

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

Pleno

Sres.:

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

En Santiago de Compostela, a 20 de febreiro de 2008

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba e sendo relator D. José Antonio Varela González, presidente, ditou a seguinte Resolución no expediente sancionador S-2/2007, 7/2006 do Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC), orixinado pola denuncia presentada por don A. P. A., en nome e representación da sociedade mercantil ANPIAN, S.A., contra Urbanos de Ourense, UTE por supostas prácticas restritivas da competencia prohibidas polo art. 7 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE FEITO

1. Con data 15 de xuño de 2006 tivo entrada no SGDC escrito de denuncia presentado por don A. P. A., en nome e representación da sociedade mercantil ANPIAN, S.A. (ANPIAN no sucesivo), no que formulaba denuncia contra Urbanos de Ourense, UTE (URBANOS no sucesivo) por supostas prácticas restritivas da competencia prohibidas polo art. 7 da LDC, consistentes na *“realización de actos de confusión e engano provocados pola utilización dun cartel anunciador, situado na parte superior frontal dos autobuses que realizan a liña 7 [do transporte urbano], anunciando a realización dun servizo entre ‘Covandoga-Valenzá’, a pesar de non ser titular de ningún tipo de autorización administrativa para efectuar transporte de viaxeiros a esta última localidade.”*
2. Como consecuencia da referida denuncia, o SGDC iniciou a información reservada a que se refire o artigo 36.3 LDC.

3. Á vista da información obtida, de acordo co disposto no art. 37.1 LDC, a subdirectora xeral de Defensa da Competencia ditou Providencia de data 30 de outubro de 2006, pola que se acordaba incoar expediente sancionador a URBANOS por supostas condutas prohibidas pola LDC.
4. O 9 de novembro de 2006, o SGDC notificou a providencia ao CONCELLO DE OURENSE por consideralo interesado directo no procedemento.
5. Na fase de alegación á admisión a trámite, ANPIAN amplía a súa denuncia á presunta captación ilícita de usuarios por URBANOS, trala prolongación da cabeceira do servizo da liña 7 do transporte urbano ata o límite dos termos municipais de Ourense e Barbadás, por un acordo do CONCELLO DE OURENSE do 28 de novembro de 2005. Tal actuación é cualificada por ANPIAN como competencia desleal.
6. Para o SGDC a utilización do termo “Valenzá” nos carteis anunciadores do percorrido da liña 7 “Covadonga-Valenzá” e nas paradas de dita liña, unha vez eliminado o servizo á Valenza, así como a ampliación dunha nova parada no itinerario da liña 7 do transporte urbano de viaxeiros, parada situada a poucos metros (2-6) do límite entre os concellos de Ourense e Barbadás, deben cualificarse como actos desleais que distorsionan gravemente as condicións de competencia no mercado, afectando ó interese público e, polo tanto, como condutas prohibidas polo artigo 7 LDC.
7. A xuízo do SGDC, a responsabilidade dos citados feitos corresponde á empresa URBANOS e ao CONCELLO DE OURENSE. A este último porque a actuación de URBANOS “*está sometida ás facultades do concello sobre as condicións da concesión*” do servizo público do transporte urbano.
8. Con data 2 de marzo de 2007, o SGDC elevou informe-proposta ao TGDC, xunto co correspondente expediente, no que propón as seguintes medidas:

“Primeiro: Se declare acreditada a realización de condutas prohibidas polo art. 7 da Lei de defensa da competencia, consistentes na utilización indebida da denominación “Covadonga – Valenzá” nos autobuses da liña 7 do transporte urbano de viaxeiros no Concello de Ourense e na situación da última parada preto do límite co Concello de Barbadás, captando con isto tráfico exclusivos da empresa Anpian, S.A., concesionaria do transporte interurbano.

Segundo: Se declare responsables destas condutas ó Concello de Ourense, polas súas competencias sobre a concesión do servizo público do transporte urbano; e a Urbanos de Ourense, UTE, por levar a cabo

tales condutas sen instar ante o concello a modificación das condicións da concesión, beneficiándose ademais dos seus efectos anticompetitivos.

Terceiro: Se intime ó Concello de Ourense para que inste a Urbanos de Ourense, UTE a modificar tal denominación, substituíndo o termo “Valenzá” por outro máis preciso en relación co traxecto real do autobús urbano, e sitúe a última parada da liña 7 nun lugar máis afastado do límite do termo municipal, a unha distancia non inferior a 100 metros dese límite.

Cuarto: Se ordene a publicación, a costa do Concello de Ourense e de Urbanos de Ourense, UTE, da parte dispositiva da resolución que no seu momento se adopte, no Diario Oficial de Galicia.

Quinto: Non se propón a imposición de multas sancionadoras”.

