

RESOLUCIÓN (Expte. S-2/2007. Autobuses de Ourense).

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vocal
D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, a 20 de febrero de 2008

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), con la composición indicada más arriba y siendo ponente D. José Antonio Varela González, presidente, dictó la siguiente Resolución en el expediente sancionador S-2/2007, 7/2006 del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (SGDC), originado por la denuncia presentada por D. A. P. A., en nombre y representación de la sociedad mercantil ANPIAN, S.A., contra Urbanos de Ourense, UTE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 7 de la Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de junio de 2006 tuvo entrada en el SGDC escrito de denuncia presentado por D. A. P. A., en nombre y representación de la sociedad mercantil ANPIAN, S.A. (ANPIAN en el sucesivo), en el que formulaba denuncia contra Urbanos de Ourense, UTE (URBANOS en el sucesivo) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 7 de la LDC, consistentes en la *“realización de actos de confusión y engaño provocados por la utilización de un cartel anunciador, situado en la parte superior frontal de los autobuses que realizan la línea 7 [del transporte urbano], anunciando la realización de un servicio entre “Covandoga-Valenzá”, a pesar de no ser titular de ningún tipo de autorización administrativa para efectuar transporte de viajeros a esta última localidad.”*
2. Como consecuencia de la referida denuncia, el SGDC inició la información reservada a que se refiere el artículo 36.3 LDC.
3. A la vista de la información obtenida, de acuerdo con el dispuesto en el art. 37.1 LDC, la Subdirectora General de Defensa de la Competencia dictó Providencia de fecha 30 de octubre de 2006, por la que se acordaba incoar

expediente sancionador a URBANOS por supuestas conductas prohibidas por la LDC.

4. El 9 de noviembre de 2006, el SGDC notificó la providencia al AYUNTAMIENTO DE OURENSE por considerarlo interesado directo en el procedimiento.
5. En la fase de alegato a la admisión a trámite, ANPIAN amplía su denuncia a la presunta captación ilícita de usuarios por URBANOS, tras la prolongación de la cabecera del servicio de la línea 7 del transporte urbano incluso al límite de los términos municipales de Ourense y Barbadás, por un acuerdo del AYUNTAMIENTO DE OURENSE del 28 de noviembre de 2005. Tal actuación es calificada por ANPIAN como competencia desleal.
6. Para el SGDC la utilización del término “Valenzá” en los carteles anunciadores del recorrido de la línea 7 “Covadonga-Valenzá” y en las paradas de dicha línea, una vez eliminado el servicio a la Valenzá, así como la ampliación de una nueva parada en el itinerario de la línea 7 del transporte urbano de viajeros, parada ubicada a pocos metros (2-6) del límite entre los ayuntamientos de Ourense y Barbadás, deben calificarse como actos desleales que distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado, afectando al interés público y, por lo tanto, como conductas prohibidas polo artículo 7 LDC.
7. A juicio del SGDC, la responsabilidad de los citados hechos corresponde a la empresa URBANOS y al AYUNTAMIENTO DE OURENSE. A este último porque la actuación de URBANOS *“está sometida a las facultades del ayuntamiento sobre las condiciones de la concesión”* del servicio público del transporte urbano.
8. Con fecha 2 de marzo de 2007, el SGDC elevó informe-propuesta al TGDC, junto con el correspondiente expediente, en el que propone las siguientes medidas:

“Primero: Se declare acreditada la realización de conductas prohibidas por el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la utilización indebida de la denominación “Covadonga-Valenzá” en los autobuses de la línea 7 del transporte urbano de viajeros en el Ayuntamiento de Ourense y en la situación de la última parada cerca del límite con el Ayuntamiento de Barbadás, captando con esto tráfico exclusivos de la empresa Anpian, S.A., concesionaria del transporte interurbano.

Segundo: Se declare responsables de estas conductas al Ayuntamiento de Ourense, por sus competencias sobre la concesión del servicio público del transporte urbano; y a Urbanos de Ourense, UTE, por llevar a cabo tales conductas sin instar ante el ayuntamiento la modificación de las condiciones de la concesión, beneficiándose además de sus efectos anticompetitivos.

Tercero: Se intime al Ayuntamiento de Ourense para que inste a Urbanos de Ourense, UTE a modificar tal denominación, sustituyendo el término "Valenzá" por otro más preciso en relación con el trayecto real del autobús urbano, y sitúe la última parada de la línea 7 en un lugar más alejado del límite del término municipal, a una distancia no inferior a 100 metros de ese límite.

Cuarto: Se ordene la publicación, a costa del Ayuntamiento de Ourense y de Urbanos de Ourense, UTE, de la parte dispositiva de la resolución que en su momento se adopte, en el Diario Oficial de Galicia.

Quinto: No se propone la imposición de multas sancionadoras".

9. Con fecha 12 de marzo de 2007, el Pleno del TGDC admitió a trámite el expediente, que fue identificado con el número S 2/2007. "Autobuses de Ourense", designando como ponente del mismo, según el correspondiente turno, al presidente del TGDC, D. José Antonio Varela González. Con la misma fecha se notificó a los interesados la admisión a trámite del expediente, concediéndoles un plazo de 15 días para la vista del mismo, así como para poder solicitar la celebración de vista oral y proponer cuantos medios de prueba estimaran oportunos a sus intereses.

En este trámite, con fecha 21 y 23 de marzo de 2007, comparecieron para examinar el expediente representantes de ANPIAN y URBANOS, respectivamente.

