

RESOLUCIÓN (Expte. R 695/06, Transportes Tenerife)

Pleno

Sras/Sres:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. Maria Jesús González López, Vocal
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 23 de enero de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal o TDC), con la composición expresada y siendo Vocal ponente D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R 695/06 (2543/04 del Servicio de Defensa de la Competencia –también el Servicio, SDC-) incoado para resolver el recurso presentado por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTE DISCRECIONAL DE VIAJEROS DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (en adelante, también AET), al amparo del art. 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, también LDC) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 27 de junio de 2006, de sobreseimiento de las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por la AET contra TRANSPORTES INTERURBANOS DE TENERIFE, S.A.U. (en adelante, TITSA) por una “supuesta vulneración” del art. 6.1.a) de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 27 de junio de 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento de su Expediente 2543/04 que tuvo origen en la denuncia formulada por Dña. Silvia Vázquez Senin, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTE DISCRECIONAL DE VIAJEROS DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (AET) contra TRANSPORTES INTERURBANOS DE TENERIFE, S.A.U. por una “supuesta

vulneración del art. 6.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en que sistemáticamente incurren las administraciones territoriales y empresa pública que se citan, al entender que se está ante una situación de ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE de la empresa TRANSPORTES INTERURBANOS DE TENERIFE, S.A.U., por cuanto la citada empresa copa la práctica totalidad del mercado del transporte interurbano de viajeros permanente de uso general, situándose su cuota en torno al 95 por 100, en tanto que esta cifra se eleva hasta el 100 por 100 en el transporte urbano regular.” Se denunciaba también a la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, al CABILDO INSULAR DE TENERIFE y a TRANSPORTES INTERURBANOS DE TENERIFE, S.A.U.

2. Con fecha 13 de julio de 2006, se recibe en el TDC escrito de recurso en el que AET considera que es “contrario a Derecho el acuerdo adoptado por la Dirección General de Defensa de la Competencia” porque a su juicio existen elementos suficientes que “nos llevan a la necesaria conclusión de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el ámbito de los servicios de transporte regular de viajeros de uso general en la Isla de Tenerife, derivado de ello de lo que pudiera denominarse una ‘POSICIÓN DE DOMINIO LEGAL’ de la empresa TITSA”. La recurrente considera abusivo el uso que se hace de la gestión directa frente a la gestión indirecta de los servicios de transporte público regular permanente de viajeros de uso general, así como la extensión del ámbito de aplicación de este sistema a esos mismos servicios. De igual modo, causa “perplejidad y desazón” en la recurrente que las razones de interés público que pudieran esgrimirse para la gestión directa de estos servicios solamente se den en la isla de Tenerife y no en el resto del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Además, la recurrente califica de “artificio jurídico” el que se haya utilizado, en el caso del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, “una certificación expedida por el Secretario General del Ayuntamiento, según la cual, en aquellas fechas la única empresa capacitada para prestar el servicio de transporte urbano era la empresa pública”, puesto que, a juicio de la recurrente, existe un número “significativo” de empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma “potencialmente capacitadas” para satisfacer los servicios demandados”, y ni siquiera TITSA tendría como objeto social el de proveer de servicios de transporte urbano. De la misma manera, la recurrente considera inadecuado el que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife haya utilizado la figura del “concierto” con TITSA, que correspondería a un tipo de gestión indirecta. Además, la recurrente cita el Informe del TDC en la operación de fusión SALCAI-UTINSA (C 56/00). En ese Informe se señalaba que la creación de una única empresa insular que prestara

casi todo el servicio de transporte interurbano, empobrecería la competencia, por lo que un mayor número de concesiones y una utilización más frecuente de la figura del concurso público serían más beneficiosos para la competencia y los consumidores. También se señalaba en el citado informe, y así lo recalca la recurrente, que el concurso para la asignación de concesiones podría resultar un mecanismo más eficaz para mantener empresas más eficientes que las que estarían detrás de un sistema de subvenciones directas.