9. Con data 12 de marzo de 2007, o Pleno do TGDC admitiu a trámite o expediente, que foi identificado co número S 2/2007. “Autobuses de Ourense”, designando como relator do mesmo, segundo a correspondente quenda, ao presidente do TGDC, don José Antonio Varela González. Coa mesma data notificouse aos interesados a admisión a trámite do expediente, concedéndolles un prazo de 15 días para a vista do mesmo, así como para poder solicitar a celebración de vista oral e propor cantos medios de proba xulgaran oportunos aos seus intereses.

Neste trámite, con data 21 e 23 de marzo de 2007, compareceron para examinar o expediente representantes de ANPIAN e URBANOS, respectivamente.

10. Con data 29 de marzo de 2007, don M. M. L., en nome e representación de URBANOS, presentou escrito de proposición de proba, declarando expresamente, así mesmo, que non consideraba necesaria a celebración de vista oral.

Con data 30 de marzo de 2007, don A. P. A., en nome e representación de ANPIAN, presenta o seu escrito de proposición de proba e manifesta quedar a disposición do que decida o Tribunal respecto a celebración de vista oral.

11. O Pleno deliberou sobre este asunto na súa reunión celebrada o día 13 de abril de 2007, acordando mediante auto, de data 16 de abril de 2007, resolver sobre as mesmas e rexeitando a celebración de vista.
12. Practicada a proba admitida polo Pleno, o relator ditou a correspondente Providencia para resumo de proba, ao abeiro do disposto no artigo 40.3 LDC, presentando as partes interesadas as observacións que estimaron pertinentes.

13. O Tribunal Galego de Defensa da Competencia deliberou e pronunciouse sobre o presente expediente na súa sesión de Pleno celebrada o día 30 de xaneiro de 2008.
14. Son interesados:
 - Anpian, S.A.
 - Urbanos de Ourense, UTE.
 - Concello de Ourense.

FEITOS ACREDITADOS

1. A empresa ANPIAN é a concesionaria do servizo público regular permanente de uso xeral de transporte de viaxeiros por estrada “V-7060, XG 434. Ourense-Entrimo”, con anexos, o que inclúe o servizo de transporte interurbano entre Barbadás e Ourense. Entre outras ten autorizada a liña de expedición “2.4.1.37. Ourense – Rotonda Valenzá – A Valenzá – Barbadás – Cruce Sobrado – Sobrado – Bentraces – Rotonda Valenzá – Ourense – [...]”.
2. A empresa URBANOS é a concesionaria do servizo de transporte urbano de viaxeiros no concello de Ourense dende o 23 de abril de 2005. A explotación da concesión por esta empresa iniciouse o 22 de outubro de 2005. Ata esa data, o servizo foi prestado pola anterior concesionaria, a empresa “Ourensana de Transportes, S.A.”.
3. A concesión do servizo de transporte urbano de viaxeiros integra diversas liñas, sendo a 7, que realiza o itinerario denominado “Covadonga-Valenzá”, unha das máis importantes. Cando o servizo de transporte urbano era prestado pola empresa “Ourensana de Transportes, S.A.”, antes de que URBANOS tomara a concesión, o autobús da liña citada penetraba no concello de Barbadás, dando servizo á localidade de A Valenzá. Ante esta situación, que lesionaba os seus lexítimos intereses, ANPIAN, despois de solicitar a supresión dese servizo ante o concello de Ourense e a Dirección Xeral de Transportes da Xunta de Galicia, denunciou a situación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG).
4. A sentenza do TSXG, do 21 de outubro de 2004, declarou que a empresa adxudicataria do transporte urbano de Ourense (nesa data 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.’”* Da sentenza resulta evidente que só ANPIAN podía, e pode, trasladar viaxeiros entre Barbadás e Ourense, e viceversa.

5. Como consecuencia da sentenza anterior, o CONCELLO DE OURENSE acordou a supresión do servizo en Barbadás a partir do 1 de outubro de 2005, o que comunicou a Ourensana de Transportes, empresa que nese momento xestionaba o transporte urbano. URBANOS, que comezou a explotación da concesión o 22 de outubro de 2005 xa non prestou servizo no concello de Barbadás.
6. A pesar da eliminación do percorrido polo lugar denominado A Valenzá no concello de Barbadás, non se modificou a denominación do traxecto da liña 7 recollida no prego de condicións da concesión e os autobuses desa liña seguen a utilizar na actualidade como cartel anunciador do seu percorrido o de “Covadonga-Valenzá”. O termo “Valenzá” aparece tamén nos carteis das paradas situadas no traxecto da citada liña 7.
7. Se ben os implicados neste expediente están de acordo sobre a existencia dun lugar denominado A Valenzá, vertebrado arredor da Avenida de Celanova, no concello de Barbadás; tal consenso non existe sobre se unha pequena parte dese lugar se integra no concello de Ourense.
8. A sentenza do TSXG a que se fai referencia no punto 4 xerou un problema de servizo aos residentes na Valenzá (en Barbadás). ANPIAN tentou resolvelos coa adquisición de dous novos autobuses, para incrementar a frecuencia das viaxes, e o alineamento da tarifa á previa do transporte urbano. Asemade, por resolución da Dirección Xeral de Transportes, do 7 de outubro de 2005, modificouse a concesión de ANPIAN, establecendo unha nova expedición parcial, con carácter provisional en tanto en canto non se aprobara a Área de Transporte Metropolitano de Ourense.
9. O 28 de novembro de 2005 -con posterioridade á execución da sentenza do TSXG antedita e á resolución da Dirección Xeral de Transportes-, en virtude dunha decisión do concelleiro responsable do CONCELLO DE OURENSE, autorizouse á empresa URBANOS a utilizar unha nova parada no itinerario da liña 7 do transporte urbano de viaxeiros, parada que está situada no concello de Ourense, a poucos metros (2-6) do linde co concello de Barbadás. Segundo o SGDC, *“esta decisión parece unha compensación pola supresión do servizo á Valenzá e unha forma fraudulenta de minimizar os efectos da sentenza do Tribunal Superior de Xustiza, polo que procedería a súa revocación”*.
10. A nova parada da liña 7 converteu en penúltima a anterior derradeira parada, tamén situada no termo municipal de Ourense, a uns 200 metros do seu límite territorial. Consecuentemente, a nova parada constitúe un engadido, unha ampliación da liña –tal como nunha inspección visual do percorrido da liña 7 verificaron membros do TGDC- e non unha simple

