

## **RESOLUCIÓN (Expt. r 663/05 Transporte Viajeros Lugo)**

### **Pleno**

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente  
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente  
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal  
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal,  
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal

En Madrid, a 28 de junio de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente la Vocal Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r663/05, interpuesto contra el Archivo del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de 1 de julio de 2005, (506/04 del SDC), por el que se acuerda el archivo de la denuncia presentada por (...) en representación de la mercantil HEMISFERIOS, SL, por no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 11 de febrero de 2004 tuvo entrada en el SDC escrito en el que (...), en nombre y representación de la mercantil "HEMISFERIOS SL", formulaba denuncia contra la Excma. Diputación de Lugo (Diputación), por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la aplicación, por parte de la Diputación, de precios por debajo de coste en la explotación de los servicios de transporte de viajeros por la "Ruta de los Embalses", lo que supondría, a juicio de la denunciante, la realización de actos de competencia desleal, prohibidos por el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia.

La denuncia se basa en los siguientes hechos:

- 1.1. La denunciante es una entidad mercantil que tiene por objeto social el de agencia de viajes, tanto en vertiente mayorista como minorista, contando a la vez con medios de transporte a su disposición, o propios, con los que presta directamente servicios de transporte a los usuarios. El 90% del capital social de la empresa denunciante es propiedad de EMPRESA MONFORTE, S.A. (EMSA). En 1998 EMSA y la Diputación de Lugo firmaron un contrato de concesión mediante el cual EMSA explotaría la embarcación monocasco y los tres catamaranes, propiedad de la Diputación, en los embalses de San Esteban, Los Peares, y Belesar, así como también las instalaciones deportivas y recreativas de Portomarín, Belesar (presa), Belesar (pueblo), Doade y Augasmestas, a cambio de un canon anual actualizable según IPC. El concesionario debía aplicar unas tarifas al público previamente aprobadas por la Administración.
- 1.2. La Diputación comienza la explotación de estos servicios en 1993, inicialmente mediante gestión directa. En 1996 otorga una concesión para la explotación de los mismos a RUTAS DE GALICIA. En 1996 las tarifas aprobadas por la Diputación eran de 6,91 € el billete ordinario y 6,01 € en grupos de al menos 5 pasajeros en días laborables para adultos (4,21 € y 3,61 € respectivamente para menores de 14 años) y 8,11 € el billete ordinario y 6,91 € en grupos de al menos 5 pasajeros en sábados y festivos para adultos (4,81 € y 4,21 € respectivamente para menores de 14 años).
- 1.3. Las tarifas aplicadas posteriormente por EMSA, aprobadas por la Diputación entre 1998 y 2000, siguieron el mismo esquema con la correspondiente actualización con el IPC.
- 1.4. En el año 2002, EMSA deja de explotar el servicio bajo el régimen de concesión. A partir de entonces la Diputación pasa a explotar de forma directa las embarcaciones, mientras de la explotación de los embarcaderos e instalaciones recreativas y deportivas que gestiona, pasan a ser explotadas, en parte de los casos, por concesiones específicas.
- 1.5. En el año 2002 la denunciante entra a operar una ruta de transporte de viajeros por el embalse de San Esteban (Lugo-Orense) con una única embarcación y esta es la única ruta coincidente con la

Diputación denominada DOADE-CAÑONES DEL SIL. Es la única en la que la denunciante opera.

- 1.6. Los precios aplicados por la Diputación durante el año 2002 y 2003 son para el billete ordinario de 6 € para adultos y de 4 € para niños de 4 a 12 años y para jubilados y carné joven. Se aplica un 20 % de descuento para grupos con más de 15 pasajeros y un 30 % si se contrata el barco completo (70 plazas). El estudio encargado por la denunciada a un auditor de cuentas independiente (folios 67-74 del expediente tramitado en el SDC) establece que en el año 2003 el coste de explotación de la ruta explotada por la denunciante, y que coincide con una de las explotadas por la Diputación, es de 140.045,89 € si se hace el calculo anual y de 114.911,44 € si la imputación de costes se hace para el periodo de junio a septiembre (único periodo en el que la Diputación opera sus embarcaciones). Dado que el número de viajeros fue de 23.063 en ese año, y de 16.149 entre junio y septiembre, sin tener en cuenta el beneficio empresarial, solo para no incurrir en pérdidas el precio del billete debería ser de 5,94 € si se hace explotación anual y de 7,12 € si se considera solo la explotación de junio a septiembre. Si se incluye un beneficio empresarial de 15%, el precio mínimo sería de 6,83 € en explotación anual.
- 1.7. La aplicación de estos precios son inferiores a las tarifas que la Diputación ha aprobado en años anteriores. Estos precios conllevan un déficit en la explotación de los servicios que solo pueden ser cubiertos con la concesión de asignaciones o ayudas públicas.
- 1.8. La denunciante mantiene que los hechos denunciados son *“constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia incursas en la prohibición del artículo 7 de la Ley 16/1989 de 17 de julio (.....)por prestar la Excm. Diputación de Lugo servicios turísticos de entretenimiento y transporte de viajeros por la ruta referida ofertando sus servicios públicos a un precio muy por debajo de su coste lo cual supone un acto de competencia desleal por infracción del artículo 7 de la ya citada LDC en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal por violación del artículo 36 de la Ley de Bases del Régimen Local en materia de competencias de tal Administración Local en unión del artículo 41 de la Ley 39/1988.”.....”..al menos desde el ejercicio 2002 la Excm. Diputación de Lugo viene explotando...una embarcación monocasco y tres catamaranes.....en base a autorizaciones de*