10. Con fecha 29 de marzo de 2007, D. M. M. L., en nombre y representación de URBANOS, presentó escrito de proposición de prueba, declarando expresamente, asimismo, que no consideraba necesaria la celebración de vista oral.

Con fecha 30 de marzo de 2007, D. A. P. A., en nombre y representación de ANPIAN, presenta su escrito de proposición de prueba y manifiesta quedar a disposición de lo que decida el Tribunal respecto a celebración de vista oral.

11. El Pleno deliberó sobre este asunto en su reunión celebrada el día 13 de abril de 2007, acordando mediante auto, de fecha 16 de abril de 2007, resolver sobre las mismas y rechazando la celebración de vista.
12. Practicada la prueba admitida por el Pleno, el ponente dictó la correspondiente Providencia para resumen de prueba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.3 LDC, presentando las partes interesadas las observaciones que estimaron pertinentes.
13. El Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia deliberó y se pronunció sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 30 de enero de 2008.

14. Son interesados:

- Anpian, S.A.
- Urbanos de Ourense, UTE.
- Ayuntamiento de Ourense.

HECHOS ACREDITADOS

1. La empresa ANPIAN es la concesionaria del servicio público regular permanente de uso general de transporte de viajeros por carretera “V-7060, XG 434. Ourense-Entrimo”, con anexos, lo que incluye el servicio de transporte interurbano entre Barbadás y Ourense. Entre otras tiene autorizada la línea de expedición “2.4.1.37. Ourense-Rotonda Valenzá- A Valenzá- Barbadás- Cruce Sobrado- Sobrado- Bentraces- Rotonda Valenzá- Ourense- [...]”.
2. La empresa URBANOS es la concesionaria del servicio de transporte urbano de viajeros en el ayuntamiento de Ourense desde el 23 de abril de 2005. La explotación de la concesión por esta empresa se inició el 22 de octubre de 2005. Hasta esa fecha, el servicio fue prestado por la anterior concesionaria, la empresa “Ourensana de Transportes, S.A.”.
3. La concesión del servicio de transporte urbano de viajeros integra diversas líneas, siendo la 7, que realiza el itinerario denominado “Covadonga-Valenzá”, una de las más importantes. Cuando el servicio de transporte urbano era prestado por la empresa “Ourensana de Transportes, S.A.”, antes de que URBANOS tomara la concesión, el autobús de la línea citada entraba en el ayuntamiento de Barbadás, dando servicio a la localidad de A Valenzá. Ante esta situación, que lesionaba sus legítimos intereses, ANPIAN, después de solicitar la supresión de ese servicio ante el ayuntamiento de Ourense y la Dirección General de Transportes de la Xunta de Galicia, denunció la situación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSXG).
4. La sentencia del TSXG, del 21 de octubre de 2004, declaró que la empresa adjudicataria del transporte urbano de Ourense (en esa fecha Ourensana de Transportes, S.A.) *“pudiera no respetar por exceso su radio de acción autorizado, llegando a salir del término municipal de Ourense hacia el término municipal de Barbadás con posible perjuicio de la aquí recurrente [ANPIAN] en cuanto a la actuación en la localidad de “A Valenzá.”* De la sentencia resulta evidente que sólo ANPIAN podía, y puede, trasladar viajeros entre Barbadás y Ourense, y viceversa.
5. Como consecuencia de la sentencia anterior, el AYUNTAMIENTO DE OURENSE acordó la supresión del servicio en Barbadás a partir del 1 de octubre de 2005, lo que comunicó a Ourensana de Transportes, empresa que en ese momento gestionaba el transporte urbano. URBANOS, que comenzó la explotación de la concesión el 22 de octubre de 2005 ya no prestó servicio en el ayuntamiento de Barbadás.

6. A pesar de la eliminación del recorrido por el lugar denominado A Valenzá en el ayuntamiento de Barbadás, no se modificó la denominación del trayecto de la línea 7, recogida en el pliego de condiciones de la concesión, y los autobuses de esa línea siguen utilizando en la actualidad como cartel anunciador de su recorrido el de “Covadonga-Valenzá”. El término “Valenzá” aparece también en los carteles de las paradas ubicadas en el trayecto de la citada línea 7.
7. Si bien los implicados en este expediente están de acuerdo sobre la existencia de un lugar denominado A Valenzá, vertebrado alrededor de la Avenida de Celanova, en el ayuntamiento de Barbadás; tal consenso no existe sobre si una pequeña parte de ese lugar se integra en el ayuntamiento de Ourense.
8. La sentencia del TSXG a que se hace referencia en el punto 4 generó un problema de servicio a los residentes en la Valenzá (en Barbadás). ANPIAN intentó resolverlo con la adquisición de dos nuevos autobuses, para incrementar la frecuencia de los viajes, y el alineamiento de la tarifa a la previa del transporte urbano. Simultáneamente, por resolución de la Dirección General de Transportes, del 7 de octubre de 2005, se modificó la concesión de ANPIAN, estableciendo una nueva expedición parcial, con carácter provisional en tanto en cuanto no se había aprobado el área de Transporte Metropolitano de Ourense.
9. El 28 de noviembre de 2005 -con posterioridad a la ejecución de la sentencia del TSXG antes citada y a la resolución de la Dirección General de Transportes-, en virtud de una decisión del concejal responsable del AYUNTAMIENTO DE OURENSE, se autorizó a la empresa URBANOS a utilizar una nueva parada en el itinerario de la línea 7 del transporte urbano de viajeros, parada que está situada en el ayuntamiento de Ourense, a pocos metros (2-6) del linde con el ayuntamiento de Barbadás. Según el SGDC, *“esta decisión parece una compensación por la supresión del servicio a la Valenzá y una forma fraudulenta de minimizar los efectos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por lo que procedería su revocación”*.
10. La nueva parada de la línea 7 convirtió en penúltima la anterior parada, también situada en el término municipal de Ourense, a unos 200 metros de su límite territorial. Consecuentemente, la nueva parada constituye una añadidura, una ampliación de la línea -tal como en una inspección visual del recorrido de la línea 7 verificaron miembros del TGDC- y no una simple reubicación de la parada anterior, como dice el Concejal Delegado de Régimen Interior.
11. En consecuencia, en la actualidad, los autobuses de la línea 7, manteniendo el cartel “Covadonga-A Valenzá” finalizan su recorrido en una parada ubicada en la calle de la Anguila, 6, muy cerca del límite territorial de los ayuntamientos de Ourense y Barbadás, con potencial para atraer usuarios que residen en el lugar de la Valenzá del ayuntamiento de Barbadás.