3. Con fecha 13 de julio de 2006, el Tribunal en cumplimiento del artículo 48.1 LDC solicita al SDC informe sobre el recurso presentado.
4. Con fecha 19 de julio de 2006, se recibe en el TDC informe del Servicio en el que se señala que el recurso ha sido interpuesto en plazo y que la recurrente reitera en lo fundamental los argumentos presentados en su momento a la Propuesta de Sobreseimiento del Servicio, sin bien señala como argumento nuevo por parte de la recurrente la cuestión del objeto social de TITSA, sobre el que el Servicio señala que sería una cuestión de “control de legalidad” que no le correspondería a los órganos administrativos de defensa de la competencia.
5. Con fecha 27 de julio de 2006, el Tribunal, mediante providencia, pone de manifiesto a los interesados el expediente para que formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que consideren pertinentes.
6. Con fecha 18 de enero de 2007, el Pleno del Tribunal resolvió el presente recurso.
7. Son interesados:
 - ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTE DISCRECIONAL DE VIAJEROS DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
 - COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS
 - CABILDO INSULAR DE TENERIFE
 - AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
 - TRANSPORTE INTERURBANO DE TENERIFE, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El artículo 47 LDC dice que los actos del SDC que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar

el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, serán recurribles ante el TDC en el plazo de diez días. En este caso, el TDC tiene que resolver si el acuerdo de sobreseimiento por parte del SDC se ajusta a derecho, al no haber quedado acreditada la denuncia de AET por una supuesta infracción del artículo 6 LDC consistente en estar “ante una situación de ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE de la empresa TRANSPORTES INTERURBANOS DE TENERIFE S.A.U., por cuanto la citada empresa copa la práctica totalidad del mercado de transporte interurbano de viajeros permanente de uso general, situándose su cuota en torno al 95%, en tanto que esta cifra se eleva hasta el 100 por 100 en el transporte urbano regular”.

SEGUNDO. Tal y como señala el SDC en su informe al TDC, el recurso presentado por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTE DISCRECIONAL DE VIAJEROS DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE contra el Acuerdo de Sobreseimiento del Expediente 2543/04 reitera los mismos argumentos esgrimidos ante el Servicio en la fase de instrucción del mismo, si bien introduce uno nuevo basado en la inexistencia de objeto social específico en la constitución mercantil de TITSA para que pueda realizar determinados tipos de servicios de transporte. Por lo demás, la denuncia se hacía extensiva, además de TITSA, a la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS y al CABILDO INSULAR DE TENERIFE.

TERCERO. Uno de los problemas que plantea la resolución de este recurso es que no queda suficientemente claro, ni en el texto de la denuncia ni en el del recurso, en qué ha consistido el abuso, puesto que pudiera parecer que lo que se denuncia como abusivo es que se “cope” un mercado con una cuota del 100%, pero esto sería más bien un síntoma de posición de dominio, al menos temporal, más que un indicio de abuso por ostentar esa posición. Por otro lado, en el punto segundo del texto del recurso, señala la denunciante que “comparte el marco legal o jurídico de los servicios de transporte regular permanente de viajeros de uso general” que ha utilizado el Servicio en la instrucción y en su Acuerdo. No obstante, la recurrente considera necesario subrayar algunos extremos legales; muy especialmente en relación con el uso que se ha hecho de la gestión directa o indirecta en la adjudicación del transporte público en Tenerife, en esta perspectiva cabría entender sus propias alegaciones. Así, para la recurrente la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) vigente “debe ceder” ante la LOTT (Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres), en el sentido de que, aunque la LBRL atribuye competencias a los municipios para la gestión del transporte público de viajeros urbanos y a los cabildos para la gestión de transporte público de viajeros de carácter interurbano, la LOTT establece el recurso a la gestión directa de los servicios de transporte público regular permanente de viajeros de uso general con carácter excepcional.

Por otro lado, desde el punto de vista de la recurrente, en tanto que TITSA pertenezca 100% a la Comunidad Autónoma Canaria, “en ningún caso puede ni debe considerarse jurídicamente que se está a la presencia de una GESTIÓN DIRECTA, cuando la entidad local titular del servicio sea cualquiera de los ayuntamientos implicados u otros o el propio Cabildo Insular de Tenerife”. Por ello AET se pregunta por qué TITSA no extiende sus servicios al resto de las Islas y por qué se utiliza la figura del “concierto” entre TITSA y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para la gestión de los referidos servicios de transporte. Señala igualmente el limitado objeto social de TITSA –transporte interurbano- para hacerse con los servicios de transporte público urbano de la ciudad de Santa Cruz.

En definitiva, reflexiones todas sobre la legalidad o no de la actuación de distintas administraciones públicas a través de procedimientos y actos administrativos para la adjudicación de un servicio público. En el punto tercero del texto del recurso, AET considera que el SDC también se debería pronunciar sobre “la existencia de un situación de dominio del mercado de la empresa pública TITSA que conlleve una práctica restrictiva de la competencia, al margen del control jurisdiccional de las actuaciones públicas llevadas a cabo para conferir dicha posición de dominio”. Con ello, entiende, una vez más, que “el marco regulatorio de los servicios de transporte de viajeros permanente de carácter general impone la obligación directa y principal a las administraciones públicas de gestionar el mismo de forma indirecta y sólo, subsidiariamente, y cuando razones de interés público concurren, de forma directa”. Considera la denunciante que las razones excepcionales ni tan siquiera se esgrimen adecuadamente. Por lo tanto, lo que cabe inferir como elemento sustantivo y fundamental de la denuncia y del recurso es la actuación de las administraciones públicas locales, provinciales y autonómicas en materia de transporte público.

CUARTO. En cuanto al marco legal vigente en la materia objeto de denuncia y de acuerdo con lo instruido por el SDC y con las fechas de los hechos denunciados, hay que señalar que en la Comunidad Autónoma de Canarias era de aplicación la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su desarrollo reglamentario, plasmado en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT). Es decir, que si bien su ley estatutaria prevé competencia legislativa exclusiva para regular los servicios de transporte que se produzcan completamente dentro de su propio ámbito territorial, esta legislación autonómica no existía y, como consecuencia, se estaba a lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto que a su vez prevé la aplicación de la ley estatal citada *supra*.

Precisamente, y en relación con la LOTT, puesto que lo que parece que se denuncia finalmente es el instrumento y el procedimiento de adjudicación y desarrollo de los servicios de transportes públicos permanentes de viajeros de uso general urbanos e interurbanos, hay que señalar, como lo hace el SDC en el folio 1508, que se trata de un servicio público cuya titularidad corresponde a la Administración competente. De modo general, es cierto que cada servicio se atribuye a una empresa, a través de la correspondiente concesión administrativa por la vía del concurso público, asignándose en exclusiva –reserva de mercado- a un operador por un periodo entre seis y quince años. Siendo lo anterior la norma general, la adjudicación del servicio se podría hacer excepcionalmente (artículo 71 LOTT) a través de la denominada gestión directa del servicio, cuando otro instrumento administrativo resulte ineficaz para la consecución de los objetivos propuestos, que pueden ser de muy diversa naturaleza, de acuerdo con el propio criterio de la administración competente y ajustada su actuación siempre a la correspondiente legislación vigente de contratos de las administraciones públicas. En estos casos, se reserva el mercado a una empresa designada directamente por los responsables administrativos de los servicios de transporte correspondientes.

Desde 1978 TITSA ha sido, mediante adjudicación directa, la proveedora de los servicios públicos regulares de viajeros por carretera en la Isla de Tenerife, primero a través de adjudicaciones del Estado y, posteriormente, mediante contrato-programa, dado que el servicio se realizaba “en condiciones deficitarias” (folio 1516 del expediente del Servicio). Para el caso del transporte público regular de viajeros, la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias lo reconoce como servicio público esencial y, en consecuencia, como desarrollo de ese reconocimiento, la Disposición Transitoria Decimocuarta de la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, completada por la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, prevé la elaboración de un contrato-programa para cada una de las islas de la Comunidad Autónoma Canaria. Esto ha significado que la entidad encargada de satisfacer el servicio público esencial, TITSA, ha suscrito como empresa pública autonómica un contrato programa con el Estado y la Comunidad Autónoma Canarias, renovado en varias ocasiones, y por el que recibe subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con una determinada política de instrumentos y objetivos, pero sobre todo debido al carácter deficitario que tiene la prestación de ese servicio público esencial, dados los objetivos propuestos.

QUINTO. En todo caso, las diferentes leyes y decretos de desarrollo vigentes prevén el traspaso de competencia en materia de servicios de transporte público regular de viajeros de la Comunidad Autónoma a los Cabildos Insulares. De modo que los Cabildos Insulares tienen, indubitablemente, la competencia en la gestión del transporte público regular interurbano de cada isla y los ayuntamientos la competencia en el transporte público regular urbano del propio municipio. De hecho, el contrato programa de 1996 y los posteriores incluyen como administraciones públicas al Estado, la Comunidad Autónoma de Canarias, el Cabildo Insular de Tenerife o el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Es decir, incluye tanto el transporte público de viajeros interurbano como urbano de la ciudad de Santa Cruz. Lo anterior subraya que tanto el Cabildo Insular de Tenerife como el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife tienen competencias suficientes para adjudicar –de una u otra forma- el servicio público de transporte permanente de viajeros.

Ahora bien, y en todo caso, el Tribunal considera que si cualquiera de estas administraciones públicas tienen competencias suficientes o no, o si esta actuación administrativa se ha ajustado o no a derecho, extralimita las propias competencias resolutorias del TDC, en el buen entendimiento de que el supuesto comportamiento abusivo por parte de TITSA y de distintas administraciones públicas canarias es más bien un comportamiento abusivo a la hora de utilizar determinados instrumentos legales para afrontar un determinado servicio público. A este respecto cabe señalar que tanto el Cabildo Insular de Tenerife como el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife están actuando como administraciones públicas, sujetas a un derecho y produciendo un tipo de actos administrativos a los que no alcanza la legislación española de defensa de la competencia. A mayor abundamiento de ello, en otros casos, como en la Resolución r363/99, CSt-D.G.Aviación Civil, el TDC señaló en su FD Primero que “la revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes en que se fundamentan corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [...] mientras que los órganos de defensa de la competencia sólo pueden intervenir en la instrucción y resolución de los expedientes relativos a conductas que infringen la Ley de Defensa de la Competencia”. También en la Resolución 419/97, Cruz Roja de Fuengirola, el TDC en su FD Tercero señaló que cuando una autoridad local actúa como regulador, la revisión de si esta actuación se ha ajustado 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”. Estas consideraciones del Tribunal no hacen sino confirmar lo ya expresado por el SDC en su Acuerdo de sobreseimiento, especialmente cuando señala en el folio 1529 de la instrucción que “al elegir la modalidad concreta de gestión a la que se ajustará la prestación del servicio público, la Administración está actuando en ejercicio de funciones que le son propias en cuanto que ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, en

ejercicio de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines, sin que dicha actividad esté sujeta a la LDC y sea, por lo tanto, susceptible de fiscalización por parte de los órganos de Defensa de la Competencia, correspondiendo el control de legalidad de dicha actuación a la Jurisdicción Contencioso—Administrativa.” Lo que valdría para cualquiera de las Administraciones Públicas denunciadas –Comunidad Autónoma, Cabildo, Ayuntamiento-. Por todo ello, para este Tribunal no cabe otra cosa que la desestimación del presente recurso.

SEXTO. No obstante lo anterior, en la instrucción del expediente se puso de manifiesto que la justificación de por qué el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife eligió el concierto –y no un concurso- con TITSA para el periodo 1989-1999 se basaba en que “no existe en la actualidad otra empresa con capacidad suficiente para hacerse cargo del mismo, que su actual concesionario, TITSA, que asimismo lo es del Servicio Interurbano de Viajeros...” (folio 1526 del expediente del SDC). Obviamente, una afirmación de estas características solamente se puede hacer desde un buen conocimiento de los mercados correspondientes y especialmente de la oferta de los mismos. Sin entrar en ninguna valoración acerca de ello y sentado ya que las administraciones públicas actuantes lo han hecho como ente de Derecho Público, tal y como señaló el SDC en su Acuerdo, y no en calidad de operadores de mercado, este Tribunal no puede dejar de subrayar que la gestión indirecta mediante concursos transparentes, con unas condiciones bien tasadas y plazos suficientes pero no muy largos, es capaz de activar una dinámica competitiva empresarial, al menos *ex ante*, que puede resultar muy provechosa para una consecución más eficiente de los objetivos que se propongan y que es inexistente en los modelos de gestión directa, en la medida en que en éstos la gestión va a ser realizada por empresas que acometen los objetivos propuestos por la Administración sin referencias alternativas directas de mercado que proporcionaría esa competencia *ex ante*, tanto en eficiencia como en diversidad y calidad, en los servicios públicos que van a prestar. Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia.

HA RESUELTO

Único. Desestimar el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TRANSPORTE DISCRECIONAL DE VIAJEROS DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE contra el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia de 27 de junio de 2006 (Expediente 2543/04 del SDC) dictado en el procedimiento seguido contra TRANSPORTES INTERURBANOS DE TENERIFE, S.A.U., la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, el CABILDO INSULAR DE

TENERIFE por una supuesta vulneración del art. 6.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.