*navegabilidad para las citadas embarcaciones que la misma habrá de acreditar”.*

Con respecto a los precios aplicados por la Diputación en las rutas coincidentes con la denunciante, ésta manifiesta que *“Tales precios...en modo alguno cubren los costes de la prestación del servicio”* y además añade sobre estos precios que *“en su condición de precios públicos, y conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Ley 39/89 de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, habrían de cubrir como mínimo el coste del servicio o de la actividad realizada”.*

*“Tales actos de la Diputación afectan al interés público y al mercado de modo significativo...”.* El interés público, argumenta la denuncia, existe en el caso presente porque *“el problema que se plantea es un problema general que afecta a toda una categoría de oferentes, los privados y no a una empresa individual y tanto en el presente como en el pasado ya que si una determinada explotación llevada a cabo por una institución pública recibe ayudas públicas resultará imposible que cualquier empresa privada, ya existente, ya de futura creación pueda concurrir en el mercado. Tal requisito de afectación al interés público que se da en el presente caso no se moderado o justificado, protegido o justificado por normas legales”* (sic).

- 1.9. Con fecha 24 de marzo de 2004 se recibió en el SDC nuevo escrito de la denunciante aportando información aparecida en el periódico La Voz de Galicia el 16 de marzo de 2004. Según esta información la Comisión de Gobierno de la denunciada habría acordado con fecha 15 de marzo de 2004 una subida generalizada de los precios de los servicios objeto del presente expediente, para la campaña 2004-2005, del 50% de los que hasta la fecha vendría cobrando. Según el escrito de la denunciante *“A su vez la decisión adoptada por la Comisión de gobierno de la denunciada ha sido justificada por la misma para “interesar a los profesionales del sector turístico en la promoción de la actividad y recortar las diferencias de precios entre las embarcaciones del organismo provincial y las empresas privadas que trabajan en la zona”* (sic). Mantiene la denunciante en ese escrito que si la noticia publicada es cierta entonces *“supondría un reconocimiento expreso por parte de la entidad pública denunciada de la infracción que mi representada ha puesto de manifiesto a esa Subdirección”.*

2. Con fecha 12 de marzo de 2004 el SDC se dirige a la Diputación de Lugo solicitándole una serie de información y datos bajo el procedimiento de información reservada dispuesto en el artículo 36.3 de la LDC, como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediese en su caso. Ante la falta de respuesta de la Diputación, este requerimiento de información tuvo que ser efectuado de nuevo los días 27 de mayo de 2004 y 15 de octubre de 2004.
3. Con fecha 27 de octubre de 2004 se recibió en el SDC contestación de la Diputación a sus reiterados requerimientos de información. El contenido de esta respuesta se expresa en torno a los siguientes puntos:
  - 3.1. *La zona Sur de Lugo, como consecuencia de la construcción de los grandes embalses de Belesar, Peares y San Esteban durante la década de los 50 y 60, vio anegados muchos de sus mejores valles y riberas, en las que se asentaba una parte importante de su economía. En un intento de paliar aquellos daños e impulsar el desarrollo y crecimiento de la zona la Diputación Provincial construyó y es propietaria de las instalaciones en tierra de los Clubes Náuticos de Portomarín, Taboada, Presa de Belesar, Bodega de Belesar, Doade y Complejo Turístico de Augasmestas, con sus correspondientes instalaciones en el agua para atraque de embarcaciones, varada y botadura”.*
  - 3.2. *Esta Diputación gestionó directamente el Servicio de Catamaranes en los años 1993, 1994 y 1995, gestionándose después de forma indirecta mediante concesión a las empresas “Rutas Galicia” (años 1996 y 1997), a la Empresa Monforte (años 1998 a 2002), reorganizándose nuevamente en este año para ser gestionado de nuevo por la Diputación, así como de forma indirecta por la empresa “Hemisferios, S.L.”, que comparte con la Diputación la utilización de varias instalaciones de propiedad provincial.*
  - 3.3. *En la primavera del año 2002 la empresa Hemisferios S. L. lleva a cabo la botadura de una embarcación denominada Accua 2 y que utilizando las instalaciones del Club Náutico de Doade (propiedad de esta Diputación), para el embarque de pasajeros, venta de billetes, amarre, reportaje, mantenimiento, etc, realiza el trayecto Doade-Cañones del Sil. Es en este trayecto donde coincide con una de las embarcaciones propiedad de esta Diputación, denominada Cañón Do Sil (barco de acero monocasco evidentemente más modesto en cuanto a capacidad y prestaciones que el Accua 2), y*

*con el catamarán “Ribeira Sacra” de la Diputación de Ourense, que navega también en este embalse desde el año 1994.*

