalado un número superior de trabajadores subrogables de los que correspondían, Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), lo que conseguiría sería o bien que se resolviera el contrato adjudicado a otra empresa que legítimamente lo ganara o que se incrementara la partida destinada a compensación por deber de servicio lo que supondría un mayor gasto público. Fue la intervención de la Dirección General de Movilidad de la Xunta de Galicia la que evitó cualquiera de estos escenarios.

En tercer lugar, la actuación de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) afecta no l una mera relación entre empresas (cómo trata de justificar la empresa denunciada en sus alegaciones) o de estas con consumidores, **afecta a un servicio público tan importante para sus usuarios como es el del transporte público regular de pasajeros.**

De acuerdo con la normativa vigente los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen la consideración de servicios públicos. Así el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera define en su art. 2 a) al «transporte público de viajeros » como los servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua y la Ley 16/1987, de 30 de julio , de Ordenación de los transportes terrestres señala en su art. 71 que “Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración.”

Esta consideración del transporte regular de viajeros de uso general como servicio público tiene una especial relevancia en el ámbito territorial donde se desarrolla el contrato XG533. Como señala la Memoria del proyecto de explotación del mismo , ese territorio se caracteriza por un número elevado de núcleos de población dispersos (97 en 12 municipios) lo que hace imprescindible, al no ser una población concentrada, el uso de transporte público por carretera para los desplazamientos tanto municipales como intermunicipales de los vecinos, siendo los datos de movilidad diaria motorizada en desplazamientos de más de un kilómetro de esa zona de 77.142.

Al tener esa consideración de servicio público es evidente a trascendencia que para la generalidad de los usuarios tiene la utilización, y por eso , la explotación de estas líneas de transporte y también es evidente que cualquier actuación que trate de alterar el normal discurrir de la licitación y adjudicación de estos servicios públicos afectará a los usuarios de un servicio que es para ellos esencial para desplazarse, para asistir al trabajo, para acceder a los centros educativos e incluso para poder acceder la sanidad pública, ya que entre los destinos y paradas de estas líneas encontrara, además de centros de salud, el Hospital de la Costa en Burela, que es el hospital Comarcal de referencia de la Mariña de Lugo. No nos encontramos ante un conflicto entre empresas, no estamos ante un supuesto de defensa de intereses comerciales o económicos entre sociedades, se trata de una actuación de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) que distorsiona gravemente las condiciones de competencia del mercado en perjuicio del interés público.



Las actuaciones conscientes y deliberadas por parte de un particular **que persigan alterar el normal discurrir de un servicio público de especial relevancia en el ámbito territorial donde se desarrolla, afectan al interés público que la legislación de competencia exige para la aplicación del art. 3 de la LDC**. En este sentido se pronunció la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de mayo de 2002 en el recurso 0871/999 cuando afirma que “(...) consta la afectación al interés público del art. 7 LDC⁹; porque se trata del desempeño de un servicio público asistencial de indudable trascendencia para la generalidad de sus potenciales usuarios en la Comunidad Autónoma de referencia”

En cuarto lugar, como indicamos en la Resolución 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo, **el impacto de la conducta engañosa sobre la competencia y el perjuicio del interés público se derivan de la afectación de un órgano de contratación de la Administración, en esta caso, Autonómica**. Desde hace años la política legislativa trató de introducir la aplicación de los principios de competencia en la esfera de la contratación pública y trató de evitar cualquier tipo de actuación que, en este ámbito, pueda suponer una restricción de la misma en daño de los consumidores y del interés público. Especialmente tiene interés a aplicación de una política procompetitiva cuando se trata de actuar en sectores de la actividad económica pública (como en Galicia en el ámbito de los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular) donde, por diversas razones¹⁰, se limitó, se restringió o no funcionó correctamente la apertura del mercado a todas las empresas y la posibilidad de aplicar, en ese sector, los principios de libre competencia. Las actuaciones de las empresas que tratan de alterar el juego de la contratación pública para que todo permanezca sin cambios y, de esta manera, mantener su posición de poder pervirtiendo la finalidad de la contratación pública, están afectando al interés público.

La normativa que regula la contratación pública reconoce la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas que participan en licitaciones para proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Lo declaraba el artículo 1 del 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, vigente en el momento de la licitación, que decía

“La presente Ley tiene por objeto regular a contratación del sector público, el fin de garantizar que a misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria, el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de definición previa de las necesidades para satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente mas ventajosa”.

⁹ Precedente de él actual art. 3 de la LDC

¹⁰ Como señalamos, la Dirección general de Movilidad no tiene constancia de la existencia de anteriores licitaciones de contratos de gestión de servicio público de transporte regular, y considera que de existir, serían previos la Constitución de 1978.



Texto que se mantiene en el artículo 1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Como señala la Autoridad Catalana de la Competencia en la Resolución 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña,

“La alteración de la competencia por parte de las empresas que participan en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia(…)” y “por eso es un objetivo público prioritario conseguir una contratación pública que provoque verdaderas tensiones competitivas entre las empresas licitadoras, de manera que promueva la eficacia económica, la calidad y la innovación que, de forma agregada, constituya un factor clave para fomentar la productividad y el crecimiento económico del país”

Lo que se quiere es que a través de la competencia tanto las Administraciones Públicas como los usuarios se beneficien de las mejores ofertas de bienes y servicios. La mejor garantía para lograrlo es a través del cumplimiento de la normativa en materia de contratación. En la reiterada Resolución de la CGC R 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo, afirmara que

“La contratación de bienes y servicios por parte de la Administración debe guiarse por el principio de competencia, lo que redundará en beneficio de la propia Administración, que obtiene precios y condiciones mejores cuando hay competencia efectiva entre los licitadores, como en el de las propias empresas, que pueden acceder a contratos con la Administración en igualdad de condiciones que el resto de los operadores”.

En este expediente la actuación de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) afectó a la libre competencia y afectó negativamente al interés público. Trató de alterar un proceso de licitación pública convocado por la Xunta de Galicia con la aportación de datos que no eran ciertos sobre el número de trabajadores subrogables, trató de alterar el juego de la libre competencia entre las empresas que participaban en la licitación pública, de tal manera que la Xunta de Galicia y los usuarios de ese servicio público no pudieran beneficiarse de la mejor oferta que hubiera podido presentarse.

En quinto lugar, como ya señaló esta CGC en su R 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo,

“(…) la conducta denunciada resulta contraria a los principios que han de regir la contratación pública de bienes y servicios. Como es conocido, el legislador viene realizando en los últimos años un enorme esfuerzo para modernizar la normativa que rige la contratación en el sector público de manera que se maximice la eficiencia en el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de la Administración. Conductas como la que se examina en el presente procedimiento, dirigida a manipular la contratación de un servicio por parte de una Administración Local, atenta directamente contra el dicho impulso normativo, lo que sin duda permite concluir que la conducta falsea la competencia en perjuicio del interés público”.

En este caso, la actuación de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) de certificar un número mayor de trabajadores adscritos a la concesión de los que en la realidad estaban realmente adscritos, **falseó la libre competencia por cuanto afectó la capacidad de competir a las demás empresas y trató de alterar el funcionamiento**



del mercado de un contrato de gestión de servicio público de transporte regular limitando dicha capacidad y afectando de forma perjudicial al interés público.

Señala de manera reiterada la empresa denunciada en sus alegaciones que al afectar a una única concesión no se alcanzaría el umbral de afectación general. Hay que recordar que en la práctica de la Autoridad nacional de la Competencia la afectación al interés público no solo lo es desde una dimensión “cuantitativa” (por el volumen de mercado) sino también, y cada vez más, desde una dimensión “cualitativa”. En este sentido hay que citar la Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 (Expediente 535/02, Eléctrica Eriste) en la que se indica que no obstante la dimensión del mercado, que era muy reducida e inferior al municipal (en un ayuntamiento de una población inferior a los 2.500 habitantes), declaró la conducta como falseamiento de la libre competencia por actos desleales que distorsionaron gravemente la competencia en el mercado con afectación al interés público. La Audiencia nacional en su sentencia de 14 de noviembre de 2005 en la que resolvió sobre el recurso contra la Resolución anterior (recurso 315/2003) afirma que:

“la afectación del interés público a estos efectos no está ligada al tamaño de la infracción o del mercado en el que se lleva a cabo, sino que debe tenerse en cuenta la dimensión del acto de competencia desleal que provoca el falseamiento de la competencia”.

En este caso el ilícito desleal por parte de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) se produjo:

- a) En el ámbito de una contratación pública convocada por la Xunta de Galicia y con un objetivo que era el de alterar el resultado de ese proceso de contratación.
- b) En un momento, en que por primera vez se estaba realizando la apertura por esa Administración de ese mercado.
- c) Es en el sector del servicio público de transporte de viajeros por carretera de indudable trascendencia para sus usuarios.

En conclusión podemos afirmar que la actuación de Arriva Noroeste, S.L (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) afectó, y de forma clara al interés público por falsear la competencia. Y lo afectó, como explica este Pleno, por múltiples motivos, siendo cualquiera de ellos suficiente para dicha consideración.

6.3.2.- La conducta constituye un acto de competencia desleal.

Ya indicamos que el artículo 3 de la LDC establece la prohibición de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Del precepto se deduce que incurren en dicha prohibición las conductas que cumplen acumulativamente los tres requisitos siguientes: a) constituyan un acto de competencia desleal; b) que falsee la libre competencia; y c) afecte al interés público. La doctrina mayoritaria considera que desde un punto de vista sustantivo estamos en presencia de dos condiciones: a) un acto de competencia desleal que b) afecta al interés público por falsear significativamente la competencia en el mercado.

Ya vimos que la conducta investigada fue apta para afectar al interés público por falsear significativamente la competencia. Ahora examinaremos si es un acto de competencia desleal.



Los actos desleales a los que se refiere el art. 3 de la LDC no son otros que aquellos que de acuerdo con la legislación de competencia desleal sean merecedores de tal calificación jurídica. Pero también es cierto que algunas resoluciones del TDC se ampararon en otras normas distintas de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), acudiendo incluso al Código Civil y considerando como deslealtad las actuaciones que impliquen abuso de derecho su ejercicio antisocial de acuerdo con el art. 7.2¹¹ del Código civil.

Este Pleno considera que las normas de la LCD infringidas por la actuación de Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) son las siguientes:

1.- Art. 15 de la LCD

El art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) sanciona como tal la infracción de normas.

“Artículo 15. Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

3. Igualmente, en el marco del dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.”

El precepto distingue dos supuestos en función de la norma que resultó infringida. Por un lado, cuando se trata de “normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”, por lo que la mera infracción de esas normas constituye un acto de competencia desleal. Por otro lado, cuando estamos en presencia de normas que no revisten dicha naturaleza, la infracción solo se reputa desleal cuando la conducta antijurídica genera una ventaja competitiva significativa para el infractor de la que no disfrutaban los que cumplieron con la legalidad. “ Considerara desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa”.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2011 dispone que:

“Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991 . En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material. Pero así como en el supuesto descrito en el apartado 2 las mismas han de tener por objeto a regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quien en él participan, las

11 Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 8 de julio de 1992, Expediente 294/91, Aceites I.



normas a las que se refiere el supuesto del apartado 1 no integran el ordenamiento concurrencial, razón por la que legislador -que no pretende sancionar cómo desleal toda clase de violación normativa- exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva, de la que por eso mismo, no disfrutarán quien optara por cumplir el mandato legal por aquel desatendido - al respecto, sentencias 512/2005, de 24 de junio , 1348/2006, de 29 de diciembre y 311/2007, de 23 de marzo -. Solo en este supuesto la conducta ilícita se entiende que afecta al correcto funcionamiento del mercado, falseándolo.

En un caso -el previsto en el apartado 2-, se considera que el normal desarrollo del sistema concurrencial sufre con la misma infracción, mientras que en el otro - el previsto en el apartado - la causa de la perturbación no es esta, sino la obtención de un beneficio del que no disponen los agentes cumplidores, pues no se toleran las ventajas competitivas obtenidas con el incumplimiento de normas generales.”

Infracción del artículo 120 del 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 vigente en el momento de la licitación.

Como ya vimos el artículo 120 del TRLCSP impone al actual adjudicatario de un contrato público la obligación de facilitar al órgano de contratación información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación obligatoria. El tenor literal del precepto es el siguiente:

“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse cómo empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. La estos efectos, la empresa que viniera efectuando la prestación objeto del contrato para adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este”.

Como señala, entre otras, la Xunta Consultiva de Canarias en su Informe 2/2013 titulado Alteración de las condiciones laborales del trabajadores objeto de subrogación, causa directa y suficiente para la no formalización del contrato, la finalidad del artículo 120 TRLCSP radica en que:

“los licitadores cuenten con todos los datos necesarios para realizar una adecuada y completa evaluación de los costes de las prestaciones objeto del contrato, de tal forma que dispongan de todos los factores a tener en cuenta para presentar sus proposiciones económicas ajustadas a la realidad de las características y circunstancias específicas del contrato para adjudicar”.



En efecto, para poder presentar sus respectivas ofertas económicas, los licitadores deben conocer el coste real de las prestaciones objeto del contrato, lo cual se ha de hacer constar en el pliego de condiciones formulado por el órgano de contratación. Si lo número de trabajadores subrogables que presenta la empresa que presta el servicio es superior a los que deben de ser realmente subrogados, los licitadores que quieren concurrir tendrán que asumir costes innecesarios que –en su caso- puede llevarles a desistir de presentarse la licitación, o adjudicado su favor a licitación tendrán que desistir del contrato por la imposibilidad de asumir las subrogaciones y sus costes o podrán llegar a ser excluidos por resolución de la Administración convocante de la licitación por en el cumplir con el pliego de condiciones y la normativa (cómo estuvo a punto de suceder en este supuesto).

En consecuencia, cabe afirmar que el cumplimiento de la obligación de informar sobre los **sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida**, que el artículo 120 TRLCSP impone al actual titular del servicio, es un factor esencial que permite el correcto funcionamiento del concurso público

En este caso Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) incumplió su obligación de facilitar al órgano de contratación exacta y real información sobre el número de los trabajadores objeto de subrogación, y certificó el 29 de agosto de 2017, con posterioridad a celebración de la licitación, un número mayor de trabajadores adscritos la concesión de los que en realidad lo estaban.

Según la Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo social) de 14 de febrero de 2019 (STSJ GAL 689/2019) la empresa ARRIVA certificó un número mayor de trabajadores adscritos a la concesión de los que en realidad se declaró probado que estaban adscritos; según el Consello Consultivo de Galicia en su Dictamen 118/2018 de 11 de julio a empresa Arriva S.L no cumplió el deber de entregar toda la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en el antiguo contrato V-7069 ante el requerimiento de la Administración autonómica, y según la Sentencia del TSXG (Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera) de 25 de septiembre de 2019 Arriva utilizó estimaciones para calcular el tiempo empleado por los trabajadores, sin correspondencia entre las hojas de ruta en formato papel y los registros Excel". Por eso los técnicos de la Dirección General de Movilidad, después de varios informes y del análisis del Servicio de Inspección del Transporte de la Dirección General de Movilidad concluyen que son 3 los trabajadores subrogables y no los 15 que había Certificado Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL)-

Como se observa en la Memoria Económica de él Proyecto de Explotación del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos" (Anexo VIII) el coste del personal supone el coste más importante del contrato (53,7%). Es decir, la información facilitada Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) certificando uno numero de trabajadores subrogables que multiplica por 4 los que realmente lo eran, incide sobre el coste mas elevado del contrato como es el coste de los trabajadores.





A consecuencia de una información remitida por Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) al órgano de contratación que no correspondía con la realidad, la Administración con competencias en materia de transporte, la Dirección General de Movilidad, inició un expediente de resolución contractual contra la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez SL, por el presunto incumplimiento de las obligaciones de subrogación de acuerdo con los puntos 1.9.1.1; 1.9.1.2; 1.9.1.3; 1.9.1.4 y 1.9.1.5 del Pliego de Condiciones del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos". Y sí no fuera por la diligencia de la referida Dirección General de Movilidad que analizó exhaustivamente las pruebas allegadas y solicitó la emisión de varios informes, la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez SL, que legítimamente había ganado la licitación se vería desplazada por la empresa que facilitó esos datos que no eran ciertos obtendría el beneficio de ser la adjudicataria a pesar de no ganar la licitación y ser su oferta económica mas elevada que la de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez SL.

De la misma opinión y la Subdirección de Investigación que en su propuesta de resolución señala que

"En el presente caso, se incumplió deslealmente con las exigencias del artículo 120 TRLCSP al aportar la información previa a la licitación. Dicha información, aunque quedaba supeditada a su control posterior verificada la licitación pública, pudo disuadir la potenciales concurrentes. Resulta indudable para esta Subdirección de Investigación, la información estaba formulada en unos términos que permitían, por lo menos en esa fase inicial, que el número de empleados a subrogar era mucho más alto que lo que finalmente se constataría por la Administración actuante, con la propia información aportada por la denunciada y su análisis por la Administración, mismo valiéndose de medios propios y de medios contratados ad hoc.

Esta apreciación inicial se constata, y por esta razón tales actuaciones se incorporaron al presente expediente, cuando tras la adjudicación a una empresa distinta de la que tenía la concesión y aportara la información, se había suscitado nuevamente la duda respecto de los trabajadores a subrogar y mismo se había iniciado un procedimiento de resolución del contrato de gestión ya resuelto, en el que se le requirió nuevamente la Arriba Galicia, SL que aportase la información precisa y, en este momento, certificara los trabajadores que tendrían que ser subrogados, para lo cual se emitió el correspondiente certificado por el representante de la denunciada que fue contradicho por las actuaciones llevadas a cabo en el dicho procedimiento, que finalmente fue archivado. Este hecho se encuentra en la actualidad siendo examinado en vía judicial. Obviamente no corresponde a este órgano valorar la conducta desde el punto de vista penal, sino la constatación de que el contenido del certificado no fue aceptado, sino rechazado por la Administración competente que lo solicitó, que tras verinte diferentes y extrajo de ellas las consecuencias administrativas correspondientes en el marco del procedimiento de revocación que estaba tramitando"



El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), vigente en el momento de la licitación, y norma que tiene por objeto a regulación de la actividad concurrencial.

Debemos examinar, para la aplicación del artículo 15 de LCD sí el TRLCSP tiene o no por objeto a regulación de la actividad concurrencial. En el caso que se nos presenta, entendemos que el TRLCSP tiene por objeto ordenar el mercado de aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas y disciplinar las conductas competitivas de los licitadores que participan en el mismo. En apoyo de esta tesis cabe invocar lo dispuesto en el artículo 1 TRLCSP lo cual, bajo la rúbrica “*objeto y finalidad*”, dispone que

“la presente Ley tiene por objeto regular a contratación del sector público, el fin de garantizar (...) la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Idéntica naturaleza cabe predicar del precepto infringido (art. 120 TRLCSP) que tiene como función facilitar información a los potenciales licitadores de las condiciones de los trabajadores y los costes del contrato público para que estos puedan preparar su oferta económica en igualdad de condiciones a las que tiene el vigente contratista. Así lo señala, entre otras, el ya comentado informe 2/2013 de la Xunta Consultiva de Canarias, en el cual se afirma que: *“la finalidad del art. 120 del TRLCSP radica en que los licitadores (...) dispongan de todos los factores a tener en cuenta para presentar sus proposiciones económicas ajustadas a la realidad de las características y circunstancias específicas del contrato para adjudicar”.*

En definitiva, y como ya afirmó esta CGC en otras resoluciones¹², el Texto refundido de la ley de contratos del sector público -y más concretamente su artículo 120- tienen por objeto regular la actividad concurrencial en el marco de la contratación pública de bienes y servicios y, por consiguiente, la infracción del mismo constituye *per se* un acto de competencia desleal por infracción de normas.

Y aún en caso de que no se apreciara tal naturaleza del artículo 120 TRLCSP, la conclusión a la que habríamos de llegar sería la misma toda vez que la comunicaciones engañosas realizada por Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) le generó una ventaja competitiva significativa (el conocimiento de la realidad de los trabajadores adscritos a esa línea y que debían de ser subrogables y los costes reales del servicio) de la que no disfruten los rivales, especialmente la UTE Autos Morán SL, Autocares Rodríguez Domínguez SL, que cumplieron con la legalidad (que están en inferioridad para preparar sus respectivas propuestas económicas y e coste real de las subrogaciones), por eso es por lo que también se cumpliría el dispuesto en el artículo 15.1 de la LCD.

Este Pleno considera infringido el art. 15 de la LCD en relación con el artículo 120 del TRLCSP

12 R 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación Pública Seguridade Ayuntamiento de Lugo





2.- Art. 4 de la LCD

El art. 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) sanciona como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

“Artículo 4. Cláusula general.

1.- Si reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. (...).”

La buena fe es la conducta socialmente considerada cómo ejemplar. El ejercicio conforme a la buena fe de los derechos implica que han de ejercitarse de acuerdo con una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado (Diez Picazo y Gullon). El principio de la buena fe constituye uno de los cuatro principios fundamentales del derecho natural, junto a equidad, la “naturaleza de las cosas” y la naturalis ratio, como había dicho, entre otros muchos, J. Esser (De los Mozoz). Además, como señala este mismo autor, los deberes que resultan de aplicar la buena fe, no son deberes morales, sino concretos deberes jurídicos como cualquier otro.

En definitiva, lo que implica la buena fe es que el ejercicio de los derechos deben de ejecutarse de acuerdo con el modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado.

En el presente caso, la empresa denunciada no actuó en sus deberes como anterior titular de una de las concesiones que deban origen al contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos” de facilitar los verdaderos datos de los trabajadores que podrían ser subrogados de acuerdo con el dispuesto en los artículos 19 y 21 del Acuerdo Marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de 9 plazas, incluido el conductor, publicado mediante Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, del Departamento: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE nº 49, de 26 de febrero de 2015). No fue una conducta que pueda considerarse honesta y adecuada ni desde el punto de vista social ni desde el punto de vista de sus deberes como anterior concesionario del servicio.

Por eso este Pleno considera que existen elementos en la actuación de empresa denunciada Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) que acreditan que actuó contra las mínimas exigencias de la “buena fe”. Tanto en el momento de preparación del expediente de contratación, como nos momentos posteriores donde presenta una certificación en la que aparece, como afirma la reiterada sentencia del TSXG de 14 de febrero de 2019, un número mayor de trabajadores adscritos a la concesión de los que en realidad se declaró probado que estaban realmente adscritos a la licitación.

La empresa denunciada Arriva Noroeste (en la actualidad Arriva Galicia S.L), no es una empresa pequeña. Según su página web, es el principal proveedor de servicios de



autobuses en el norte de Galicia, y transporta cada año más de 5 millones de pasajeros y más de 10.000 escolares. Cuenta con el 300 trabajadores y una flota de 224 vehículos y forma parte del grupo multinacional Duetsche Bahn que es el mayor operador de servicios de transporte público de Europa con más de 62.000 empleados operando en 14 países. No puede, por tanto, considerarse que la falsedad en la transmisión de los datos sea debido a carecer la empresa de los medios para facilitarlos.

No es actuar de buena fe tratar de engañar al órgano de contratación sobre el número de trabajadores subrogables, con el objetivo de obtener una ventaja que pueda desanimar a concurrir en la licitación a otras empresas y, sino las desanima, desplazar después de perder el contrato a quién, en esa licitación, había obtenido legítimamente la adjudicación. Al ser dicho comportamiento contrario la buena fe se reputa desleal. Por eso coincidimos con lo afirmado por la Subdirección de Investigación en la propuesta de Resolución cuando señala que

“En el presente caso, los exhaustivos informes que obran en el expediente no solo por la propia Inspección de Transportes sino mismo el emitido por una consultora especializada contratada al efecto, elaborados con los datos aportados por la propia sancionada, revelan que la empresa sancionada actuó de mala fe, elemento básico de la deslealtad, en la información aportada al no solo en la fase de preparación del contrato sino con posterioridad, para privar a la empresa adjudicataria de la licitación legítimamente ganada al obtener la mejor calificación en el proceso de licitación, siendo evidente este propósito atendiendo solamente a la desproporción entre el número de trabajadores que la sancionada reclamaba habían sido subrogados con los que finalmente se consideraba preciso subrogar.

En conclusión y vistos los preceptos de la legislación de competencia desleal infringidos por la actuación de Arriva Noroeste S.L, (en la actualidad ARRIVA GALICIA SL) (art. 15 y art. 4) este Pleno considera que lo que ejecutó la empresa denunciada fueron actos de competencia desleal que falsearon la libre competencia.

6.4.- Alegaciones

Como se recogió en los antecedentes, se formularon alegaciones por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL a la Propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación y notificada las partes. Además Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL presentaron escritos para formular alegaciones y valorar el resultado de las diligencias de prueba y del resultado de las actuaciones complementarias acordadas por el Pleno con fecha 19 de septiembre y 31 de octubre de 2019. Las alegaciones relacionados por la cuantía de la sanción se examinarán en el apartado relativo a sanción.

6.4.1.- Alegaciones a la Propuesta de Resolución.

6.4.1.1.- Alegatos de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez



En las alegaciones a la Propuesta de Resolución formuladas por la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL afirma la existencia de una situación de abuso de posición de dominio por parte de la denunciada por la dimensión del grupo al que pertenece la empresa no solo en Galicia sino en Europa, como uno de los mayores operadores de transporte público de Europa. Dichas alegaciones no se puede aceptar por lo expuesto con anterioridad en esta Resolución ya que no se dan ninguno de los requisitos para considerarla como una situación de abuso de posición dominante prohibida por el art. 2 de la LDC.

6.4.1.2.- Alegaciones de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL)

Los extensas alegaciones a la Propuesta de Resolución formuladas por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) debemos de analizarlas de forma separada.

Formula una extensa relación de los hechos que, en la opinión de la empresa denunciada, afirma que acontecieron. Este Pleno rechaza de ellos los que no coincidan con los incorporados en esta Resolución como “hechos acreditados”.