reubicación da última parada anterior, como di o concelleiro delegado de Réxime Interior.

11. En consecuencia, na actualidade, os autobuses da liña 7, mantendo o cartel “Covadonga-A Valenzá” finalizan o seu percorrido nunha parada situada na rúa da Anguía, 6, moi preto do límite territorial dos concellos de Ourense e Barbadás, con potencial para atraer usuarios que residen no lugar da Valenzá do concello de Barbadás.
12. Para poder utilizar a nova parada, en ámbalas dúas direccións, e dada a configuración das estradas, o autobús ten que entrar no concello de Barbadás e realizar un percorrido en baleiro de arredor de 1.600 metros. Se non se ampliara a liña 7 con esta derradeira parada, os autobuses desa liña poderían xirar sen entrar no concello de Barbadás. Por outra parte, cando o autobús vai en dirección “Valenzá-Covadonga”, para recoller aos usuarios no carril de acceso á estrada de Celanova e ao centro comercial Carrefour, a manobra que ten que realizar para se incorporar ao carril de entrada no concello de Ourense cruza unha liña continua.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- De conformidade co disposto no artigo 3.1 da Lei 6/2004, do 12 de xullo, o TGDC ten atribuída a competencia para resolver os procedementos sancionadores que teñan por obxecto: a) Acordos, decisións ou recomendacións colectivas, ou prácticas concertadas ou conscientemente paralelas, prohibidas no número 1 do artigo 1 da Lei de defensa da competencia, sempre que as mesmas teñan os seus efectos no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia. b) Condutas de explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio no mercado, ou dunha situación de dependencia económica, prohibidas ambas no artigo 6 da Lei de defensa da competencia. c) Actos de competencia desleal que por falsearen a libre competencia resulten prohibidos conforme ó artigo 7 da Lei de defensa da competencia.

SEGUNDO.- A presente resolución realízase ao abeiro do disposto na Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia (LDC), ao tratarse dun expediente incoado con anterioridade a entrada en vigor da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, en aplicación do disposto no apartado 1º da Disposición transitoria primeira, da citada Lei 15/2007.

TERCEIRO.- ANPIAN denuncia a conduta individual de URBANOS, en tanto que produtora de actos considerados ilícitos de competencia desleal na prestación do servizo de transporte de viaxeiros, que prexudican os seus

intereses como operador de transporte interurbano, xa que recolle e deixa usuarios nunha parada que, ó estar moi preto do límite territorial do concello de Barbadás, a zona de influencia á que “*irradia*” capta usuarios do lugar de A Valenzá en Barbadás, e utiliza carteis coa denominación dese lugar.

Así pois, as condutas de URBANOS denunciadas por ANPIAN son dúas: (1) a prolongación da cabeceira da liña 7, actualmente “Covadonga-Valenzá”, por URBANOS a uns poucos metros do límite do concello de Ourense, que o denunciante considera un acto de competencia desleal, se ben non o cualifica especificamente, e (2) a utilización por URBANOS dun cartel identificador do percorrido do autobús no que figura o termo “Valenzá”, que ANPIAN entende competencia desleal, cualificándoa como “acto de engano e confusión”.

CUARTO.- Pola súa banda, o SGDC concorda co denunciante en que os dous actos anteditos constitúen condutas prohibidas polo art. 7 da LDC, é dicir, condutas de competencia desleal, se ben considera responsable dos mesmos non só a URBANOS, “*por levar a cabo tales condutas sen instar ante o concello a modificación das condicións da concesión, beneficiándose ademais dos seus efectos anticompetitivos*”; senón tamén ao CONCELLO DE OURENSE, “*polas súas competencias sobre a concesión do servizo público do transporte urbano*”.

Segundo o artigo 80.2.m) da Lei galega 5/1997, do 22 de xullo, de Administración Local, o concello exercerá, competencias nos termos da lexislación do Estado e da Comunidade Autónoma no transporte público de viaxeiros; mentres que segundo o artigo 81.d), cando o concello teña máis de 50.000 habitantes prestará, ademais doutros servizos, o de transporte colectivo urbano de viaxeiros.

QUINTO.- Dende o punto de vista substancial, neste expediente son relevantes as seguintes cuestións:

- A. Competencia do TGDC para declarar responsable dos actos denunciados ao CONSELLO DE OURENSE, en tanto que Administración Pública, e para intimalo a que inste a URBANOS a modificar a súa conduta.
- B. Cualificación dos actos realizados por URBANOS como competencia desleal cualificada no sentido establecido polo *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC).

A. COMPETENCIA DO TGDC PARA DECLARAR RESPONSABLE DOS ACTOS DENUNCIADOS AO CONSELLO, EN TANTO QUE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, E PARA INTIMALO A QUE INSTE A URBANOS A MODIFICAR A SÚA CONDUCTA.

SEXTO.- O SGDC propón que o Tribunal intime ao CONCELLO DE OURENSE para que inste a URBANOS a que sitúe a última parada da liña 7 a unha distancia non inferior a 100 metros do límite municipal e a modificar a denominación, da liña 7 substituíndo o termo “Valenzá” por outro máis preciso en relación co traxecto real do autobús urbano. Esta proposta supón a aceptación do SGDC de que o CONCELLO DE OURENSE ten competencias para ordenar e, polo tanto, regular o servizo de transporte de viaxeiros e mesmo para acometer a ampliación das paradas existentes. Isto e concorde co artigo 81.d) da Lei galega 5/1997, do 22 de xullo, de Administración Local, cando o concello teña máis de 50.000 habitantes prestará, ademais doutros servizos, o de transporte colectivo urbano de viaxeiros, e mais tamén co artigo 297 da mesma Lei galega, que di: *“As entidades locais terán plena potestade para constituír, organizar, modificar e suprimir os servizos da súa competencia, de conformidade co establecido pola lexislación de réxime local e outras disposicións aplicables”*.

No caso da parada, a imputación do SGDC ao CONCELLO DE OURENSE baséase no feito de que a *“soberanía do CONCELLO DE OURENSE no establecemento das paradas no seu termo municipal non supón que o citado concello poida facelo de calquera forma e, sobre todo, dun xeito arbitrario”*. Neste sentido, a STS, do 17 xullo de 1998, sobre un recurso relativo ao transporte de viaxeiros entre Monforte e o mercado gandeiro polos autobuses urbanos, sinala 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; mas 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”*.

O SGDC argumenta no seu informe-proposta que a ampliación dunha nova parada na liña 7, actualmente “Covadonga-Valenzá”, a uns poucos metros do límite do concello de Ourense supón unha infracción do artigo 15.1 da Lei de Competencia Desleal (LCD) como consecuencia da infracción do disposto no art. 64.2, parágrafo segundo, do ROTT (Real Decreto 1211/1990, do 28 setembro, polo que se aproba o Regulamento da Lei de Ordenación de Transportes Terrestres, que ten sido obxecto de diversas reformas), que impide establecer novos servizos cando: *“aínda sen existir unha coincidencia absoluta dos tráficoos previstos neles cos doutros servizos preexistentes, os novos servizos vaian a realizar tráficoos que teñan a súa orixe ou destino noutros núcleos que pola súa proximidade aos anteriores e número de habitantes, supoñan atender demandas de transporte substancialmente coincidentes”*. Esta norma ten por finalidade evitar as demandas coincidentes aínda que non exista *“coincidencia absoluta dos tráficoos”*. No presente caso, a decisión do concello de prolongar a cabaceira da liña 7 ata o límite do termo municipal, en novembro

de 2005, prexudica o mellor dereito de Anpian, concesionario do transporte interurbano, xa que tal decisión ten como consecuencia a captación ilícita de usuarios de Barbadás, clientes naturais da liña interurbana”.

A argumentación do SGDC pódese vincular así mesmo coa sentenza do Tribunal Supremo, do 18 de xullo de 1988, na que se di *“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...”*.

Pola súa banda, o concelleiro delegado de réxime interior do Concello de Ourense sinala que, na ampliación da parada da liña 7, o concello *“está a desenvolver as competencias que lle atribúen as normas, como ocorre neste caso: art. 25.2.II) da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local; art. 80.2.m) da Lei galega 5/1997, do 22 de xullo, de administración local de Galicia e arts. 113 a 118 da Lei 16/1987, do 30 de xullo, de ordenación dos transportes terrestres”*.