- 3.4. En la campaña del 2002, que comenzó el 1 de julio y finalizó el 30 de septiembre, la Diputación de Lugo operó los tres catamaranes, pero no el monocasco, que estuvo fondeado todo el año. Cada embarcación tuvo asignada una ruta específica y una tripulación compuesta por un piloto y un ayudante-mecánico-guía. Todas ellas navegaron con los permisos pertinentes expedidos por la Confederación Hidrográfica del Norte. El catamarán Pelegrín III es el que cubría la ruta del embalse de San Esteban, que desde el 20 de agosto hasta el 30 de septiembre la ruta cubría el trayecto Doade-Cañones del Sil-Doade, coincidiendo con la embarcación del denunciante Accua 2 y con otro catamarán de la Diputación de Orense, que realiza la ruta en sentido inverso.
- 3.5. En la campaña del año 2003, que comenzó el 10 de mayo y finalizó el 31 de octubre, la Diputación operó cuatro embarcaciones: los tres catamaranes y el barco monocasco. El catamarán Pelegrín III y el barco monocasco cubrían las rutas del embalse de San Esteban.
- 3.6. El tránsito de pasajeros en el 2002 fue de 3.954, correspondiendo 1.747 al Pelegrín III. Para el año 2003 las cifras fueron de 11.442 en total, 2.381 para el Pelegrín III y 8.048 para el barco monocasco.
- 3.7. Los ingresos fueron 7.344 € para El Pelegrín III en 2002. En el año 2003 el Pelegrín III ingresó 10.540 € y el barco monocasco 41.618,8€. Los ingresos totales para todas las rutas fueron de 16.418,8 € en 2002 y 57.089,2 € en 2003.
- 3.8. Los gastos de explotación para el año 2002, para todas las rutas fueron de 34.971,43 € y de 57.017,36 en 2003.
- 3.9. Por lo tanto, el resultado de la explotación en el año 2002 fue de una pérdida de 18.553 € y en el año 2003 una ganancia de 72 €.
- 3.10. La Diputación informa que en el año 1993 *“el precio de los billetes se ajustó para que coincidiera con los gastos de explotación, de manera que el beneficio final fuera cero. Lógicamente este criterio no coincide en absoluto con empresas privadas que nueve años después de que lo hiciera la Diputación se instalaron en la misma zona para ofrecer el mismo servicio, pero con la aspiración lógica de obtener un beneficio económico; por lo que sus tarifas de precios necesariamente han de ser más altas que las de la Diputación.*
- 3.11. El SDC solicitó nueva información el 29 de octubre de 2004 a la Diputación, contestando ésta el 19 de noviembre de 2004. La aprobación de los precios públicos de las rutas fluviales está delegada en la Comisión de Gobierno por acuerdo adoptado por el



Pleno de la Diputación de 28 de junio de 1993. En la respuesta se aportan los informes, aprobados por la Comisión de Gobierno de la Diputación, de ingresos y gastos previstos para las Rutas Turísticas Fluviales, en los embalses de Belesar, Peares y San Esteban, en los meses de Julio, Agosto y Septiembre de 1993 y los precios públicos aprobados en 1993, 1994, 2002 y 2003 cuyo contenido se resumen en el cuadro siguiente, en que se incluyen los precios públicos, también autorizados por la Diputación, en los periodos de concesión:

<b>Precios aplicados al servicio (aprobados o aplicados por la Diputación) (Euros)</b>				
	Billete ordinario		Billete ordinario grupos	
	Laborables	Sábados y festivos	Laborables	Sábados y festivos
<b>1993</b> <b>(beneficio nulo)</b>	6,01	7,21	4,8	6,01
<b>1996 (Rutas Galicia)</b>	6,91	8,11	6,01	6,91
<b>1998</b> <b>(Empresa Monforte)</b>				
Barco	7,21	8,41	--	--
Catamarán	6,01	7,21	--	--
<b>2000</b>				
	8,41	9,61		--
		Temporada alta		
	7,81	9,01		--
		Temporada baja		
<b>2002</b>	5	Pérdidas de explotación de 18.553€		
<b>2003</b>	6	Ganancias de explotación de 71€		
<b>2004-2005</b>	9			
	(información de prensa)			

4. Con fecha 23 de diciembre de 2004 el SDC se dirige de nuevo a la Diputación solicitando información. Esta se reiteró el 28 de enero de 2005 y el 14 de febrero de 2005. Finalmente se obtuvo contestación el 21 de febrero de 2005, en la que se repetía información ya facilitada.
5. El 1 de abril de 2005 se solicita información base para el cálculo de las tarifas de los precios públicos de 2002 y 2003, siendo ésta remitida el 13 de abril, en los siguientes términos:



- 5.1. Para el año 2002, en el folio 244 del expediente tramitado en el SDC, en el capítulo de costes de personal se detalla el número de pilotos necesarios y su sueldo, así como que para el desarrollo de las actividades náuticas se contará con el personal de la Brigada de Mantenimiento de la Diputación sin coste alguno. Para las tres embarcaciones tipo catamarán se estima un coste total de 26.200 € (en 2002), a pesar de que en la cabecera del documento se dice que los gastos estimados son para catamarán, y un aforo en las embarcaciones de 6.000 pasajeros. Aplicando los supuestos de 70% de billetes ordinarios y 30 % reducidos se llega a un precio de 5 € en el ordinario y 3 € en el reducido para el año 2002. Los costes reales de explotación resultaron ser de 34.971,43 €, y los ingresos de 16.418 € (folios 116 y 115 del expediente tramitado en el SDC).
- 5.2. Para el año 2003 (folio 249 del expediente tramitado en el SDC), que entra en servicio el barco monocasco “Cañón del Sil”, la estimación de gastos asciende a 57.504 €, dado que el número de meses en servicio será de 5 y el número de embarcaciones aumenta, siendo por tanto necesario contratar mas pilotos. Igualmente se incrementan las estimaciones de aforo hasta 11.100 pasajeros. Aplicando los mismos supuestos se llega a unas tarifas de 6 € para el billete ordinario, 4 € para el reducido y 5 € para billete de grupo y mayoristas. Los costes reales de explotación fueron de 57.017.36 € y los ingresos de 57.089 € (folios 118 y 117 del expediente tramitado en el SDC).
- 5.3. Los costes estimados para 1993 se calculan por catamarán (folio 172 del expediente tramitado en el SDC), sobre la base de tres meses de explotación, dos viajes al día, una duración de 3 a 4 horas por viaje, un consumo de 6 litros por hora y unas necesidades de personal de dos pilotos y dos operarios de tierra. El total se estiman 5.613.822 ptas (33.700 €).
6. El 1 de julio de 2005 la Directora General del SDC acuerda el archivo de la denuncia, al *“no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC”*, ya que *“ni los competidores se han visto expulsados del mercado, ni los consumidores han visto mermada su capacidad de elección, ni se ha afectado de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado”*, y ello en base a las siguientes razones:

- 6.1. Sobre el sometimiento de la Diputación de Lugo a la LDC, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala que *“constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes ó servicios en un determinado mercado y que el ‘hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial!...”*, por lo que *“Aplicando esta jurisprudencia al presente caso y reconociendo que la Diputación habría incidido en el funcionamiento del mercado señalado, se podría considerar a la Excm. Diputación de Lugo como un **operador económico** más en el mercado de servicios de transporte turístico de viajeros, quedando por tanto sometida a las prescripciones de la LDC”*.
- 6.2. Sobre la posible infracción del artículo 7 de la LDC, al que la denuncia hace referencia explícita, el SDC manifiesta que, de la documentación presentada por la denunciada se desprende que:
- 6.2.1. *Los precios públicos fijados se han establecido de manera que cubran **exactamente** los costes previstos (folios 244-253 del expediente tramitado en el SDC), y si bien en 2002 ha habido un desfase entre los costes estimados, los efectivos y los precios públicos que ha llevado a registrar pérdidas, en 2003 este desajuste se ha corregido registrándose incluso beneficios.*
- 6.2.2. *No puede decirse que, haya habido venta a pérdida (siendo las condiciones para su existencia las señaladas en el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en concreto: que induzca a error a los consumidores sobre el resto de precios practicados; que desacredite a otros productos y/o establecimientos ajenos; y que forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor del mercado) ni por tanto comportamiento desleal.*
- 6.2.3. *Tampoco se cumple la segunda condición necesaria para la vulneración del artículo 7, pues no se afecta negativamente al interés público con la intervención de la Diputación en el*

*mercado considerado. Más bien, esta intervención supone la garantía de ofrecer un determinado servicio -importante para la zona sur de Lugo- que, según la información aportada por la Diputación, mientras era realizado por empresas privadas no consiguió los objetivos buscados e incluso puso en peligro la sostenibilidad y mantenimiento de las embarcaciones e instalaciones.*

*De hecho, tal y como señala el propio TDC reiteradamente al referirse al artículo 7 de la LDC, “el artículo 7 no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal. La LDC es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que contempla el art. 7 es una deslealtad cualificada”.*

7. El 22 de julio de 2005 tiene entrada en el TDC un escrito de recurso contra el archivo dictado por el SDC. En dicho escrito HEMISFERIOS S.L. alega las siguientes cuestiones:
  - 7.1. No les consta que la Excma. Diputación de Lugo cuente con las autorizaciones necesarias para la realizar las actividades análogas a las realizadas por la denunciante, y por tanto solicita al TDC que verifique el cumplimiento de la Diputación en cuanto a los requisitos legales pertinentes.
  - 7.2. La fijación de precios del año 2002 por parte de la Diputación hace que ésta haya incurrido en pérdidas que habrán tenido que ser cubiertas con otras partidas presupuestarias destinadas a otros fines. Estas partidas, no previstas para cubrir estas pérdidas se enmascaran como costes de otros servicios, impidiendo el

conocimiento y seguimiento de su importe, lo que implica varias cuestiones:

- 7.2.1. Que la financiación que la Diputación está llevando a cabo es contraria a derecho,
  - 7.2.2. Que esta actuación tienen una clara finalidad de eliminación de competidores, que está vulnerando las normas de competencias al expulsar a los actuales operadores económicos de la zona que no pueden competir con la misma en precios,
  - 7.2.3. Que se está afectando al interés general de todos los administrados de la provincia, ya que se afecta a fondos destinados a cubrir otros servicios públicos propios que verán disminuida su provisión, y
  - 7.2.4. Que se impide la verdadera promoción turística de la zona a operadores privados que sí serían capaces de hacer rentable la actividad y *“la llevó y la lleva a incurrir continuamente en pérdidas que la misma, prevaleciendo de su doble carácter de operador económico y de Administración Pública que, para financiar los servicios públicos que tiene encomendados, cuenta con ingresos fundamentalmente tributarios, ha tenido que venir cubriendo imputando los costes de su actividad privada de explotación de embarcaciones a otras partidas presupuestarias cuya finalidad legal es otra”*.
- 7.3. El acuerdo que se recurre debe ser revocado y acordarse la correspondiente investigación y comprobación de los hechos, ya que el archivo no está suficientemente motivado puesto que los precios aprobados y efectivamente cobrados en 2002, 2003 y 2004 no han sido realmente aprobados por el Pleno de la Diputación, tal y como el SDC da por acreditado.
  - 7.4. Las estimaciones aportadas por la Diputación en referencia a los costes estimados de explotación plantean numerosos interrogantes en cuanto a su cuantía, su actualización en función del incremento

de precios al consumo, y los servicios a los que realmente corresponden las estimaciones. De la instrucción realizada por el SDC no queda claro el verdadero coste de la actividad y su modo de financiación.

- 7.5. De la información que obra en el expediente *“Concurre cuando menos a la vista de lo comentado una negligencia inexcusable que por ello ha de tenerse como consciente y voluntaria que, cuando menos, ha de ser corregida para el presente y el futuro y que ha de conllevar la necesaria sanción para su autora por las repercusiones que su conducta tienen no solo sobre los operadores económicos que intentan concurrir con la misma en el mercado y que, en tanto no se la compela a actuar como por ley está obligada, se ven de facto excluidos del mercado no pudiendo aplicar los precios que los servicios que prestan han de tener, ni pudiendo por ello tampoco ofrecer dichos servicios con las calidades necesarias para que efectivamente las poblaciones de la zona afectada puedan obtener la verdadera promoción que se dice la denunciada para perseguir”*.
8. Con fecha 28 de julio de 2005 el TDC recibe el informe preceptivo del SDC al recurso anteriormente detallado. El SDC considera que las alegaciones presentadas no desvirtúan el contenido del Acuerdo de archivo, por lo que éste se debería mantener. El SDC subraya además las siguientes cuestiones:
  - 8.1. Que no se cumplen los requisitos que el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece como precisos para declarar la existencia de la venta a pérdida, en concreto: *que induzca a error a los consumidores sobre el resto de precios practicados; que desacredite a otros productos y/o establecimientos ajenos; y que forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor del mercado.*
  - 8.2. *Que tampoco se cumplen los otros dos requisitos necesarios para la vulneración del art. 7 de la LDC, a saber que el acto de competencia desleal (cuyas condiciones de existencia, como ya se ha señalado, no se cumplen) distorsione gravemente las condiciones de competencia del mercado, y que dicha grave distorsión afecte negativamente al interés público.*

- 8.3. *Que, independientemente del proceso de elaboración, aprobación y gestión de los Presupuestos de la Diputación, el único periodo para el que se ha probado la existencia de pérdidas durante la explotación directa que realiza la Diputación del servicio de transporte turístico de viajeros por la “Ruta de los embalses” ha sido el periodo 2002 —tal y como se señala en el propio Acuerdo de Archivo— no produciéndose continuamente pérdidas financiadas con ingresos tributarios, como señala sin embargo la recurrente.*
- 8.4. *Que incluso teniendo en cuenta que en el proceso de elaboración, aprobación y gestión de dichos Presupuestos se hubiera cometido algún error o hubiera habido alguna infracción de la normativa, se trataría en cualquier caso de errores respecto a un acto administrativo, quedando fuera del ámbito de la LDC, como señala la propia jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia (por ejemplo, en su Resolución de 5 de mayo de 2005, correspondiente al Exp. R 608/04, Embarcaciones de Lanzarote, según la cual “... aunque el Tribunal considera deseable que la intervención de las Administraciones Públicas en los mercados se produzca tras comprobar mediante expediente que dicha intervención es conveniente y oportuna y que, si se lleva a cabo, se establezca un nivel de precios superior al coste, es lo cierto que no está habilitado para enjuiciar actos administrativos, actos deben ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa” (sic).*
9. El TDC admite a trámite el recurso y nombra ponente al Vocal D. Julio Pascual y Vicente. Se declaran interesados en este expediente a Hemisferios S.L. y Diputación de Lugo. El 20 de octubre de 2005 se nombra ponente a la Vocal Dña. Pilar Sánchez Núñez por expiración del mandato del Vocal Ponente anterior.
10. El 7 de octubre de 2005 la Diputación de Lugo presenta escrito de alegaciones en el que se opone al escrito de recurso por las siguientes razones:
- 10.1. La Diputación dispone de todas las autorizaciones y requisitos legales precisos para la realización de la actividad objeto de la



denuncia, tal y como consta en la documentación aportada al expediente.