12. Para poder utilizar la nueva parada, en ambas direcciones, y dada la configuración de las carreteras, el autobús tiene que entrar en el ayuntamiento de Barbadás y realizar un recorrido en vacío de alrededor de 1.600 metros. Si no se hubiera ampliado la línea 7 con esta última parada, los autobuses de esa línea podrían girar sin entrar en el ayuntamiento de Barbadás. Por otra parte, cuando el autobús va en dirección “Valenzá-Covadonga”, para recoger a los usuarios en el carril de acceso a la carretera de Celanova y al centro comercial Carrefour, la maniobra que tiene que realizar para incorporarse al carril de entrada en el ayuntamiento de Ourense cruza una línea continua.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley 6/2004, del 12 de julio, el TGDC tiene atribuida la competencia para resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto: a) Acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, prohibidas en el número 1 del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, siempre que las mismas tengan sus efectos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. b) Conductas de explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado, o de una situación de dependencia económica, prohibidas ambas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. c) Actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia resulten prohibidos conforme al artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- La presente resolución se realiza al amparo de lo dispuesto en la Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), al tratarse de un expediente incoado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en aplicación del dispuesto en el apartado 1º de la Disposición transitoria primera, de la citada Ley 15/2007.

TERCERO.- ANPIAN denuncia la conducta individual de URBANOS, en tanto que productora de actos considerados ilícitos de competencia desleal en la prestación del servicio de transporte de viajeros, que perjudican sus intereses como operador de transporte interurbano, ya que recoge y deja usuarios en una parada que, al estar muy cerca del límite territorial del ayuntamiento de Barbadás, la zona de influencia a la que “irradia” capta usuarios del lugar de A Valenzá en Barbadás, y utiliza carteles con la denominación de ese lugar.

Así pues, las conductas de URBANOS denunciadas por ANPIAN son dos: (1) la prolongación de la cabecera de la línea 7, actualmente “Covadonga-Valenzá”, por URBANOS a unos pocos metros del límite del ayuntamiento de Ourense, que el denunciante considera un acto de competencia desleal, si bien no lo califica específicamente, y (2) la utilización por URBANOS de un cartel identificador del recorrido del autobús en el que figura el término “Valenzá”, que

ANPIAN entiende competencia desleal, calificándola como “acto de engaño y confusión”.

CUARTO.- Por su parte, el SGDC está de acuerdo con el denunciante en que los dos actos antedichos constituyen conductas prohibidas por el art. 7 de la LDC, es decir, conductas de competencia desleal, si bien considera responsable de los mismos no solo a URBANOS, *“por llevar a cabo tales conductas sin instar ante el ayuntamiento la modificación de las condiciones de la concesión, beneficiándose además de sus efectos anticompetitivos”*; sino también al AYUNTAMIENTO DE OURENSE, *“por sus competencias sobre la concesión del servicio público del transporte urbano”*.

Según el artículo 80.2.m) de la Ley gallega 5/1997, del 22 de julio, de Administración Local, el ayuntamiento ejercerá, competencias en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma en el transporte público de viajeros; mientras que según el artículo 81.d), cuando el ayuntamiento tenga más de 50.000 habitantes prestará, además de otros servicios, el de transporte colectivo urbano de viajeros.

QUINTO.- Desde el punto de vista sustancial, en este expediente son relevantes las siguientes cuestiones:

- A. Competencia del TGDC para declarar responsable de los actos denunciados al AYUNTAMIENTO DE OURENSE, en tanto que Administración Pública, y para intimarlo a que inste a URBANOS a modificar su conducta.
- B. Calificación de los actos realizados por URBANOS como competencia desleal cualificada en el sentido establecido por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

A. COMPETENCIA DEL TGDC PARA DECLARAR RESPONSABLE DE LOS ACTOS DENUNCIADOS AL AYUNTAMIENTO, EN TANTO QUE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y PARA INTIMARLO A QUE INSTA A URBANOS A MODIFICAR SU CONDUCTA.

SEXTO.- El SGDC propone que el Tribunal intime al AYUNTAMIENTO DE OURENSE para que inste a URBANOS a que sitúe la última parada de la línea 7 a una distancia no inferior a 100 metros del límite municipal y a modificar la denominación, de la línea 7 sustituyendo el término “Valenzá” por otro más preciso en relación con el trayecto real del autobús urbano. Esta propuesta supone la aceptación del SGDC de que el AYUNTAMIENTO DE OURENSE tiene competencias para ordenar y, por lo tanto, regular el servicio de transporte de viajeros e incluso para acometer la ampliación de las paradas existentes. Esto está de acuerdo con el artículo 81.d) de la Ley gallega 5/1997, del 22 de julio, de Administración Local, cuando el ayuntamiento tenga más de 50.000 habitantes prestará, además de otros servicios, el de transporte colectivo urbano de viajeros, y también con el artículo 297 de la misma Ley gallega, que dice: *“Las entidades locales tendrán plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, de conformidad*

con el establecido por la legislación de régimen local y otras disposiciones aplicables”.

En el caso de la parada, la imputación del SGDC al AYUNTAMIENTO DE OURENSE se basa en el hecho de que la *“soberanía del AYUNTAMIENTO DE OURENSE en el establecimiento de las paradas en su término municipal no supone que el citado ayuntamiento pueda hacerlo de cualquier manera y, sobre todo, de una manera arbitraria”*. En este sentido, la STS, del 17 julio de 1998, sobre un recurso relativo al transporte de viajeros entre Monforte y el mercado ganadero por los autobuses urbanos, señala que: *“El artículo 25.2.II) de la última norma acotada [Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985] atribuye, ciertamente, a los Municipios el ejercicio de las competencias relativas al transporte público de viajeros; pero esta atribución no implica la concesión de una patente de absoluta e indiscriminada potestad reguladora en el ámbito del territorio municipal, ya que el mismo artículo expresa que dicha potestad será ejercida «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas», un constante principio inspirador de las cuales es el respeto a las concesiones preexistentes”*.

El SGDC argumenta en su informe-propuesta que la ampliación de una nueva parada en la línea 7, actualmente “Covadonga-Valenzá”, a unos pocos metros del límite del ayuntamiento de Ourense supone una infracción del artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) como consecuencia de la infracción de lo dispuesto en el art. 64.2, párrafo segundo, del ROTT (Real Decreto 1211/1990, del 28 septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, que ha sido objeto de diversas reformas), que impide establecer nuevos servicios cuando: *“aún sin existir una coincidencia absoluta de los tráficos previstos en ellos con los de otros servicios preexistentes, los nuevos servicios vayan a realizar tráficos que tengan su origen o destino en otros núcleos que por su cercanía a los anteriores y número de habitantes, supongan atender demandas de transporte sustancialmente coincidentes”*. Esta norma tiene por finalidad evitar las demandas coincidentes aunque no exista *“coincidencia absoluta de los tráficos”*. En el presente caso, la decisión del ayuntamiento de prolongar la cabecera de la línea 7 hasta el límite del término municipal, en noviembre de 2005, perjudica el mejor derecho de Anpian, concesionario del transporte interurbano, ya que tal decisión tiene como consecuencia la captación ilícita de usuarios de Barbadás, clientes naturales de la línea interurbana”.

La argumentación del SGDC se puede vincular asimismo con la sentencia del Tribunal Supremo, del 18 de julio de 1988, en la que se dice *“la competencia de los Ayuntamientos en materia de transporte y de policía de uso de las vías públicas dentro del término municipal tiene efectivamente un solo límite, que necesariamente habrán de respetar, y este límite no es otro que las concesiones estatales en vigor”*.

Por su parte, el Concejal Delegado de Régimen Interior del Ayuntamiento de Ourense señala que, en la ampliación de la parada de la línea 7, el ayuntamiento *“está a desarrollar las competencias que le atribuyen las normas, como ocurre en este caso: art. 25.2.II) de la Ley 7/1985, del 2 de abril, de*

bases del régimen local; art. 80.2.m) de la Ley gallega 5/1997, del 22 de julio, de administración local de Galicia y arts. 113 a 118 de la Ley 16/1987, del 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres”.

SÉPTIMO.- La argumentación del SGDC hace referencia a la posible arbitrariedad del AYUNTAMIENTO DE OURENSE en la prolongación de la cabecera de la línea 7 al no tener en cuenta las normas que condicionan su soberanía. Aunque tal infracción se hubiese producido, hay una cuestión previa a examinar: si el TGDC es el órgano competente para fiscalizar las actuaciones del AYUNTAMIENTO DE OURENSE dada la naturaleza de Administración Pública de éste, en ejercicio de su *ius imperi*. Si el AYUNTAMIENTO antedicho actuó en ejercicio de funciones propias para el cumplimiento de sus fines -es decir, produciendo un tipo de actos administrativos y no como operador económico-, no le alcanza la legislación española de competencia desleal, ya que su actuación no tiene fines concurrenciales.

En este punto es relevante considerar la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en las resoluciones que tuvieron que examinar actos de las Administraciones Públicas y, en particular, en el ámbito del transporte. En la Resolución del expediente 419/97, Cruz Roja de Fuengirola, en su Fundamento de Derecho Tercero, el TDC señala que cuando una autoridad local actúa como regulador, la revisión de si su actuación se ajustó a derecho o no *“es una cuestión ajena a la actividad de este Tribunal, que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones Públicas”*. Esta posición se mantiene en la Resolución 363/99 (CSI-D. G. Aviación Civil) que, en el Fundamento de Derecho Primero, señala: *“la revisión de la adecuación de los actos administrativos a las Leyes en que se fundamentan corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*. Más recientemente, en el expediente 695/06 (Transportes Tenerife), el TDC confirmó la línea argumental antedicha, indicando: *“las actuaciones municipales relacionadas con la ordenación del transporte urbano se encuentran dentro del campo de Derecho Administrativo y en ellas el Ayuntamiento no actúa como operador económico, sino en el ejercicio de sus potestades legales. En tales casos, la LDC no atribuye a los órganos resolutorios de defensa de la competencia capacidad para fiscalizar las disposiciones reglamentarias dictadas por los órganos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus atribuciones legales, ni para dictar resoluciones ejecutivas o declarativas en relación con su validez o eficacia, correspondiendo esas facultades de forma exclusiva a los órganos jurisdiccionales, conforme resulta de lo dispuesto por el artículo primero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*.

Por su parte, en el Fundamento de Derecho Segundo de la STS 1348/2006, mencionada por el denunciante, se dice: *“Mientras es claro que la contratación de suministros de bienes y servicios por parte de la Administración, en cuanto actividad producida en el mercado y apta para afectar a la promoción y difusión de las prestaciones de terceros, ha de respetar las exigencias del orden jurídico concurrencial, la actividad reguladora de la Administración habría de quedar, en principio, excluida del ámbito de aplicación de la LCD, sin perjuicio de que la actuación de la Administración Pública en la ordenación, impulso y vigilancia de la actividad económica haya de ajustarse a las bases de orden concurrencial”*.

Y más adelante, incidiendo en lo mismo, señala: ***“La actividad reguladora de los poderes públicos, en su aspecto normativo o en cuanto gestor de las políticas públicas o relativa a la vigilancia de la actividad de los administrados queda excluida de la normativa sobre competencia desleal”***.

De acuerdo con lo anterior, el TGDC considera que: (a) los actos denunciados se relacionan con la ordenación del transporte urbano, se desarrollan en el ejercicio de potestades legales y, por lo tanto, el AYUNTAMIENTO DE OURENSE actúa en ellos como regulador del servicio, no como operador económico; (b) la evaluación de la conducta del AYUNTAMIENTO DE OURENSE como regulador está excluida de la normativa sobre competencia desleal, y (c) la fiscalización de si los actos municipales asociados a la denuncia están ajustados, o no, a otros ámbitos del Derecho, extralimita las competencias resolutorias del Tribunal.

Cuando menos en lo relativo a la ampliación de la nueva parada, esta evaluación del TGDC resulta acorde con la propia consideración del responsable de ANPIAN que, en su solicitud ante el Director General de Transportes, señala que *“a ella [Xunta de Galicia] le corresponde instar al Ayuntamiento de Ourense el respeto a la legalidad y, en caso de no ser posible, adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar mis legítimos intereses y conseguir la armónica ordenación de los transportes urbanos e interurbanos. Sí ello no fuera posible en un contexto de colaboración interadministrativa, parece evidente a esta empresa que dichos objetivos deberían ser perseguidos por la Xunta por la vía jurisdiccional”*.

OCTAVO.- La falta de competencia del TGDC para instar a las Administraciones Públicas cuando actúan como reguladores no implica que el denunciante no pueda, si lo estima idóneo, recurrir a las Autoridades correspondientes -tal como tiene hecho, según la información suministrada el 27 de octubre de 2006 por el Subdirector General de Ordenación del Transporte- y, en caso de que éstas no solucionen el problema, a los Tribunales jurisdiccionales para que juzguen si los dos actos denunciados son conformes a Derecho -tanto desde la perspectiva de su necesidad para una mejor prestación del servicio como de la posible ilegalidad de la decisión de ampliación de la línea 7, por defectos del procedimiento seguido por el AYUNTAMIENTO DE OURENSE en su actuación unilateral, de la presunta ilegalidad del mantenimiento del termino “Valenzá” en el cartel de esa línea, y de la eventual falta de consideración de los intereses legítimos del denunciante- y resuelvan lo procedente.

B. CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR URBANOS COMO COMPETENCIA DESLEAL CUALIFICADA EN EL SENTIDO ESTABLECIDO POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TDC)

NOVENO.- Dado que nadie argumenta que los actos denunciados puedan ser conductas colusorias o abuso de posición de dominio, sólo en caso de que fuesen competencia desleal, el TGDC tendría potestad para entender del

asunto, ya que el artículo 7 de la LDC incluye el falseamiento de la libre competencia por actos desleales como ilícito concurrencial.

Ahora bien, en repetidas ocasiones, el TDC indicó que el artículo 7 LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger directamente los intereses de los competidores perjudicados, de lo que se encarga la Ley 3/1991, de 10 febrero, de Competencia Desleal (LCD). Por tanto, la deslealtad que considera el art. 7 LDC es una deslealtad cualificada. Consecuentemente, si el falseamiento de la libre competencia no fuera sensible y no provocara una afectación del interés público, el TGDC tendría que pronunciarse señalando que su tarea no es reprimir ese tipo de deslealtad.

DÉCIMO.- Dado lo anterior, hay dos alternativas para el análisis: (1) examinar si los actos denunciados son comportamientos de competencia desleal y, en caso de que lo fuesen, verificar posteriormente si se dan las condiciones de la cualificación, o (2) examinar si se dan las condiciones de cualificación y, en tal caso, verificar posteriormente si las conductas denunciadas son competencia desleal.

DÉCIMO PRIMERO.- En la primera alternativa el análisis debe comenzar por verificar si los actos denunciados son competencia desleal. El F.D. CUARTO de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), del 22 abril 1998, dice que: *“En general, en el ámbito de la libre competencia, la obtención de un cliente por parte de una empresa, implica la pérdida de este mismo cliente para otra que, por ello, genéricamente interpretado, sufre un perjuicio. Esta concurrencia y competencia, cuyo beneficiario último es el consumidor está permitida siempre que se realice con medios honestos y honrados, sancionándose la competencia como consecuencia de abusos, denominándose competencia desleal a la captación de clientes realizada mediante maniobras de maquinaciones, o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial”*.

DÉCIMO SEGUNDO.- ANPIAN considera que los dos actos denunciados tienen capacidad para captar usuarios con residencia en el lugar de A Valenzá (en el ayuntamiento de Barbadás), que le corresponderían a ella en razón de la concesión que tiene, y que tales actos, tomando los términos de la sentencia antedicha, suponen intrigas de URBANOS.

En la captación de usuarios potenciales de ANPIAN las dos conductas denunciadas son sinérgicas, es decir, una refuerza a la otra, si bien con diferente funcionalidad. Mientras que mantener la denominación de A Valenzá en los carteles, si no hay una parada de autobús cerca de tal lugar, no sería funcional y constituiría un engaño; situar una nueva parada muy cerca del límite del ayuntamiento y de donde vive un amplio número de usuarios del servicio de transporte público, aun sin usar la denominación “Valenzá”, tiene potencial de captación. Por ello, entiende este Tribunal que el acto más relevante es la ampliación de la nueva parada, ya que sin ella el mantenimiento de la denominación no tendría sentido.

Se tiene, pues, que examinar si los actos de URBANOS denunciados por ANPIAN encajan en alguno de los supuestos contemplados en la LCD, en sus artículos específicos (6 a 17) y, si no habían tenido cabida en ninguno de ellos, si dichos actos son contrarios al artículo 5 de la misma Ley, sobre buena fe objetiva.

DÉCIMO TERCERO.- La ampliación de la nueva parada de la línea 7 no es tipificada específicamente por el denunciante, si bien dice que es competencia desleal. Para hacer esa calificación hace falta identificar los artículos de la LCD presuntamente vulnerados por URBANOS.

La argumentación del SGDC se orienta sobre el AYUNTAMIENTO DE OURENSE, pero no sobre la realización de la nueva parada por URBANOS. Esta conducta, en relación a los artículos 6 al 17 de la LCD, sólo puede ser asociada al artículo 15, en sus apartados 1 y 2, sobre la posibilidad de apreciar una violación de normas, que generaran una ventaja significativa de URBANOS, o que tengan un contenido concurrencial.

El apartado 1 del artículo 15 establece que se considera desleal aprovecharse (“prevalerse”) en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las Leyes, añadiendo que la ventaja ha de ser significativa; mientras que el apartado 2 del mismo artículo señala que tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Según el TDC, en su Resolución del Expediente 439/98 (Ambulancias Cataluña), para la aplicabilidad del artículo 15.1 se requiere un conjunto de condiciones: (a) que exista una infracción de normas jurídicas; (b) que de la infracción se derive una ventaja competitiva; (c) que la ventaja sea significativa; y (d) que haya un aprovechamiento en el mercado de esa ventaja. Por su parte, el Tribunal Supremo interpreta el apartado 1 del artículo 15 no simplemente como adquirir una ventaja competitiva por infracción de las normas legales, sino en aprovecharse de tal ventaja (STS de fecha 28-11-2003 [RJ 20038362/8362]).

Así pues, la infracción debe otorgar alguna ventaja, de la que no puede disponer el perjudicado por el acto desleal justo porque cumple la norma en cuestión. Idealmente, ambos competidores se deberían encontrar en un plano de igualdad en lo que al cumplimiento de la normativa se refiere. El incumplimiento de una parte y el cumplimiento de la otra es lo que genera la correspondiente ventaja.

DÉCIMO CUARTO.- Desde esta perspectiva, el Tribunal considera que la realización de la última parada de la línea 7 por URBANOS no constituye un acto de competencia desleal a la luz del punto 1 del artículo 15 LCD, pues no se acreditó que el denunciado vulnera ninguna norma, ni tampoco se identificó ninguna discriminación, en el sentido de que ANPIAN cumpla una norma que URBANOS incumple.

Cuando los autobuses de URBANOS realizan la parada en la nueva cabecera de la línea 7, no actúa haciendo intrigas, sino que opera de una manera consistente con la decisión del AYUNTAMIENTO DE OURENSE, responsable de la regulación del transporte urbano, respetando las normas existentes relativas a la prestación del servicio en concesiones públicas.

DÉCIMO QUINTO.- Otra alternativa de análisis es considerar el artículo 15.2 LCD, que señala que tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Tampoco en este caso se identifican normas jurídicas infringidas por URBANOS.

DÉCIMO SEXTO.- En cuanto al artículo 5 de la LCD, que establece la llamada "Cláusula general", entiende este Tribunal que la realización de la última parada de la línea 7 por URBANOS no se puede calificar de contraria a las exigencias de la buena fe, por cuanto siguió las indicaciones del AYUNTAMIENTO DE OURENSE sobre la forma de prestar el servicio de transporte urbano, no siendo una estrategia propia, un acto libre. Esto es reconocido por el SGDC, que en su informe-propuesta indica que la actuación de URBANOS *"está sometida a las facultades del ayuntamiento sobre las condiciones de la concesión"* e, incluso, por el representante de ANPIAN cuando señala que *"el Ayuntamiento de Ourense, adoptó la decisión de prolongar la cabecera del servicio de la línea 7 de los autobuses urbanos hasta el mismo límite de su término municipal, [...], permitiendo que el transporte urbano captara y capte de forma ilegal tráfico en perjuicio de mi representada..."*.

Además, puede dudarse de que sea procedente la consideración de esa cláusula general ya que, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª), del 10 mayo de 2004, en su FD CUARTO, *"no procede la consideración de la cláusula general en los casos en los que la conducta enjuiciada encaja en todos sus aspectos en cualquiera de los actos que han merecido un tipo propio y ello tanto para el caso en que se estime desleal la conducta por concurrir las circunstancias determinantes establecidas en el tipo correspondiente, como sobre todo sí se estimó que no se dan cita en ella ninguna de tales circunstancias y en ese aspecto no es lícito pretender incorporar en la cláusula general de deslealtad conductas objetivamente encuadradas en tipos específicos de los que, sin embargo, escapan"*.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En lo relativo al uso del cartel anunciador que, situado en la parte superior frontal de los autobuses que realizan la línea 7 [del transporte urbano], anuncia la realización de un servicio entre "Covadonga-Valenzá", el denunciante califica este acto como competencia desleal, y más concretamente, como una infracción de los artículos 6 y 7 de la LCD, relativos a actos de confusión y engaño, ya que el término "Valenzá" corresponde solamente al ayuntamiento de Barbadás.

Por lo contrario, el Jefe de la Policía Local de Ourense, en su escrito del 3 de agosto de 2006, indica que A Valenzá está constituida en parte en el *"término municipal del Ayuntamiento de Ourense"*. En esta misma línea argumental se

sitúa el representante de URBANOS y el concejal delegado de régimen interior del ayuntamiento de Ourense.

Por tanto, previamente a la calificación del acto, hace falta determinar el espacio a que hace referencia el término “A Valenzá”.

DÉCIMO OCTAVO.- Tal como se ha recogido en el Informe-propuesta, no hay duda de que en el ayuntamiento de Barbadás existe un lugar, o barrio, denominado “A Valenzá”. Esto es reconocido por todas las partes, así como también por la Dirección General de Transportes en su resolución del 7 de octubre de 2005 y en su informe de 27 de octubre de 2006.

Ahora bien, el reconocimiento anterior no implica necesariamente que tal denominación no pueda denotar, en la mente de los ciudadanos, también un espacio dentro del ayuntamiento de Ourense, aunque sea muy pequeño, especialmente cuando, como en el caso que nos ocupa, el lugar de A Valenzá (del ayuntamiento de Barbadás) y el linde del ayuntamiento de Ourense tiene continuidad espacial, aunque exista una frontera institucional. Esta continuidad espacial observada lleva a pensar que los ciudadanos, tanto del ayuntamiento de Ourense como del ayuntamiento de Barbadás -especialmente los que viven cerca del límite territorial entre ambos ayuntamientos- pueden utilizar la denominación A Valenzá para referirse también al lugar del ayuntamiento de Ourense que continúa el lugar de la Valenzá del ayuntamiento de Barbadás, aunque no se identifique en ningún documento oficial (como por ejemplo, Revisión del Plan General de Ordenación Municipal de Ourense), excepto los de la Policía Local de Ourense.

DÉCIMO NOVENO.- El artículo 6 de la LCD denomina como actos de competencia desleal los comportamientos con los que se pretende que el público en general confunda la empresa del imitador con otra u otras que disfrutan de un prestigio o una notoriedad de la que el competidor desleal se quiere apropiar. Aunque este Tribunal puede estar de acuerdo con el hecho de que la utilización de un cartel por la línea 7 con otra denominación podría ser más idónea que con el término “Valenzá”, su utilización por URBANOS no tiene capacidad para inducir a error al público respecto del proveedor del servicio, ni tal utilización pretende aprovecharse del prestigio de la denunciante ni utilizar su notoriedad para captar usuarios.

VIGÉSIMO.- En lo relativo al artículo 7 de la LCD, éste recoge que se considera desleal *“la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquiera otro tipo de práctica que, por las circunstancias en las que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o consigue, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad o cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas”*.

El hecho de que el lugar donde URBANOS realiza la última parada de la línea 7 pueda ser conocido, y denominado por el público como “A Valenzá”, imposibilita que se dé engaño. En cualquiera caso, si éste se produjese, y dado

que en la prestación del servicio el concesionario queda vinculado a las condiciones determinantes del otorgamiento de la concesión, el responsable no sería URBANOS que, como se ha dicho anteriormente, respeta las condiciones establecidas en el pliego de la concesión aprobado por el AYUNTAMIENTO DE OURENSE.

En este sentido, el artículo 75.1 de la Ley 16/1987, del 30 de julio, de Transportes Terrestres (LOTT) señala: *“El servicio deberá prestarse en las condiciones fijadas en el título concesional, el cual recogerá las establecidas en el pliego de condiciones con las precisiones o modificaciones ofrecidas por el adjudicatario, que sean aceptadas por la Administración”*, mientras que el artículo 160 del Real Decreto Legislativo 2/2000, del 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública, indica que: *“el contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación”*.

Por lo tanto, al operar en un régimen concesional, URBANOS no se debe alejar de las condiciones de prestación del servicio establecidas en el pliego de condiciones aprobado por el AYUNTAMIENTO en tanto éste no dé su autorización para modificarlas, ya que de otro modo URBANOS debería ser sancionado. Esto es reconocido por el SGDC, ya que en su informe-propuesta indica que la actuación de URBANOS *“está sometida a las facultades del ayuntamiento sobre las condiciones de la concesión”* del servicio público del transporte urbano de Ourense.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Por lo tanto, según la evaluación anterior los actos realizados por URBANOS y denunciados por ANPIAN no se pueden considerar desleales y, por lo tanto, no hace falta examinar en detalle sus efectos.

Sin embargo, puede ser adecuado señalar tres puntos: (a) el efecto a tener en cuenta por el TGDC, desde su perspectiva de interés público, es el que se produce sobre los consumidores y, en este campo, el Tribunal no identifica efectos negativos significativos, bien al contrario, las informaciones suministradas en los anexos VII y VIII, correspondientes a informes de la Policía Local, reflejan la preferencia de los usuarios y la importante utilización de la línea 7; además, en el caso del cartel con el término “Valenzá”, el representante de URBANOS señala, y nadie lo niega, que *“no hubo quejas o reclamaciones al respecto”*; (b) el efecto conjunto de los dos actos denunciados sobre los intereses económicos de ANPIAN puede ser significativo, a la vista de la lógica económica, la densidad de población de la Valenzá (en Barbadás), la información recogida en la página digital del periódico La Región, la afirmación del Subdirector General de Ordenación del Transporte, y la información subministrada en el anexo VIII, correspondiente a informes de la Policía Local, que refleja la importante utilización de la línea 7 por los usuarios; y (c) el TGDC entiende que el potencial efecto económico negativo en los intereses del denunciante puede ser defendido en la Jurisdicción correspondiente, en la que el afectado podría hipotéticamente además conseguir una compensación por daños y perjuicios.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Además, URBANOS respetó las condiciones fijadas en el pliego de condiciones y siguió las directrices emanadas de la Autoridad responsable de regular el transporte urbano, operando como un mero ejecutor de las condiciones establecidas por el AYUNTAMIENTO DE OURENSE. Esto es asumido de una manera implícita en la Tercera medida propuesta por el SGDC al Tribunal, cuando sugiere que este *“intime al Ayuntamiento de Ourense para que inste a Urbanos de Ourense, ...”* y, en lo relativo a la ampliación de la cabecera de la línea 7, reconocido por el propio representante de ANPIAN que, en su solicitud al Director General de Transportes de la Xunta de Galicia (pp. 52-65), argumenta de manera recurrente sobre las actuaciones *“claramente ilegales”* del AYUNTAMIENTO DE OURENSE e, incluso, de la *“posible existencia de abuso de poder o de desviación de poder por parte de determinados responsables y funcionarios del ayuntamiento de Ourense”*.

Si URBANOS vulnerara las condiciones del pliego de condiciones y las decisiones del AYUNTAMIENTO DE OURENSE llevaría a cabo irregularidades que, por incumplimiento, deberían ser sancionadas por esa misma Autoridad.

VIGÉSIMO TERCERO.- De lo anterior resulta que, si los actos denunciados fueran ilícitos, el responsable sería el AYUNTAMIENTO DE OURENSE, que es quien los decidió y dispone de potestad para modificarlos. Ahora bien, como queda recogido en el punto SÉPTIMO, la evaluación de la conducta de ese AYUNTAMIENTO como regulador está excluida de la normativa sobre competencia desleal y la fiscalización de si los actos municipales asociados a la denuncia están ajustados, o no, a otros ámbitos del Derecho, extralimita las competencias resolutorias del TGDC.

VIGÉSIMO CUARTO.- En el informe-propuesta del SGDC se hace referencia a presuntas actuaciones ilícitas de ANPIAN en el núcleo urbano de Ourense que están siendo examinadas por la Dirección General de Transportes, tras el informe remitido por el ayuntamiento el pasado 7 de diciembre de 2006. Este hecho no es relevante en el presente expediente, pudiendo URBANOS, como indica el SGDC, presentar denuncia por competencia desleal ante el mismo, si lo considera procedente.

En su virtud, este Tribunal

RESOLVIÓ

PRIMERO.- Declarar que no resulta acreditado que constituyan infracciones del artículo 7 de la LDC los actos de URBANOS denunciados, consistentes en la utilización de la denominación “Covadonga-Valenzá” por los autobuses de URBANOS que dan servicio en la línea 7 del transporte urbano de viajeros de Ourense y en la realización por los mismos de una nueva parada cerca del límite con el ayuntamiento de Barbadás.

SEGUNDO.- Declarar que las conductas del AYUNTAMIENTO DE OURENSE, a las que se hace referencia en este expediente, constituyen actuaciones que no pueden ser evaluadas por el TGDC, ya que según la Ley 16/1989, de

Defensa de la Competencia, están excluidas de esa normativa por hacer referencia a la actividad reguladora de una Administración Pública.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses contados desde su notificación.