La alegación de que el instructor se decanta por los informes obtenidos por la Administración para determinar el número y trabajadores que serían subrogables y no de la más valor a los informes de parte presentados por la denunciada debemos rechazarla. Se examinaron todos los informes de parte, tanto los presentados por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) como por la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL, así como los solicitados por la Dirección General de Movilidad, los elaborados por la propia dirección general y el análisis realizado por el servicio de Inspección de la Dirección General y Movilidad. Y las conclusiones de este Pleno tras el estudio de los mismos coinciden con las de la Subdirección de Investigación. Se estima que Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) comunicó al órgano de contratación así como a la “Comisión de seguimiento” del proceso de integración de las distintas modalidades del transporte público datos que no eran ciertos sobre el número de trabajadores subrogables. Coincide esta Pleno con las opiniones del Consello Consultivo de Galicia en su Dictamen 118/2018 de 11 de julio, con la Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo social) de 14 de febrero de 2019 y la Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera) de 25 de septiembre de 2019.

La alegación de no saber si la calificación de la conducta de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) cómo desleal en base a distintos preceptos de la LCD tiene carácter alternativo, sucesivo o acumulativo, el propio alegante la despeja considerando cómo alternativa. La alegación no tiene más trascendencia. Pero debemos recordar que los preceptos de la LCD infringidos son varios y simultáneos, pero que con la sola infracción de uno de ellos sería suficiente para considerar la conducta como desleal.

La alegación de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) de que facilitó los datos solicitados no se puede admitir. La empresa denunciada, como reiteradamente se constata en esta Resolución, lo que trasladó, e incluso certificó, fueron



datos que no eran ciertos sobre los trabajadores subrogables, como también indican el Consello Consultivo de Galicia en su Dictamen 118/2018 de 11 de julio, y el TSXG en la Sentencia de 14 de febrero de 2019 y la Sentencia de 25 de septiembre de 2019. El cumplimiento de la obligación de informar sobre “(...) *las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida(...)*”, que el artículo 120 TRLCSP impone al actual titular del servicio, es decir a Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL), es infringido por Iella cuando facilita datos que no son ciertos sobre los trabajadores que son subrogables.

La alegación de la dificultad de incardinar como desleal a conducta de la empresa denunciada en alguno de los artículos de la LCD no se puede admitir por lo manifestado por este Pleno en el contenido de esta Resolución donde se acredita la deslealtad de la conducta de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y su encaje en la LCD.

La alegación de inexactitud en la calificación jurídica y la determinación de la infracción no puede admitirse. Se motivó de manera extensa y justificada, los hechos probados y su exacta calificación jurídica, se determina la infracción, el sujeto responsable y la sanción que, como veremos en los puntos siguientes, se impone.

La alegación que Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) de la contradicción de la Dirección General de Movilidad ya que, según la denunciada, “al convocar nuevo concurso para la concesión identificada como XG-633 que se corresponde con el la actual XG-533, exige que el servicio se preste por lo menos con 17 conductores y 15 acompañantes”, carece de fundamento, porque esos números de conductores y acompañantes (17 y 15) son idénticamente los mismos que los que se solicitaban en la concesión XG-533, como se puede ver en el Anexo IX del proyecto de explotación del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos” paxina 40 (Folio 328). Por eso lo que late en las declaraciones de la denunciada en su nota a pie de página (pág. 20) del escrito de alegatos a Propuesta de Resolución (Folio 2985) cuando dice que eso demostraría que “Arriva es una empresa muy eficiente cuando puede prestar el servicio con 15 conductores, como comunicó durante el concurso, y ahora resulta una cifra muy superior, 17 conductores mas 15 acompañantes por lo menos” y resultado de la confusión entre lo que es número de conductores necesarios para la explotación de la concesión, que lo determina el proyecto de explotación, y lo que son los conductores que deben ser objeto de subrogación por parte de la empresa concesionaria entrante.

La alegación de que la afectación al interés público solo existe cuando se produce en mercados de gran importancia para los consumidores, recién liberalizados por empresas dominantes o en posición de cuasi monopolio, cuando el estándar de afectación es muy elevado y el ámbito geográfico nacional, es dar una visión parcial. Debemos recordar, como ya indicamos en esta Resolución, que en la práctica de la autoridad nacional de la Competencia, y de las autoridades autonómicas, como la CGC, la afectación al interés público no solo lo es desde una dimensión “cuantitativa” (por el volumen de mercado) sino también, y cada vez más, desde una dimensión “cualitativa”. En este sentido a



Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de noviembre de 2005 (recurso 315/2003) afirmó que *“la afectación del interés público la estos efectos no está ligada al tamaño de la infracción o del mercado en el que se lleva a cabo, sino que debe tenerse en cuenta la dimensión del acto de competencia desleal que provoca el falseamiento de la competencia”*. Debemos también recordar que de acuerdo con lo previsto en el RDC, art. 2. 4 la regla de minimis no se aplican las conductas prohibidas por el art. 3 de la LDC cuando se trata de empresas beneficiarias de derechos exclusivos, como son las empresas concesionarias de transporte regular de viajeros de uso general por carretera.

Además ya venimos, de acuerdo con la información complementaria remitida a este Pleno por la Dirección General de Movilidad, que este mercado era un mercado cerrado, ya que no existe memoria de licitaciones por parte de la Xunta de Galicia, que de existir lo serían con anterioridad a Constitución de 1978.

La alegación de la denunciada de que su actuación no trasciende de las relaciones privadas sin afectar al interés público también debe ser rechazada. Como expusimos en esta Resolución, no se trata de meras relaciones privadas entre dos empresas, no se trata de un problema de relaciones contractuales entre ellas. La actuación de la denunciada se produce en el marco de una contratación pública convocada por la Xunta de Galicia y en el sector del servicio público de transporte de viajeros por carretera, y Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) trató de alterar el funcionamiento del mercado de un contrato de gestión de servicio público de transporte regular afectando de forma perjudicial al interés público.

La alegación del carácter excepcional de la aplicabilidad del art. 3 de la LDC por el motivo del archivo por la CNC o la CNMC de denuncias por violación de esta disposición para justificar su inaplicación debe de ser rechazada. Se trata de una norma legal vigente y, por tanto, aplicable.

6.4.2.- Alegaciones a la práctica de las actuaciones complementarias y de prueba acordada por el Pleno de 19 de septiembre de 2019.

El artículo 51.1 de la LDC, desarrollado por el artículo 36 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por lo que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), reconoce al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en nuestro caso, el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, la potestad de ordenar, de oficio, medidas complementarias ante la Subdirección de Investigación con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de juicio.

El Pleno de la CGC, en su reunión de 19 de septiembre de 2019 acordó la práctica de las actuaciones complementarias y de prueba de las que dio traslado a los interesados para que alegaran cuanto estimaran adecuado y valoraran el resultado de las mismas.

Se formularon alegaciones por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL, que aprovecharon el trámite para exponer cuestiones no relacionadas con la documentación recibida por las actuaciones y prueba complementaria, repetir temas ya expuestos, contestar a los alegaciones a la Propuesta de Resolución formuladas por la otra empresa, actuando



ambas cómo si se tratara de un nuevo trámite de alegaciones a la Propuesta de Resolución.

6.4.2.1.- Alegaciones de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez

En las alegaciones formulados por la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL se vuelve a examinar los hechos acontecidos y vuelve a alegar la manipulación del numero de trabajadores que cumplían los requisitos para ser subrogados y el déficit de explotación que se derivaría a consecuencia del incremento injustificado de trabajadores subrogables por parte de la empresa denunciada. Aprovecha este tramite para contestar a las afirmaciones realizadas por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) en sus alegatos a la Propuesta de Resolución. Por último defiende la calificación como grave de la infracción recogida en la Propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación.

6.4.2.2.- Alegaciones de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL)

En los alegatos formulados por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) la denunciada aprovecha este trámite para exponer cuestiones no relacionadas con la documentación recibida por las actuaciones y prueba complementaria.

Alega la no realización de pruebas propuestas por esa parte en la alegación de la Propuesta de Resolución. Sobre esta cuestión responderá el Pleno en el apartado de “prueba solicitada”.

Alega sobre la estrategia jurídico-procesal realizada por la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL, volviendo a hablar de la subrogación de los trabajadores, cuestión sobre la que este Pleno se pronuncio de forma extensa en la presente resolución. Cuestiona la actuación de la Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL de acudir a la CGC considerando que su única finalidad era no subrogar a un determinado numero de trabajadores. Lo cierto es que este expediente se origina por la denuncia de la Dirección de Movilidad de la Xunta de Galicia, al detectar en el expediente de adjudicación del contrato XG-533, una actuación de la empresa Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) que podría ser contrario a LDC.

Hace referencia a uno nuevo contrato (XG-633) que no es lo que motiva este expediente, y sobre el cuál este Pleno ya habla en esta Resolución. Vuelve a confundir entre los conductores exigidos para el contrato (fijados en el Proyecto de explotación) y los conductores que tienen la condición de subrogables, que son solo los que cumplirían los requisitos del Acuerdo Marco estatal sobre materias de transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de 9 plazas, incluido el conductor, publicado mediante Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, del Departamento: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (BOE nº 49, de 26 de febrero de 2015). Vuelve a negar que la normativa de defensa de competencia pueda examinar asuntos como este para negar la infracción del art. 3 de la LDC. En esta resolución explicamos la evidencia de que la conducta de Arriva Noroeste,



S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) encaja en el ilícito anticompetitivo del art. 3 de la LDC, y este Pleno vuelve a reiterarse en esas argumentaciones.

Aporta nueva documentación sobre los empleados subrogados. En este tema el Pleno vuelve a reiterar que en esta Resolución se examinan de forma detenida todas las aportaciones realizadas por las partes para resolver sobre la cuestión de los trabajadores subrogables y la actuación de la empresa denunciada.

Vuelve a considerar que solo el criterio cuantitativo determina la infracción del art. 3 y olvida que la actuación de de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) se produce en el marco de una contratación pública de gestión de un servicio público de transporte regular, en un momento de apertura de ese mercado afectando de forma perjudicial al interés público.

Sobre la prueba documental aportada en este trámite, vuelve la denunciada a tratar de identificar entre conductores exigidos para el contrato (fijados en el Proyecto de explotación) y los conductores que tienen la condición de subrogables, para justificar que no hubo engaño en la remisión de conductores subrogables por parte de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL.)

Sobre los contratos XG-533 y XG-633 indicar que, como se señaló en esta Resolución, tanto en el primer concurso como el segundo fueron 17 los conductores necesarios y no se puede confundir los conductores necesarios exigidos en el pliego con los conductores subrogables, que son solo aquellos que cumplan los requisitos del referido Acuerdo Marco.

6.5.- Prueba solicitada

En lo que se refiere a las pruebas propuestas en los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución por la denunciada, se admitieron y examinaron la documental aportada y la pericial, estimando el Pleno respeto de las otras propuestas en los alegatos a la Propuesta de Resolución, que no son relevantes para la resolución del expediente, que no aportan nada nuevo o de interés para verificar los hechos objeto deste expediente.

Este Pleno acordó la práctica, de oficio, de la realización de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Subdirección de Investigación en la fase de instrucción, con el fin de aclarar cuestiones precisas y necesarias para la formación de juicio, en las que se incluyan alguna documentación, como la copia completa y legible del anteproyecto de explotación don contrato XG-533 con sus alegatos, que para la denunciada causaba extrañeza que la Dirección General de Movilidad no había remitido a esta CGC. Incluso, con esa finalidad de conocer los hechos para dictar esta Resolución, este Pleno, vista la prueba complementaria practicada inicialmente, ordenó volver a requerir la práctica de la misma por considera la realizada incompleta.

6.6.- Responsabilidad



De acuerdo con los principios que rigen el Derecho administrativo sancionador, el artículo 63.1 b de la Ley de defensa de la Competencia exige que las empresas sean autoras, de forma negligente o deliberada, de las conductas previstas en la LDC. Sobre él particular, la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2004, relativa al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, dispone que:

“como decíamos en nuestra sentencia de 2 de febrero de 2004, antes citada, en el presente caso la claridad de la norma reguladora de la prestación de servicios profesionales en el territorio nacional, es clara y terminante, regula directamente los requisitos de tal ejercicio, y establece un régimen concreto para el mismo, por ello la diligencia exigible del Colegio, engloba la aplicación del nuevo régimen que por sus términos no requería de un desarrollo normativo ulterior para su aplicación ni reviste una especial complejidad en su interpretación. Concurrió pues, al menos, negligencia en la conducta”.

La normativa que regula la contratación pública es clara en el sentido de reconocer la necesidad de garantizar el principio de libre competencia entre las empresas interesadas en proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Así lo reconoce, entre otros, el artículo 1 del 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 vigente en el momento de la licitación:

“La presente Ley tiene por objeto regular a contratación del sector público, el fin de garantizar que a misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de definición previa de las necesidades para satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente mas ventajosa”.