10.2. Sobre la pretensión de que la Diputación estableció unos precios de billete insuficientes para cubrir los costes se precisa lo siguiente:

*10.2.1. La simple comparación de los precios de los billetes entre 1993 y 2002 no puede tener relevancia, ya que la organización de los servicios fue diferente: En el año 2002 se destinó a la Brigada de Mantenimiento de la Diputación Provincial como apoyo para el desarrollo de las actividades náuticas, lo que permitió un importante ahorro en gastos de personal. Tampoco el número de salidas y rutas de los barcos fue el mismo, por lo que carece de sentido sólo emplear la subida del nivel de vida para concluir que los precios no eran suficientes para sostener el coste del servicio, dada las sustanciales diferencias en prestación y organización del servicio.*

*10.2.2. Las pérdidas de la campaña 2002 tampoco pueden imputarse a los bajos precios: por el descenso del nivel de agua de los embalses, fue necesario variar el trayecto de los viajes, como explicamos en el INFORME DE LAS RUTAS DE LOS EMBALSES aportado. Las rutas subsidiarias son evidentemente menos atractivas que las previstas, y el aspecto general de los embalses con escasa agua tampoco favorece un alto número de viajeros, que explican que de 6.000 viajeros previstos sólo se alcanzasen 3.954. La causa principal de las pérdidas de dicha campaña no fue el descenso del agua, sino que el barco más eficaz, el “Cañón del Sil” no pudo ser utilizado. De la importancia de dicho barco no puede quedar duda alguna simplemente observando el número de pasajeros de la campaña 2003, en la que ya pudo operar: de un total de 11.442 pasajes, 8.048 correspondieron a dicho barco.*

*10.2.3. La finalidad de la prestación del servicio por la Diputación es el impulso y desarrollo de las zonas ribereñas, que lleva consigo que en un principio se construyan las instalaciones*



*necesarias al efecto, y que se establezcan rutas no rentables en términos económicos, pero importantes para el fomento turístico de las zonas ribereñas.*

*En algunos casos esta iniciativa puede dar como resultado que algunas de dichas rutas sean rentables para el establecimiento de empresas privadas, lo cual no ha impedido nunca la Diputación, sino todo lo contrario; pero ello no puede llevar consigo que se le imponga una política de precios que impida seguir desarrollando el servicio.*

*Como reconoce el Auto recurrido, ni existe competencia desleal ni se afecta negativamente al interés público, sino que la intervención de la Diputación supone una garantía de ofrecer un servicio importante para la zona Sur de Lugo.*

11. Con fecha 14 de octubre Hemisferios S.L., tras haber tenido acceso al expediente, presenta escrito de alegaciones en el que se reitera en todas las anteriormente presentadas y añade las siguientes cuestiones:

11.1. Que la Diputación no ha presentado, a pesar de haberle sido requerido por el SDC, datos de los resultados efectivos de la explotación del servicio en el ejercicio 2004. Estos han sido aportados por la denunciante mediante certificado emitido por el Secretario de la Diputación, en el que se puede comprobar (folio 36 del expediente tramitado en el TDC) que los Ingresos de los servicios de catamaranes ascendieron en 2004 a 78.226,15 euros y los gastos a 151.961,55 euros, por lo que se incurre en pérdidas en 2004, en contra de lo que señala el acuerdo recurrido. El SDC en el informe que eleva al TDC no se pronuncia sobre este aspecto “*e incluso lo obvie pese a haber requerido información al respecto en tiempo y no haberle sido aportada. Mis cuando refiere si refiere en dicho informe algo que queda expresamente contradicho con nuestra aportación: que la Denunciada solo incurrió en pérdidas en un ejercicio el 2002. No obstante, es cierto que tales datos no obraban en el expediente que sirvió de base al órgano recurrido para dictar Resolución de Archivo al cual nos remitimos pero la obviedad de los mismos no puede ser desconocida por cuestionar*

*en este extremo totalmente lo señalado en el Acuerdo recurrido” (sic).*

11.2. Los costes certificados para 2004 suponen un 260% respecto a los de 2003 y un 560% respecto a los de 2002, sin que conste en el expediente justificación alguna.

11.3. De los datos que obran en el expediente se evidencia la ausencia de una imputación correcta de los costes del servicio, tanto en costes de personal, como de combustible, como de reparación y mantenimiento u otros más.

11.4. Si no se ha comprobado que la imputación de costes del servicio objeto de la denuncia es correcta, y hay evidencias en el expediente de que puede no serlo, el SDC no puede concluir que La Diputación denunciada haya establecido unos precios públicos que cubran exactamente los costes del servicio. Tampoco pueden ser clasificados como resultado de incorrecciones o errores a la hora de fijar precios públicos y por lo tanto excluirse de la competencia del TDC.

12. El Pleno del TDC deliberó y falló el recurso en su sesión del día 24 de mayo de 2006.

13. Son interesados:

- Hemisferios S.L.
- Diputación de Lugo

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La cuestión a dilucidar en la presente resolución es si el Archivo dictado por el SDC el 5 de julio de 2005 sobre la denuncia presentada por la empresa mercantil Hemisferios S.L., debe ser confirmado o revocado, tal y como solicita el denunciante en su escrito de recurso de 22 de julio de 2005 presentado ante este Tribunal.