SÉTIMO.- A argumentación do SGDC fai referencia á posible arbitrariedade do CONCELLO DE OURENSE na prolongación da cabeceira da liña 7 ao non ter en conta as normas que condicionan a súa soberanía. Aínda que tal infracción se producira, hai unha cuestión previa a examinar: se o TGDC é o órgano competente para fiscalizar as actuacións do CONCELLO DE OURENSE dada a natureza de Administración Pública deste, en exercicio do seu *ius imperi*. Se o CONCELLO antedito actuou en exercicio de funcións propias para o cumprimento dos seus fins —é dicir, producindo un tipo de actos administrativos e non como operador económico—, non lle alcanza a lexislación española de competencia desleal, xa que a súa actuación non ten fins concurrenciais.

Neste punto é relevante considerar a posición do Tribunal de Defensa da Competencia (TDC) nas resolucións que tiveron que examinar actos das Administracións Públicas e, en particular, no ámbito do transporte. Na Resolución do expediente 419/97, *Cruz Roja de Fuengirola*, no seu Fundamento de Dereito Terceiro, o TDC sinala que cando unha autoridade local actúa como regulador, a revisión de se a súa actuación se axustou a dereito ou non *“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 mantense na Resolución 363/99 (CSI-D. G. Aviación Civil) que, no Fundamento de Dereito Primeiro, sinala: *“la revisión de la adecuación de los actos administrativos a las Leyes en que se fundamentan corresponde a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa”*. Máis recentemente, no expediente 695/06 (Transportes Tenerife), o TDC confirmou a liña argumental antedita, indicando: *“las actuaciones municipales relacionadas con la ordenación del transporte urbano se encuentran dentro del campo del 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”.

Pola súa banda, no Fundamento de Dereito Segundo da STS 1348/2006, mencionada polo denunciante, dise: *“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”.* E máis adiante, incidindo no mesmo, sinala: ***“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 acordo co anterior, o TGDC considera que: (a) os actos denunciados se relacionan coa ordenación do transporte urbano, se desenvolven no exercicio de potestades legais e, polo tanto, o CONCELLO DE OURENSE actúa neles como regulador do servizo, non como operador económico; (b) a avaliación da conduta do CONCELLO DE OURENSE como regulador está excluída da normativa sobre competencia desleal, e (c) a fiscalización de se os actos municipais asociados á denuncia están axustados, ou non, a outros ámbitos do Dereito, extralimita as competencias resolutorias do Tribunal.

Cando menos no relativo a ampliación da nova parada, esta avaliación do TGDC resulta concorde coa propia consideración do responsable de ANPIAN que, na súa solicitude ante o director xeral de Transportes, sinala que *“a ella [Xunta de Galicia] le corresponde instar al Ayuntamiento de Ourense el respeto de 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. Si 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”.*

OITAVO.- A falta de competencia do TGDC para instar as Administracións Públicas cando actúan como reguladores non implica que o denunciante non poda, se o estima axeitado, recorrer ás Autoridades correspondentes –tal como ten feito, segundo a información subministrada o 27 de outubro de 2006 polo

Subdirector Xeral de Ordenación do Transporte- e, no caso de que estas non solucionen o problema, aos Tribunais xurisdiccionais para que xulguen se os dous actos denunciados son conformes a Dereito -tanto dende a perspectiva da súa necesidade para unha mellor prestación do servizo como da posible ilegalidade da decisión de ampliación da liña 7, por defectos do procedemento seguido polo CONCELLO DE OURENSE na súa actuación unilateral, da presunta ilegalidade do mantemento do termo “Valenzá” no cartel desa liña, e da eventual falta de consideración dos intereses lexítimos do denunciante- e resolvan o procedente.

B. CUALIFICACIÓN DOS ACTOS REALIZADOS POR URBANOS COMO COMPETENCIA DESLEAL CUALIFICADA NO SENTIDO ESTABLECIDO POLO TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TDC)

NOVENO.- Dado que ninguén argumenta que os actos denunciados poidan ser condutas colusorias ou abuso de posición de dominio, só no caso de que foran competencia desleal, o TGDC tería potestade para entender do asunto, xa que o artigo 7 da LDC inclúe o falseamento da libre competencia por actos desleais como ilícito concurrencial.

Agora ben, en repetidas ocasións, o TDC indicou que o artigo 7 LDC non ten por obxecto reprimir calquera tipo de deslealdade nin protexer directamente os intereses dos competidores prexudicados, do que se encarga a Lei 3/1991, de 10 febreiro, de Competencia Desleal (LCD). Xa que logo, a deslealdade que considera o art. 7 LDC é unha deslealdade cualificada. Consecuentemente, se o falseamento da libre competencia non fose sensible e non provocase unha afectación do interese público, o TGDC tería que se pronunciar sinalando que a súa tarefa non é reprimir ese tipo de deslealdade.

DÉCIMO.- Dado o anterior, hai dúas alternativas para a análise: (1) examinar se os actos denunciados son comportamentos de competencia desleal e, no caso de que o foran, verificar posteriormente se se dan as condicións da cualificación, ou (2) examinar se se dan as condicións de cualificación e, nese caso, verificar posteriormente se as condutas denunciadas son competencia desleal.

DÉCIMO PRIMEIRO.- Na primeira alternativa a análise debe comezar por verificar se os actos denunciados son competencia desleal. O F.D. CUARTO da sentenza da Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), do 22 abril 1998, di 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 o*

maquinaciones, o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial”.

DÉCIMO SEGUNDO.- ANPIAN considera que os dous actos denunciados teñen capacidade para captar usuarios con residencia no lugar de A Valenzá (no concello de Barbadás), que lle corresponderían a ela en razón da concesión que ten, e que tales actos, tomando os termos da sentenza antedita, supoñen maquinacións de URBANOS.

Na captación de usuarios potenciais de ANPIAN as dúas condutas denunciadas son sinérxicas, é dicir, unha reforza á outra, se ben con diferente funcionalidade. Mentres que manter a denominación de A Valenzá nos carteis, se non hai unha parada do autobús preto de tal lugar, non sería funcional e constituiría un engano; situar unha nova parada moi preto do límite do concello e de onde vive un amplo número de usuarios do servizo de transporte público, aínda sen usar a denominación “Valenzá”, ten potencial de captación. Por iso, entende este Tribunal que o acto máis relevante é a ampliación da nova parada, xa que sen ela o mantemento da denominación non tería sentido.

Tense, pois, que examinar se os actos de URBANOS denunciados por ANPIAN teñen encaixe en algún dos supostos contemplados na LCD, nos seus artigos específicos (6 a 17) e, se non tiveran cabida en ningún deles, se ditos actos son contrarios ao artigo 5 da mesma Lei, sobre boa fe obxectiva.

DÉCIMO TERCEIRO.- A ampliación da nova parada da liña 7 non é tipificada especificamente polo denunciante, se ben di que é competencia desleal. Para facer esa cualificación cómpre identificar os artigos da LCD presuntamente vulnerados por URBANOS.

A argumentación do SGDC oríéntase sobre o CONCELLO DE OURENSE, pero non sobre a realización da nova parada por URBANOS. Esta conduta, en relación aos artigos 6 a 17 da LCD, só pode ser asociada ao artigo 15, nos seus apartados 1 e 2, sobre a posibilidade de apreciar unha violación de normas, que xeraran unha vantaxe significativa de URBANOS, ou que teñan un contido concurrencial.

O apartado 1 do artigo 15 establece que se considera desleal aproveitarse (“prevalerse”) no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das Leis, engadindo que a vantaxe ha de ser significativa; mentres que o apartado 2 do mesmo artigo sinala que terá a consideración de desleal a simple infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concurrencial.

Segundo o TDC, na súa Resolución do Expediente 439/98 (Ambulancias Cataluña), para a aplicabilidade do artigo 15.1 requírese un conxunto de condicións: (a) que exista unha infracción de normas xurídicas; (b) que da infracción se derive unha vantaxe competitiva; (c) que a vantaxe sexa

significativa; e (d) que haxa un aproveitamento no mercado desa vantaxe. Pola súa banda, o Tribunal Supremo interpreta o apartado 1 do artigo 15 non simplemente como adquirir unha vantaxe competitiva por infracción das normas legais, senón en aproveitarse de tal vantaxe (STS de data 28-11-2003 [RJ 20038362/8362]).

Así pois, a infracción debe outorgar algunha vantaxe, da que non pode dispor o prexudicado polo acto desleal precisamente porque cumpre a norma en cuestión. Idealmente, ámbolos dous competidores deberían atoparse nun plano de igualdade no que ao cumprimento da normativa se refire. O incumprimento dunha parte e o cumprimento da outra e a que xera a correspondente vantaxe.

DÉCIMO CUARTO.- Dende esta perspectiva, o Tribunal considera que a realización da última parada da liña 7 por URBANOS non constitúe un acto de competencia desleal á luz do punto 1 do artigo 15 LCD, pois non se acreditou que o denunciado vulnere ningunha norma, nin tampouco se identificou ningunha discriminación, no sentido de que ANPIAN cumpra unha norma que URBANOS incumpre.

Cando os autobuses de URBANOS realizan a parada na nova cabeceira da liña 7, non actúa facendo maquinacións, senón que opera dun xeito consistente coa decisión do CONCELLO DE OURENSE, responsable da regulación do transporte urbano, respectando as normas existentes relativas á prestación do servizo en concesións públicas.

DÉCIMO QUINTO.- Outra alternativa de análise é considerar o artigo 15.2 LCD, que sinala que terá a consideración de desleal a simple infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concurrencial. Tampouco neste caso se identifican normas xurídicas infrinxidas por URBANOS.

DÉCIMO SEXTO.- En canto ao artigo 5 da LCD, que establece a chamada "Cláusula xeral", entende este Tribunal que a realización da última parada da liña 7 por URBANOS non se pode cualificar de contraria ás esixencias da boa fe, por canto seguiu as indicacións do CONCELLO DE OURENSE sobre a forma de prestar o servizo de transporte urbano, non sendo unha estratexia propia, un acto libre. Isto é recoñecido polo SGDC, que no seu informe-proposta indica que a actuación de URBANOS *"está sometida ás facultades do concello sobre as condicións da concesión"* e, mesmo, polo representante de ANPIAN cando sinala 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..."*.

Ademais, pode dubidarse de que sexa procedente a consideración desa cláusula xeral xa que, segundo a Sentenza da Audiencia Provincial de Ourense

(Sección 2ª), do 10 maio de 2004, no seu 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 si 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 SÉTIMO.- No relativo ao uso do cartel anunciador, que situado na parte superior frontal dos autobuses que realizan a liña 7 [do transporte urbano], anuncia a realización dun servizo entre ‘Covandoga-Valenzá’, o denunciante cualifica este acto como competencia desleal, e máis concretamente, como unha infracción dos artigos 6 e 7 da LCD, relativos a actos de confusión e engano, xa que o termo “Valenzá” corresponde soamente ao concello de Barbadás.

Polo contrario, o Xefe da Policía Local de Ourense, no seu escrito do 3 de agosto de 2006, indica que A Valenzá está constituída en parte no *“término municipal del Ayuntamiento de Ourense”*. Nesta mesma liña argumental sitúase o representante de URBANOS e o concelleiro delegado de réxime interior do concello de Ourense.

Por tanto, previamente á cualificación do acto, cómpre determinar o espazo a que fai referencia o termo “A Valenzá”.

DÉCIMO OITAVO.- Tal como se ten recollido no Informe-proposta, non hai dúbida de que no concello de Barbadás existe un lugar, ou barrio, denominado “A Valenzá”. Isto é recoñecido por todas as partes, así como tamén pola Dirección Xeral de Transportes na súa resolución do 7 de outubro de 2005 e no seu informe de 27 de outubro de 2006.

Agora ben, o recoñecemento anterior non implica necesariamente que tal denominación non poda denotar, na mente dos cidadáns, tamén un espazo dentro do concello de Ourense, aínda que sexa moi pequeno, especialmente cando, como no caso que nos ocupa, o lugar de A Valenzá (do concello de Barbadás) e o linde do concello de Ourense teñen continuidade espacial, aínda que exista unha fronteira institucional. Esta continuidade espacial observada leva a pensar que os cidadáns, tanto do concello de Ourense como do concello de Barbadás –especialmente os que viven preto do límite territorial entre ambos concellos- poden utilizar a denominación A Valenzá para referirse tamén ao lugar do concello de Ourense que continúa o lugar da Valenzá do concello de Barbadás, aínda que non se identifique en ningún documento oficial (por exemplo, Revisión do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Ourense), agás os da Policía Local de Ourense.

DÉCIMO NOVENO.- O artigo 6 da LCD refire como actos de competencia desleal os comportamentos cos que se pretende que o público en xeral confunda a empresa do imitador con outra ou outras que gozan dun prestixio ou unha notoriedade da que o competidor desleal se quere apropiarse. Aínda que este Tribunal pode estar de acordo co feito de que a utilización dun cartel pola liña 7 con outra denominación puidera ser máis axeitada que co termo “Valenzá”, a súa utilización por URBANOS non ten capacidade para inducir a erro ao público respecto do provedor do servizo, nin tal utilización pretende aproveitarse do prestixio da denunciante nin utilizar a súa notoriedade para captar usuarios.

VIXÉSIMO.- No relativo ao artigo 7 da LCD, este recolle que se considera desleal *“a utilización ou difusión de indicacións incorrectas ou falsas, a omisión das verdadeiras e calquera outro tipo de práctica que, polas circunstancias nas que teña lugar, sexa susceptible de inducir a erro ás persoas ás que se dirixe ou acada, sobre a natureza, modo de fabricación ou distribución, características, aptitude no emprego, calidade ou cantidade dos produtos e, en xeral, sobre as vantaxes realmente ofrecidas”*.

O feito de que o lugar onde URBANOS realiza a última parada da liña 7 poida ser coñecido, e denominado, polo público como “A Valenzá”, imposibilita que se dea engano. En calquera caso, se este se producira, e dado que na prestación do servizo o concesionario queda vinculado ás condicións determinantes do outorgamento da concesión, o responsable non sería URBANOS que, como se ten dito anteriormente, respecta as condicións establecidas no prego da concesión aprobado polo CONCELLO DE OURENSE.

Neste sentido, o artigo 75.1 da Lei 16/1987, do 30 de xullo, de Transportes Terrestres (LOTT) sinala: *“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”*, mentres que o artigo 160 do Real Decreto Lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos da 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 tanto, por operar nun réxime concesional, URBANOS non se debe afastar das condicións de prestación do servizo establecidas no prego de condicións aprobado polo CONCELLO en tanto este non dea a súa autorización para modificálas, xa que doutro modo URBANOS debería ser sancionado. Isto é recoñecido polo SGDC, xa que no seu informe-proposta indica que a actuación de URBANOS *“está sometida ás facultades do concello sobre as condicións da concesión”* do servizo público do transporte urbano de Ourense.

VIXÉSIMO PRIMEIRO.- Por tanto, segundo a avaliación anterior os actos realizados por URBANOS e denunciados por ANPIAN non se poden considerar desleais e, polo tanto, non cómpre examinar polo miúdo os seus efectos.

Porén, pode ser axeitado sinalar tres puntos: (a) o efecto a ter en conta polo TGDC, dende a súa perspectiva de interese público, é o que se produce sobre os consumidores e, neste eido, o Tribunal non identifica efectos negativos significativos, ben ao contrario, as informacións subministradas nos anexos VII e VIII, correspondentes a informes da Policía Local, reflicten a preferencia dos usuarios e a importante utilización da liña 7; ademais, no caso do cartel co termo “Valenzá”, o representante de URBANOS sinala, e ninguén o nega, que “non houbo queixas ou reclamacións ó respecto”; (b) o efecto conxunto dos dous actos denunciados sobre os intereses económicos de ANPIAN pode ser significativo, á vista da lóxica económica, a densidade de poboación da Valenzá (en Barbadás), a información recollida na páxina dixital do xornal *La Región*, a afirmación do subdirector xeral de Ordenación do Transporte, e mais a información subministrada no anexo VIII, correspondente a informes da Policía Local, que reflicte a importante utilización da liña 7 polos usuarios; e (c) o TGDC entende que o potencial efecto económico negativo nos intereses do denunciante pode ser defendido na Xurisdición correspondente, na que o afectado podería hipoteticamente asemade acadar unha compensación por danos e perdas.

VIXÉSIMO SEGUNDO.- Ademais, URBANOS respectou as condicións fixadas no prego de condicións e seguiu as directrices emanadas da Autoridade responsable de regular o transporte urbano, operando como un mero executor das condicións establecidas polo CONCELLO DE OURENSE. Isto é asumido dun xeito implícito na Terceira medida proposta polo SGDC ao Tribunal, cando suxire que este *“intime ó Concello de Ourense para que inste a Urbanos de Ourense, ...”* e, no relativo á ampliación da cabeceira da liña 7, recoñecido polo propio representante de ANPIAN que, na súa solicitude ao director xeral de Transportes da Xunta de Galicia (pp. 52-65) argumenta de xeito recorrente sobre as actuacións *“claramente ilegais”* do CONCELLO DE OURENSE e, mesmo, da *“posible existencia de abuso de poder o de desviación de poder por parte de determinados responsables y funcionarios del ayuntamiento de Ourense”*.

Se URBANOS vulnerara as condicións do prego de condicións e as decisións do CONCELLO DE OURENSE levaría a cabo irregularidades que, por incumprimento, deberían ser sancionadas por esa mesma Autoridade.

VIXÉSIMO TERCEIRO.- Do anterior resulta que, se os actos denunciados foran ilícitos, o responsable sería o CONCELLO DE OURENSE, que é quen os decidiu e dispón de potestade para modificalos. Agora ben, como queda recollido no punto SÉTIMO, a avaliación da conduta dese CONCELLO como regulador está excluída da normativa sobre competencia desleal e a

fiscalización de se os actos municipais asociados á denuncia están axustados, ou non, a outros ámbitos do Dereito, extralimita as competencias resolutorias do TGDC.

VIXÉSIMO CUARTO.- No informe-proposta do SGDC faise referencia a presuntas actuacións ilícitas de ANPIAN no núcleo urbano de Ourense que están sendo examinadas pola Dirección Xeral de Transportes, tras o informe remitido polo concello o pasado 7 de decembro de 2006. Este feito non é relevante no presente expediente, podendo URBANOS, como indica o SGDC, presentar denuncia por competencia desleal ante o mesmo, se o considera procedente.

Na súa virtude, este Tribunal

RESOLVEU

PRIMEIRO.- Declarar que non resulta acreditado que constitúan infraccións do artigo 7 da LDC os actos de URBANOS denunciados, consistentes na utilización da denominación “Covadonga – Valenzá” polos autobuses de URBANOS que dan servizo na liña 7 do transporte urbano de viaxeiros de Ourense e na realización polos mesmos dunha nova parada preto do límite co concello de Barbadás.

SEGUNDO.- Declarar que as condutas do CONCELLO DE OURENSE, ás que se fai referencia neste expediente, constitúen actuacións que non poden ser avaliadas polo TGDC, xa que segundo a Lei 16/1989, de defensa da competencia, están excluídas desa normativa por facer referencia á actividade reguladora dunha Administración Pública.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra ela non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpor recurso contencioso-administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses contados desde a súa notificación.