En esta condiciones era necesario exigir a Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL.,) diligencia en el cumplimiento del preceptuado en la norma infringida, absteniéndose de aportar datos inexactos en la licitación. Como señala el Consello Consultivo de Galicia en su Dictamen 118/2018 de 11 de julio *“(…) En el presente caso y despues del análisis de los hechos que resultan del estudio del expediente, resulta adverado que la anterior empresa adjudicataria A., S.L no cumplió el deber de entregar toda la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en el antiguo contrato V-7069 ante el requerimiento de la Administración autonómica”* y la sentencia del STSXG (Sala de lo social) de 14 de febrero de 2019 indica que *“(…) La empresa ARRIVA, (...) certificó un número mayor de trabajadores adscritos a la concesión de los que en realidad se ha declarado probado que estaban realmente adscritos”.*



La representación de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL..) afirma en las alegaciones a la Propuesta de Resolución que “Quien incumplió con lo ordenado en el art. 120 TRLCSP citado, es el órgano de contratación, que debió acompañar al propio pliego, o a sus anexos, los contratos de los trabajadores a subrogar, lo que permitiría evaluar los costes salariales por los licitadores. Sí Arriva no aportó dichos contratos es porque no se le pidieron, pero en todo momento, repetimos, atendió todos los requerimientos del órgano de contratación” Dicha afirmación es insostenible pues el problema fue la remisión por Arriva de datos que no eran ciertos sobre la situación de los trabajadores queriendo hacer pasar como subrogables a quienes no cumplían los requisitos establecidos en el Acuerdo Marco, y no solo eso, también certificó en fecha 29 de agosto de 2017, un número mayor de trabajadores adscritos la concesión de los que en realidad se declaró probado que estaban realmente adscritos la licitación, como afirma la sentencia del TSXG de 14 de febrero de 2019. No sería posible que la Administración pudiera hacer nada para evaluar correctamente los costes de los trabajadores cuando los datos facilitados por la empresa concesionaria en ese momento, Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL..), no eran reales.

7.- SANCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.4 LDC, practicados los actos de instrucciones necesarios, la Subdirección 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.

Dicha propuesta incluirá, en los expedientes sancionadores en materia de competencia incoados a partir de 2 de octubre de 2016 “la sanción que se proponga” en los términos señalados en el artículo 89.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se consideró por la Subdirección de Investigación la comisión de una infracción del artículo 3 LDC por la entidad denunciada (Falseamiento de la libre competencia por actos desleales consistente en la aportación de información falsa tanto en la licitación pública convocada para la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo con anexos”, así como, una vez resuelto el mismo, para su cumplimiento por parte de la empresa que resultó adjudicataria.

7.1.- Sanción propuesta y cálculo de la misma

Según el artículo 62.3, letra c) de la LDC, son infracciones graves:

c) El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 de esta Ley.

En el que alcanza a la sanción el artículo 63 LDC dispone, a los efectos del presente caso el siguiente:

“1. Los órganos competentes les podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que,





deliberadamente o por descuido, infrinjan el dispuesto en esta ley las siguientes sanciones:

[...]

b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

7.2.- Alegaciones

Como se recogió en los antecedentes, se formularon alegatos por Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL a la Propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación y notificada las partes. Además Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) y la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL presentaron escritos para formular alegaciones y valorar el resultado de las diligencias de prueba y del resultado de las actuaciones complementarias acordadas por el Pleno con fecha 19 de septiembre y 31 de octubre de 2019.

Entre esos alegaciones están algunas relativas a la cuantía de la sanción que ahora se contestan.

7.2.1.- Alegaciones de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez

La UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL considera que la sanción es insuficiente por formar parte la denunciada de una empresa multinacional, y por su falta de colaboración. Este Pleno tuvo en cuenta, como se explica en el punto siguiente, la normativa que determina la cuantía de la sanciones y los criterios para su graduación establecidos en el artículo 64.1 LDC.

En el escrito para formular alegaciones y valorar el resultado de las diligencias de prueba y del resultado de las actuaciones complementarias acordadas por el Pleno con fecha 19 de septiembre y 31 de octubre de 2019, aprovecharon ese trámite para exponer cuestiones no relacionadas con la documentación recibida por las actuaciones y prueba complementaria, repetir temas ya formulados, como la cuantía de la sanción, y contestar las alegaciones a la Propuesta de Resolución formuladas por la otra empresa. En relación con la la cuantía recoge el argumento de alarma social que crearía una sanción insuficiente y vuelve a hablar de la dimensión del grupo empresarial al que pertenece la empresa denunciada. Este Pleno tuvo en cuenta para determinar la cuantía de la sanción los criterios que para su graduación establecidos en el artículo 64.1 LDC, que los aplicó de forma motivada.

7.2.2.- Alegaciones de Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL)

La empresa denunciada alega falta de motivación de la sanción establecida en la Propuesta de Resolución. Este Pleno de la CGC aplicó de forma motivada los criterios para determinar la cuantía de la sanción establecidos en el artículo 64.1 LDC, como se recoge en el extenso texto de esta Resolución.



La empresa denunciada hace referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 que este Pleno tiene en cuenta en el cálculo del importe de la sanción, así como los criterios establecidos en el art. 64 de la LDC.

Alega la denunciada que su actuación afecta a una de las 41 concesiones licitadas, que la infracción es de escasa afectación al mercado gallego, de efecto limitado y de corta duración a los efectos del cálculo de la sanción. En el siguiente punto de esta Resolución este Pleno razona los criterios aplicados para la determinación de la sanción

Alega circunstancias atenuantes como la falta de actuación irregular de la empresa Arriva y la falta de ocultación lo que se rechaza por este Pleno con las argumentaciones que, de forma reitera, se cuentan en esta Resolución.

Alega ausencia y voluntad de infringir, lo que no puede ser aceptado por los hechos acreditados en esta Resolución.

Habla del presunto carácter novedoso de la conducta imputada que generalmente lleva consigo la no imposición de sanciones o la imposición de una sanción simbólica. Como señala este Pleno el artículo 3 de la LDC es una norma legal vigente y, por lo tanto, aplicable.

7.3.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.

La conducta descrita está tipificada como infracción graves, conforme al ya citado artículo 62.3, letra c) de la LDC.

De acuerdo con el establecido en el artículo 64 LDC se considera que los factores que se deben tener en cuenta para la fijación de una eventual sanción son los siguientes:

- El mercado afectado: la afectación se produce en el ámbito de la Comunidad Autónoma, tal y como se expuso en la delimitación del mercado efectuada en esta Resolución.
- La duración del contrato XG-533 era de dos años.
- Los efectos de la conducta se producen de modo especialmente grave en el mercado del transporte regular de viajeros de uso general por carretera en el ámbito del norte de la provincia de Lugo, en la zona denominada como A Mariña luguesa.

En relación con el cálculo del importe de la sanción debe tenerse en cuenta el dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112 que, a tal efecto dispone:

“La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 añadió de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o



desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.”[...]

“En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción.

Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/20 07”.

Sobre la base de estas premisas es preciso llegar a la conclusión de que la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre desde lo “0%” hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución, es decir, en el año 2019.

Dentro del dicho arco sancionador la multa debe determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 LDC.

En el supuesto que suscita el presente expediente, se trata de una infracción grave (artículo 63.4, letra c) de la LDC) que podría ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa declarada responsable del “ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa” (artículo 63.1.c), esto es, el 2019.

Los ingresos totales de la tres empresa declaradas responsable correspondiente el año 2019 es el siguiente:

19.203.000 euros

En consecuencia, el importe máximo de la multa no podrá superar el siguiente importe:

960.150 euros.



La sanción debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 LDC, siguiendo los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este caso, toda vez que:

a) Que el mercado afectado es el del transporte regular de personas de uso general. Este transporte tiene el carácter de servicio público de titularidad de la Administración, y puede ser utilizados, sin discriminación, por cualquiera persona que lo desee de acuerdo con la normativa de aplicación en esta materia. Es preciso recordar que se trata de un sector sometido a una intensa regulación tanto europea, como nacional y autonómica, exigiéndose para su prestación como título habilitante, la correspondiente concesión administrativa, obtenida, como en este supuesto, a través del correspondiente procedimiento de licitación pública. En consecuencia, el mercado de producto en el presente expediente es lo del transporte regular de viajeros de uso general por carretera en las líneas objeto de la licitación en la que se detecta una práctica anticompetitiva.

b) El ámbito geográfico es el de la Comunidad Autónoma. En este mismo sentido lo indicó el informe pericial de parte aportado por la propia empresa Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL.), en fecha 13 de diciembre de 2018. Afectará de forma especial a los usuarios de la zona del norte de la provincia de Lugo, en la zona denominada como A Mariña luguesa. Se trata de un mercado, como ya indicamos, con una gran dispersión poblacional ya que afecta a 12 municipios y la 97 entidades que aglutinan una población de 64.602 habitantes. Los servicios buscan conectar esas localidades y entidades con los lugares donde se sitúan los centros de atención de los viajes por parte de los usuarios: servicios sanitarios (como el Hospital de la Costa en Burela, hospital de referencia del área norte de la provincia de Lugo), centros educativos, lugares de ocio y administrativos. El ámbito territorial del contrato XG-533 se caracteriza por una movilidad diaria motorizada en desplazamientos de más de un kilómetro de 77.142, divididos en 31.734 desplazamientos de carácter intermunicipal y de 45.408 desplazamientos de carácter municipal. Debemos recordar que de acuerdo con previsto en el RDC, art. 2. 4º la regla de minimis no se aplican a las conductas prohibidas por el art. 3 de la LDC cuando se trata de empresas beneficiarias de derechos exclusivos, como son las empresas concesionarias de transporte regular de viajeros de uso general por carretera.

c) De acuerdo con el Informe Ardan Galicia 2019 elaborado por el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, la empresa Arriva Galicia es la quinta empresa del sector por ingresos en Galicia y representa el 4,85% de los ingresos del sector; Arriva Galicia es cuarta empresa del sector por VAB (Valor Agregado Bruto) y supone 5,75 del VAB del sector y, por último, es la segunda empresa del sector en Galicia por el número de empleados y supone el 7,47% del total de empleados del sector de transporte terrestre de pasajeros de Galicia. El número de empresas del sector es de 174.

d) Arriva Galicia, según su página web, es el principal proveedor de servicios de autobuses en el norte de Galicia, y transporta cada año más de 5 millones de



pasajeros y más de 10.000 escolares. Cuenta con el 300 trabajadores y una flota de 224 vehículos. La denunciada es una empresa que forma parte de un grupo multinacional, ya que el grupo Arriva forma parte de Duetsche Bahn el mayor operador de servicios de transporte público de Europa con mas de 62.000 empleados operando en 14 países.

e) La infracción se produce en el marco de una contratación pública convocada por la Xunta de Galicia, en el momento que se inicia un proceso de apertura a licitación de los contratos de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera, que, como explica la propia Dirección de Movilidad, permanecieron, por diversos motivos cerrados al mercado de la licitación pública. El contrato se licita por un plazo de 22 meses ampliable hasta 24, computo que se inicia desde la fecha de formalización del contrato. La infracción consistió en la aportación de información que no era cierta tanto en la licitación pública convocada para la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 "A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos" como, una vez resuelto el mismo, en el momento en el que se surgió el nuevo contratista su cumplimiento.

f) La actuación de la empresa Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL.), afectó a una contratación pública pero cuya duración era muy limitada, ya que no podría exceder de 24 meses.

g) La infracción afectó a solo a uno de los 41 contratos de transporte regular de personas de uso general que fueron licitados por la Xunta de Galicia en esa fecha.

h) La infracción se produjo en un momento en que por primera vez se estaba realizando la apertura de este mercado

i) El beneficio ilícito que sí había tenido éxito a actuación anticompetitiva de la denuncia supondría expulsar de esa concesión, y cierto que por poco tiempo, a una empresa competidora que había ganado legítimamente el proceso de licitación pública, alterando la finalidad que se persigue a través de la licitación publica que es obtener precios y condiciones mejores en la adquisición de bienes y servicios lo que redundan en beneficio de la Administración y de la sociedad.

j) El objetivo que la empresa Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL.) perseguía no lo pudo conseguir por la actuación de los servicios de la Dirección General de Movilidad y no fue posible a expulsión de la UTE Autos Morán, SL Autocares Rodríguez Domínguez, SL del contrato XG-533. Lo que debe de ser considera como circunstancia atenuante, así como también que mantuviera los contratos de varios de los trabajadores que había declarado subrogables.

k) No existen circunstancias agravantes de las contempladas en el art. 64 2 de la LDC

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, conforme los criterios de graduación del art. 64 de la LDC y la STS de 29 de enero de 2015 el límite de la sanción se fija en el 1% del volumen total de negocio.



De este modo, la sanción impuesta a Arriva Noroeste, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL.) es de 192.030 euros.

A la vista de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales consistente en la aportación de información que no era cierta tanto en la licitación pública convocada para la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera denominado XG-533 “A Mariña, Viveiro, Ribadeo, con anexos”, así como, una vez resuelto el mismo, para su cumplimiento por parte de la empresa que resultó adjudicataria.

SEGUNDO: Declarar responsable de la dicha infracción a la mercantil ARRIVA GALICIA, SL. con CIF: B82387176.

TERCERO: Imponer a ARRIVA GALICIA SL. con CIF: B82387176, la sanción consistente en una multa de **192.030 euros**.

CUARTO: Instar a la empresa a que en el futuro se abstengan de cometer prácticas como las que constituyen el objeto de la presente Resolución.

QUINTO: Instar a la Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución.

D. Ignacio López-Chaves Castro

D. Daniel Neira Barral

Presidente

Vocal/Secretario