**SEGUNDO.-** Las actuaciones archivadas se basaban en una denuncia contra la Excm. Diputación de Lugo por presunta conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La conducta denunciada consistiría en que la Diputación de Lugo estaría actuando deslealmente contra la denunciante al establecer unos precios para el servicio que ambas ofrecen en competencia, inferiores a los costes reales de dicho servicio. La denunciante pone también en duda que la Diputación este cumpliendo con todos los requisitos legales precisos para el desarrollo de la actividad.

**TERCERO.-** La denunciada se opone al recurso, solicitando que el mismo se desestime por este Tribunal y que se confirme por tanto el Acuerdo del SDC de 5 de julio de 2005. Alega el cumplimiento íntegro de los requisitos legales para el ejercicio de la actividad objeto de la denuncia, y niega la existencia de competencia desleal, ya que si los costes del año 2002 no fueron cubiertos no fue porque los precios de los billetes fuesen insuficientes para sostener el coste del servicio, sino que por diversas causas la demanda del servicio fue muy inferior a la prevista. Asimismo afirma que no solo no hay afectación negativa del interés público, sino que la intervención de la Diputación supone una garantía de ofrecer un servicio importante para la zona sur de Lugo.

**CUARTO.-** Por su parte, el Servicio informa a favor de la desestimación del recurso, señalando que no se cumplen los requisitos necesarios para declarar la existencia de venta a pérdida en la gestión directa que realiza la Diputación de Lugo, ni tampoco los requisitos para la vulneración del artículo 7 de la LDC, y por tanto procedería desestimar el recurso.

**QUINTO.-** La cuestión primera a dilucidar en esta resolución es si es de aplicación el artículo 7 de la LDC. A este respecto cabe recordar que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el artículo 7 de la LDC será aplicable cuando la conducta analizada se pueda tipificar en alguna de las conductas contempladas en los artículos 5 a 17 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y además se cumplan los dos requisitos que cualifican el resultado de aquélla. Estos dos requisitos son que el acto desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público.

**SEXTO.-** De la información contenida en el expediente, que da lugar a la elaboración del cuadro de precios contenido en el Antecedente de Hecho 3.11 se pone remanifiesto que los precios autorizados, en última instancia, por la Diputación de Lugo partieron de un determinado nivel en 1993, y fueron experimentando incrementos sucesivos hasta el año 2002. El nivel de precios en los años 2002 y 2003 fueron inferiores, incluso en términos nominales, al precio fijado en 1993. Constatado este hecho, lo que el SDC concluye al respecto es que los precios públicos fijados se han establecido de forma que cubren exactamente los costes (folios 244-253 del expediente tramitado en el SDC), y por lo tanto no hay venta a pérdida en el sentido del artículo 17 de la Ley 3/1991 y tampoco hay evidencias de la aplicación de subvenciones ni ayudas públicas. Sobre este punto, dado que el denunciante ofrece, en competencia con la Diputación de Lugo, el servicio consistente en transportar viajeros por el embalse de San Esteban, las variables de comparación entre el producto ofertado por ambos serán el precio y la calidad del mismo. Por lo tanto, el precio fijado por uno de ellos, puede tener el efecto de desacreditar la imagen del producto ofertado por el establecimiento ajeno, y si la aplicación de este precio supone una Venta a Pérdida estaríamos ante un comportamiento desleal tipificado en el 17.2.b de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. Por tanto resulta imprescindible determinar si los costes estimados y realmente incurridos por la Diputación responden efectivamente al servicio prestado, de forma que pueda establecerse si el precio cubre los costes de explotación o por el contrario se está incurriendo en venta a pérdida.

La información que obra en el expediente respecto a los costes es:

a) el informe aportado por la denunciante y detallado en el AH 1.6 que ofrece una estimación de costes anual y estacional de la ruta en explotación para 2003 y que el denunciante pretende sea ilustrativo de los costes reales del servicio ofertado por la Diputación;

b) la estimación realizada por la Diputación en 1993 y que contempla la explotación durante 3 meses, con un servicio de 2 viajes por día y por catamarán, con una duración de 4 horas por viaje, con un consumo de 6 litros por hora y unas necesidades de personal de 2 pilotos y dos operarios de tierra para cada catamarán, detallada en el AH 5.3;

c) las estimaciones de costes para 2002 realizadas por la Diputación sobre la base de tres meses de funcionamiento, tres catamaranes en servicio, un viaje al día por catamarán, la contratación de dos pilotos para la totalidad del servicio y un consumo de combustible de 5 litros por hora, detalladas en el AH 5.2, así como los costes e ingresos reales;

d) las estimaciones de costes para 2003 realizadas por la Diputación sobre la base de cinco meses de funcionamiento, tres catamaranes y un barco en servicio, un viaje al día por embarcación, la contratación de tres pilotos para la totalidad del servicio y un consumo de combustible de 5 litros por hora, detalladas en el AH 5.1, así como los ingresos y costes reales; y

e) el certificado de costes e ingresos de la explotación del servicio de catamaranes para 2004 emitido por el secretario de la Diputación, detallado en el AH 11.1;

Del estudio de esta información se puede concluir que el método empleado para estimar los costes de explotación en los años 1993, 2002 y 2003 por parte de la Diputación no ha sido el mismo, como tampoco han sido iguales los supuestos en cuando a las necesidades de personal y consumo de combustible, sin que se haya justificado suficientemente estos cambios. Se menciona además, que a partir de 2002 para la prestación del servicio se usan efectivos de la Diputación financiados con otras partidas, como son el de las Brigadas de mantenimiento en la Diputación, lo cual no sería sino un indicio de que a la hora de fijar los precios estos no estrían teniendo en cuenta el coste de todas las actividades precisas para producir el servicio en cuestión.

El hecho de que los precios se hayan fijado, tal y como afirma el Servicio, de forma que cubran exactamente los costes estimados, no significa que la asignación de costes en la estimación de los mismos haya sido la correcta, y de hecho, la escueta información sobre estimación de gastos y sus supuestos, arroja mas sombras que luces sobre posible venta a pérdidas.

Tampoco comparte este Tribunal la alegación de la denunciante, sobre que la estimación de costes aportada al expediente por ella y realizada por un independiente, esté más cercana a la realidad, ya que dicha estimación se basa en unos costes que afectan a un servicio de características diferentes a las del servicio realizado por la denunciada. En efecto, el barco empleado por

la denunciante para cubrir esta ruta es de mayor capacidad, está cubierto, ofrece otros servicios complementarios como el de restauración, y está activo durante todo el año. Por tanto, ni los costes de este servicio, ni el precio que deba ser aplicado tienen porque coincidir con el de la Diputación, si las prestaciones del servicio no son las mismas.

Sobre la denuncia realizada respecto a la presunta subida de los precios para la campaña 2004-2005, no se ha realizado, por parte del SDC, suficiente investigación, de forma que no puede concluirse, como se hace en el Acuerdo de archivo, que sólo hubo pérdidas de explotación en el año 2002.

**SÉPTIMO.-** Con respecto a los requisitos exigidos para la aplicabilidad del artículo 7, esto es, que la conducta imputada como desleal distorsione gravemente las condiciones del mercado, y que esta distorsión tenga efectos sobre el interés público, no puede concluirse, como sostienen el Servicio, que estos no se den sin haber resuelto si los precios aprobados por la Diputación incurren o no en venta a pérdida. Si se constatase que los precios ofertados por la Diputación son tales que es imposible para un operador privado cubrir con ellos los costes del servicio, resultaría entonces que ningún operador privado, presente en el mercado o de futura creación, podría concurrir en el mercado con la Diputación. En este caso, estaríamos hablando de un problema general que afectaría a toda una categoría de oferentes, no a una empresa en particular y por lo tanto estaríamos ante un caso de afectación del interés público.

**OCTAVO.-** Partiendo de la existencia de los indicios descritos en el Fundamento de Derecho sexto, y los efectos que se generarían según el Fundamento de Derecho Séptimo, parece necesario admitir a trámite la denuncia formulada y proceder a la investigación de la conducta denunciada y de la ventaja competitiva que haya podido obtenerse de ella, estudiando su posible magnitud y alcance dentro del marco del mercado afectado. La concurrencia o no de los requisitos exigidos por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no puede presumirse, como hace el Servicio en el Acuerdo impugnado, sino que debe ser consecuencia de las conclusiones obtenidas tras el estudio y análisis de la conducta denunciada y del mercado o mercados en los que ésta haya podido producir sus efectos.

Por ello, este Tribunal considera indispensable la devolución del expediente al Servicio para que incoe expediente y proceda a las investigaciones

señaladas, haciendo especial examen, en cuanto a la conducta denunciada, de la forma en que se han estimado los costes de la prestación del servicio, sobre los cuales se han calculado los precios. A efectos del cálculo de precios se han de incorporar en los costes estimados todos y cada uno de los servicios necesarios para la prestación del mismo, independientemente de que algunos de estos servicios se cubran con personal de la Diputación que es remunerado con otra partida presupuestaria. Sólo con una correcta estimación de costes, tanto en cuanto al nivel de los mismos como al concepto, se podrá determinar si el precio efectivamente cobrado por el servicio sirve para cubrir los costes del mismo, o por el contrario se está produciendo una venta a pérdida.

En su virtud, este Tribunal

### **HA RESUELTO**

**Primero.-** Estimar el recurso interpuesto por Hemisferio S.L. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 5 de julio de 2005, debiendo procederse por éste a la admisión a trámite de la denuncia presentada por dicha entidad y a la incoación de expediente para proceder a la investigación de los hechos denunciados en los términos que quedan expresados en el Fundamento de Derecho Sexto de ésta Resolución, en relación con la imputación de infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Esto es, se deberá analizar la posible venta a pérdida realizada por la Diputación, para lo cual hay que evaluar si los precios aprobados por la Diputación eran suficientes para cubrir los costes reales del servicio. En este cálculo deberá estar incluido el valor de todos y cada uno de los recursos necesarios para la prestación del servicio.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y al denunciado, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan contra la Resolución definitiva que, en su momento, dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia.