

RESOLUCIÓN (Expte. R 7/2008. TRANSPORTE FLUVIAL DE LUGO)

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

Santiago de Compostela, 2 de febrero de 2009.

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (Tribunal o TGDC en adelante), con la composición indicada más arriba y siendo ponente D. José Antonio Varela González, presidente, dictó la siguiente Resolución en el Expediente R 7/2008 (10/2006, del Servicio) originado por el recurso interpuesto el 14 de marzo de 2008, por D.^a C. C. L., en representación de HEMISFERIOS, S.L., contra el acuerdo de sobreseimiento, con archivo de las actuaciones, del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (Servicio o SGDC en adelante), de 29 de febrero de 2008, en relación con la denuncia presentada contra la Diputación Provincial de Lugo (DIPUTACIÓN, en adelante) por presuntas prácticas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 11 de febrero de 2004 tuvo entrada en el *Servicio de Defensa de la Competencia* (SDC en adelante), de la Administración General del Estado, un escrito de la mercantil HEMISFERIOS S.L. en el que esta empresa formulaba denuncia contra la DIPUTACIÓN, por presuntas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la vulneración de normas con el efecto de ofertar precios por debajo de los costes 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 LDC.

2.- La denunciante es una agencia de viajes, tanto en la vertiente al por mayor como al por menor, que cuenta con medios de transporte a su disposición, o propios, con los que presta directamente servicios de esa naturaleza a los usuarios. El 90% del capital social de la denunciante es propiedad de la EMPRESA MONFORTE, S.A. (EMSA). En el 1998, EMSA y la DIPUTACIÓN firmaron un contrato de concesión, mediante el cual EMSA explotaría una embarcación monocasco y tres catamaranes propiedad de la DIPUTACIÓN en los embalses de Santo Estevo, Os Peares, e Belesar, así como también las

instalaciones deportivas y recreativas de Portomarín, Belesar (presa), Belesar (pueblo), Doade y Augasmestas. A cambio HEMISFERIOS S.L. pagaría a la DIPUTACIÓN un canon anual actualizable de acuerdo con el IPC. Según el contrato, las tarifas al público aplicadas por la empresa concesionaria debían ser aprobadas previamente por la Administración.

3.- En el año 2002, EMSA deja de explotar el Servicio bajo el régimen de concesión, siendo la DIPUTACIÓN quien pasa a hacerlo de forma directa en el caso de las embarcaciones, mientras que para la explotación de los embarcaderos e instalaciones recreativas y deportivas realiza concesiones específicas.

4.- En la primavera de 2002, la empresa HEMISFERIOS S. L. lleva a cabo la botadura de una embarcación, denominada "Accua 2", para la realización de viajes turísticos por el embalse de Santo Estevo, utilizando las instalaciones del Club Náutico de Doade, propiedad de la DIPUTACIÓN, para el embarque de pasajeros, venta de billetes, amarre, repostaje, mantenimiento, y otros. En esta ruta el "Accua 2" rivaliza, en 2002, con el catamarán Pelegrín III y, en 2003, con el Pelegrín III y además con el barco monocasco "Canón do Sil", ambas embarcaciones propiedad de la DIPUTACIÓN. En el expediente se recoge que el "Canón do Sil" es un barco más modesto en capacidad y prestaciones que el Accua 2. Por tanto, a partir de 2002, la DIPUTACIÓN y HEMISFERIOS S. L. compiten en la ruta denominada CANÓN DEL SIL (DOADE – CANÓN DEL SIL - DOADE), realizada en el embalse de Santo Estevo.

4.- Los precios de las rutas fluviales aplicados fueron los aprobados por la comisión de gobierno de la DIPUTACIÓN. La aprobación de esos precios públicos está delegada en la citada comisión por acuerdo adoptado por el Pleno de ese organismo el 28 de junio de 1993.

5.- La denunciante afirma que la DIPUTACIÓN en las campañas de los años 2002 y 2003 aplicó precios por debajo del coste (que comportan un déficit en la explotación de los servicios que tiene que ser cubierto con la concesión de una ayuda pública). Fundamenta esta afirmación en que:

a. Según un estudio encargado por ella misma a un auditor de cuentas independiente, en el año 2003, el coste de explotación de la denunciante de la ruta por ella realizada, y que coincide con una de las explotadas por la DIPUTACIÓN, fue de 114.911,44 € en el período de junio a septiembre (período en el que la DIPUTACIÓN opera con sus embarcaciones). Dado que el número de viajeros en ese período fue de 16.149, para cubrir los costes, sin obtener ningún beneficio ni incurrir en pérdidas, el precio del billete tendría que ser de 7,12 €.

b. Los precios aplicados en el año 2002 y 2003 fueron inferiores a las tarifas que la DIPUTACIÓN aprobara en años anteriores.

6.- La denunciante mantiene que tal venta a pérdida, que la perjudica seriamente por “*tener que conformarse en la misma con una demanda puramente residual*”, es constitutiva de una práctica restrictiva de la competencia incurrida en la “prohibición del artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio”, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991, de competencia desleal, por violación de normas legales, en concreto el artículo 36 de la Ley 7/1985, de Bases del régimen local. Además añade que los precios, “en su condición de precios públicos, conforme a lo previsto en el artículo 41 da Ley 39/1989, de 28 de diciembre, reguladora de las hacienda locales, habrían debido cubrir como mínimo el coste del servicio o de la actividad realizada”. También argumenta que tal conducta afecta al interés público, ya que:

“afecta a toda una categoría de oferentes, los privados y en el 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.”

7.- Según la DIPUTACIÓN, en el 2002 el tránsito de pasajeros en todas las embarcaciones fue de 3.954, mientras que el Pelegrín III –única embarcación utilizada en la ruta de interés- transportó 1.747. En el año 2003, los pasajeros en todas las rutas fueron 11.442, de los cuales 2.381 fueron transportados por el Pelegrín III y 8.048 por el barco monocasco.

En lo relativo a los ingresos, en el 2002, los resultantes de la actividad de todos los barcos fueron 16.418 €, de los cuales 7.344 € correspondieron al Pelegrín III. En el año 2003, los ingresos totales fueron 57.089 €, correspondiendo 10.540 € al Pelegrín III y 41.618,8 € al barco monocasco. Los datos se presentan en la Tabla 1.

Tabla 1. Resultados de la DIPUTACIÓN

Año	2002	2003
Pasajeros totales:	3.954	11.442
P. del Pelegrín III	1.747	2.381
P. del Canón del Sil	-	8.048
P. del resto de catamaranes	2.207	1.013
Ingresos totales:	16.418	57.089
I. del Pelegrín III	7.344	10.540
I. del Canón del Sil	-	41.618
I. del resto de catamaranes	9.074	4.930

8.- Con fecha 24 de marzo de 2004 se recibió en el SDC nuevo escrito de la denunciante aportando información aparecida en el diario La Voz de Galicia el 16 de marzo de 2004. Según esta información, en el día anterior, la Comisión de Gobierno de la DIPUTACIÓN acordara, para la campaña 2004-2005, una subida del precio ordinario de los Servicios objeto del presente expediente a 9 €. Esta decisión fue justificada en la necesidad de:

“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”.

Según la denunciante, si la noticia publicada es cierta:

“supondría un reconocimiento expreso por parte de la entidad pública denunciada de la infracción”.

9.- El 1 de julio de 2005 la Directora General del SDC acuerda el archivo de la denuncia, al “no observar indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC”, ya que, cuando menos no existe afectación pública, pues “ni los competidores se vieron expulsados del mercado, ni los consumidores vieron menguada su capacidad de elección, ni se afectó de manera significativa al desarrollo regular del mercado”.

10.- El 22 de julio de 2005 tiene entrada en el *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC), de la Administración General del Estado, un escrito de recurso contra el archivo dictado por el SDC. 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 en él no desvirtúan el contenido del Acuerdo de archivo, por el que éste se debería mantener.

11.- El TDC, en resolución de 28 de junio de 2006, estimó el recurso de la denunciante, considerando necesario que el SDC procediera a la investigación de la conducta denunciada y de la ventaja competitiva que se pudiera obtener de ella, analizando su posible magnitud y además su alcance en el mercado afectado, con el objetivo de establecer si los costes estimados y realmente incurridos por la DIPUTACIÓN respondían efectivamente al servicio prestado, de modo que se pudiera determinar si el precio cubría los costes de explotación o, por el contrario, se estaba incurriendo en venta a pérdida. Asimismo, la citada resolución señalaba que se debía aclarar y cuantificar debidamente el uso de personal de las brigadas de mantenimiento de la DIPUTACIÓN en la prestación de los Servicios de transporte de viajeros por la “Ruta de los embalses”.

12.- El 28 de julio de 2006, el SDC –de la Administración General del Estado– remitió el expediente al SGDC por considerarlo competencia de ese organismo.

13.- Con fecha 15 de enero de 2007, el SGDC acordó la admisión a trámite de la denuncia presentada por D^a C. C. L., en nombre y representación de la mercantil HEMISFERIOS, S.L. contra la DIPUTACIÓN. En aplicación del artículo 37 de la LDC, el Servicio llevó a cabo los actos de instrucción que estimó necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, solicitando información a la imputada. En concreto, y a partir de las pautas fijadas por el TDC en su resolución, el SGDC solicitó, en escrito de 6 de febrero de 2007, a la DIPUTACIÓN Provincial de Lugo la siguiente información:

“1. Indiquen cuáles fueron los ingresos y costes reales de las rutas turísticas por el río Sil y sus embalses, ofertadas por la DIPUTACIÓN Provincial en los años 2002, 2003, 2004 y 2005. Estos datos deberán referirse, por separado, a cada una de las rutas turísticas, en cada año de los señalados.

En los ingresos, deberá indicarse el número de pasajeros de cada temporada anual, la duración de ésta y el precio de los billetes.

En los costes deberán desglosarse, con el mayor detalle, los distintos conceptos (personal, combustible, reparación y mantenimiento, etc.), indicando además cómo se calculan. Los gastos compartidos con otros Servicios de la DIPUTACIÓN (como los de personal de la Brigada de Mantenimiento), deberán computarse en la proporción que corresponda.

2. Indiquen, en los casos de déficit, cómo se financiaron las pérdidas, con cargo a qué partidas de los presupuestos anuales de la DIPUTACIÓN Provincial”.

14.- El 21 de febrero de 2007, la DIPUTACIÓN remitió una información que el SGDC consideró insuficiente, por lo que le requirió nuevamente, el 8 de marzo, para que facilitase los datos. Como consecuencia del requerimiento la DIPUTACIÓN, mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2007, amplió la información aportada inicialmente.

15.- Con fecha 7 de mayo de 2007, el SGDC remitió a la denunciante copia de las alegaciones presentadas por la DIPUTACIÓN, con el objetivo de que manifestara lo que considerara conveniente, sin que HEMISFERIOS, S.L. presentara alegación alguna en el plazo de 10 días establecido por el artículo 32.1 LDC ni con posterioridad, hasta la fecha en la que el SGDC elaboró su propuesta de sobreseimiento.

16.- A la vista de la información recogida y al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.4 LDC, el 13 de junio de 2007, el SGDC formula al TGDC propuesta de sobreseimiento del expediente 10/2006, por no quedar acreditada la existencia de prácticas contrarias a la LDC.

17.- En el plazo de 10 días que establece el artículo 37.4 de la LDC (entrada de su escrito en correos el 26 de junio de 2007), HEMISFERIOS, S.L. presenta un

escrito de alegaciones, en el que básicamente indica que los precios aplicados por la DIPUTACIÓN en el 2002 y siguientes eran inferiores a los que aplicó en los años 1993 y 1994 e inferiores a los que, desde el año 1996, venía aprobando para las empresas que operaban en la ruta de los embalses por su cuenta; además señala la escasa desagregación de los gastos incurridos por la DIPUTACIÓN en los trayectos fluviales.

18.- El 4 de julio de 2007, el SGDC solicita a la DIPUTACIÓN diversa información complementaria esencialmente relacionada con la desagregación por conceptos de los gastos del “Canón do Sil” que aparecen en el balance económico. Esta misma información fue sucesivamente solicitada: el 28 de septiembre, 25 de octubre, 12 de noviembre y 27 de diciembre de 2007. El 25 de octubre, además, se dictó providencia de suspensión del procedimiento, a causa de la demora de la DIPUTACIÓN en aportar la información solicitada.

19.- Con fecha 30 de enero de 2008, el SGDC recibió cerca de 2.000 folios de documentación procedentes de la DIPUTACIÓN. El 15 de febrero dictó providencia por la que levantaba la suspensión y reiniciaba las actuaciones y el cómputo del plazo de instrucción del expediente. La documentación remitida por la denunciada:

- a. Incluía documentación justificativa de los gastos globales de los años 2002, 2003, 2004 y 2005 de las rutas turísticas de los embalses, sin desagregar, ya que en el escrito de remisión se indicaba que *“la cuantía de gastos es una cuenta única para la actividad y no está detallada por embarcaciones o rutas turísticas”*.
- b. Solamente permite acreditar que: *“En el embalse de Santo Estevo, en el año 2002, se produjo un déficit en la explotación de la ruta de 4.313 €. En ese año sólo pudo utilizarse el Pelegrín III, ya que el Canón do Sil permaneció fondeado y sin prestar servicio todo el año. Para las cuatro rutas de los embalses en las que operan las embarcaciones de la Diputación Provincial, consideradas en conjunto, los resultados fueron: en 2002, un déficit de 18.553,43 €; en 2003, un superávit de 71,64 €; y en 2004 un déficit de 73.774 €. De la explotación de la embarcación monocasco Canón do Sil, según los cálculos aportados por la DIPUTACIÓN, se obtuvieron beneficios en los años 2003 (6.230,38 €); 2004 (5.692,60 €) y 2005 (382,58 €). Estos resultados servirían para equilibrar las pérdidas en las cuatro rutas, en las que no existe competencia privada y que se mantienen abiertas para contribuir al desarrollo económico de las zonas afectadas”*.

20.- A la vista de la información recogida y al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.4 LDC, el 29 de febrero de 2008, el SGDC formuló al TGDC propuesta de sobreseimiento del expediente 10/2006, por no quedar acreditada la existencia de prácticas contrarias a la LDC.

21.- Con fecha 11 de marzo de 2008, D^a C. C. L., en nombre y representación de HEMISFERIOS, S.L., presentó recurso contra el acuerdo de sobreseimiento, con archivo de las actuaciones, acordado por el SGDC.

22.- El 28 de marzo de 2008, el TGDC solicitó el expediente al SGDC, junto con el informe previsto en el artículo 48.1 LDC, que le fueron remitidos el 7 de abril de 2008.

23.- El TGDC dictó Providencia el 15 de abril de 2008, en la que comunicaba a los interesados la admisión a trámite del recurso y la designación de ponente, conforme al artículo 48.3 LDC, que resultaba de la aplicación en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, informándoles que durante un plazo común de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación de la citada Providencia, podían ver el expediente, formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

24.- Con fecha 23 de abril de 2008, la representación legal de HEMISFERIOS, S.L, procedió a efectuar la vista del expediente, obteniendo las copias que estimó oportunas y, con la misma fecha, solicitó ampliación de plazo, que le fue concedida a las dos partes interesadas, mediante Providencia de 6 de mayo de 2008, por un período de ocho días hábiles a partir de la expiración del plazo inicialmente concedido.

25.- El 6 de mayo de 2008, el presidente de la DIPUTACIÓN presenta alegaciones, en las que reafirma que:

a. En ningún momento el citado organismo incurrió en la vulneración de la normativa de la competencia.

b. Durante los años de explotación del servicio de transporte fluvial por las empresas privadas, las embarcaciones y las instalaciones de amarre no estaban correctamente vigiladas y mantenidas, produciéndose un deterioro continuo de los grupos propulsores de los barcos.

c. Si la DIPUTACIÓN quisiera expulsar a HEMISFERIOS S.L. del mercado no precisaría incurrir en venta a pérdida, sino que le sería suficiente *“no permitirle la utilización de las instalaciones en tierra, propiedad de la DIPUTACIÓN e indispensables para la prestación del Servicio”*.

d. La DIPUTACIÓN no se involucrará en ninguna guerra de precios con empresas privadas, ya que si fuera preciso iniciaría los trámites oportunos para *“la prestación del Servicio en régimen de monopolio según lo dispuesto en los arts. 86 de la Ley 7/1985 y 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986”*.

26.- Con fecha 16 de mayo de 2008 la representación legal de HEMISFERIOS, S.L., presentó sus alegaciones, en las que en síntesis, señala que el SGDC

debería tomado en consideración:

a. Lo actuado y concluído en la tramitación efectuada ante los órganos de la Administración General del Estado, el SDC y el TDC. De un modo expreso cita los Fundamentos jurídicos 6º, 7º y 8º, así como el punto primero de la parte dispositiva de la Resolución del TDC recaída en el caso (Expt. r 663/05. *Transporte Viajeros Lugo*. Resolución de 26 de junio de 2006), haciendo diversas consideraciones sobre los costes de la actividad desarrollada por la DIPUTACIÓN, incluyendo un apartado relativo a los costes no contabilizados.

b. La falta de justificación del modo en que se fijaron los costes para el ejercicio 2004.

c. Las demoras en la que incurrió la DIPUTACIÓN en el suministro de la información y la no imputación de ciertos costes procedentes de otros servicios de la DIPUTACIÓN que son empleados.

d. La inexistencia de datos suficientes que permitan efectuar la atribución de los costes a la ruta concreta de interés, lo que genera una duda razonable sobre los resultados contabilizados.

e. La intencionalidad de la DIPUTACIÓN de expulsar a la denunciada del mercado dada la vulneración del procedimiento de fijación de los precios públicos.

f. El hecho de que la empresa HEMISFERIOS, S. L. no fuera expulsada del mercado no es razón para decidir el sobreseimiento del expediente.

g. La aplicación anticompetitiva de ayudas públicas.

27.- El Pleno del Tribunal deliberó y se pronunció en este asunto en su reunión celebrada el 27 de enero de 2009.

28.- Son interesados:

- Hemisferios, S. L.
- DIPUTACIÓN Provincial de Lugo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

En la medida en que esta circunstancia concurre en el presente expediente, procede su tramitación conforme al procedimiento establecido en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

SEGUNDO.- El artículo 47 de la citada Ley 16/1989 señala que los actos del Servicio que decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, serán recurribles ante el Tribunal.

TERCERO.- En el recurso presentado por la mercantil HEMISFERIOS, S.L., la cuestión que este Tribunal debe dilucidar es si está de acuerdo con lo acordado por el Servicio y, por tanto, desestima la petición del recurrente, o revoca dicha decisión de sobreseimiento con archivo de actuaciones, estimando el recurso, por considerar que existen indicios de una conducta de la DIPUTACIÓN contraria a la LDC, por lo que se debe seguir investigando su actuación.

CUARTO.- La denuncia de HEMISFERIOS S.L. contra la DIPUTACIÓN se realiza por presuntas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la aplicación de precios por debajo de los costes en la explotación del servicio 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 LDC.

QUINTO.- Para la resolución adecuada del expediente, el TGDC entiende que resulta conveniente diferenciar los siguientes aspectos:

1. Creencia sobre la conveniencia, y legalidad, de que las Administraciones Públicas realicen actividades en el mercado cuando opera también la iniciativa privada.
2. Sometimiento de las conductas denunciadas a la Ley de Defensa de la Competencia.

3. Calificación de las conductas denunciadas como comportamientos desleales con afectación al interés público.

SEXTO.- La primera cuestión se relaciona con la argumentación de la denunciante de que si una institución pública realiza la explotación de una determinada actividad y recibe ayudas públicas para eso,

“resultará imposible que cualquier empresa privada, ya existente, ya de futura creación pueda concurrir en el mercado”.

Esta idea de la denunciante parece asumir de modo implícito la creencia normativa de que la oferta de servicios por las Administraciones Públicas sólo estaría justificada cuando la iniciativa privada no cubre la demanda de un modo adecuado. De otro modo y dado que en general –según su apreciación- tal prestación de Servicios implica algún tipo de ayuda pública, se producirán situaciones de abuso y de competencia desleal.

Frente a la creencia anterior, el TDC señala que la provisión de un Servicio por los organismos públicos, en régimen de competencia con la iniciativa privada, tiene amplio apoyo jurisprudencial cuando tal servicio tiene utilidad pública, se oferta dentro del término territorial correspondiente y en beneficio de sus habitantes (Exp. R 592/03, Centros Deportivos Castellón). Por su parte, en un recurso que trataba sobre la actuación de un Ayuntamiento en un mercado en el que estaba presente la iniciativa privada, la Sentencia nº 763/2003, de 23 mayo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), recoge lo siguiente:

“... junto con el art. 38, la Constitución (RCL 1978, 2836) consagra asimismo la iniciativa pública en la actividad económica. Esa iniciativa pública, es verdad, no equivale a reserva al sector público, recogida en el art. 128.2. Pero también es verdad que ambas iniciativas económicas, pública y privada, coexisten en la Constitución.

El modelo económico diseñado por ésta es un modelo amplio, en realidad un simple marco, donde caben diversas alternativas. Por supuesto, los poderes públicos podrían eventualmente optar por actuar de forma directa en la vida económica sólo cuando la iniciativa privada en el exista o sea insuficiente, de acuerdo con el llamado principio de subsidiariedad. Pero este principio, por mucho que sea invocado por el TDC en las resoluciones traídas a estos autos por la actora, carece de rango constitucional; de forma que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los

principios de la Constitución económica. Así, la STS de 24-5-84 (RJ 1984, 3132) afirma significativamente que no existe una única economía de mercado (un modelo único), sino varias. Y la STS de 10-10-89 (RJ 1989, 7352) afirma expresamente que nuestra Constitución se ha apartado del principio de subsidiariedad.”

Por tanto, lo que de un modo concreto tiene que considerarse es si la actuación de la DIPUTACIÓN se realizó en el ámbito de sus propias prerrogativas y conforme a la Ley.

Según el artículo 109.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, relativo a las competencias propias de las Diputaciones provinciales, éstas serán las que bajo tal concepto les atribuyan las Leyes, ejerciéndose tales competencias en régimen de autonomía. El apartado d) de ese mismo artículo recoge, entre tales competencias:

“En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia”.

Por su parte, la DIPUTACIÓN argumenta que su oferta de servicios de transporte de viajeros por la “Ruta de los Embalses” tiene por objetivo:

“impulsar y promover el desarrollo de las zonas ribereñas de los embalses”,

para lo cual goza de legitimidad, ya que es competencia propia de la DIPUTACIÓN:

“la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social de la provincia” (artículo 36.1.d. de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local y artículo 109.1.d. de la Ley 5/1997, de Administración Local de Galicia).

En el caso examinado además, y como indica la DIPUTACIÓN, la oferta del servicio estaría justificada ya que la provisión realizada por la empresa privada concesionaria no alcanzaba los objetivos buscados e, incluso, puso en peligro la sostenibilidad y mantenimiento de las embarcaciones e instalaciones.

Así descrita, la actividad de la DIPUTACIÓN parece una actuación orientada a favorecer el desarrollo turístico de la zona y dar uso a unos medios de transporte existentes que, de otro modo, se deteriorarían sin proporcionar ninguna utilidad. Al hacerlo con cargo a precios públicos, según la intencionalidad manifestada por la propia DIPUTACIÓN, actúa fomentando el interés general.

En cualquier caso, y en lo relativo a este punto, el TGDC debe señalar que, tal como indicó el TDC en su Resolución de 4 de noviembre de 2005 (Expte. r 653/04, *Deportes Álava*):

“...es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a la acreditación acerca de la necesaria ‘utilidad pública’ declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...”

Por lo tanto, a tal instancia contencioso-administrativa debería, en su caso, recurrir la denunciante para dilucidar sobre esta cuestión.

Para finalizar este punto, el TGDC considera de interés manifestar su acuerdo con la visión del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), cuando manifiesta:

“la deseabilidad de que las Administraciones Locales cumplan cuanto está legalmente dispuesto sobre la motivación de sus intervenciones en el mercado (oportunidad y conveniencia) y sobre la fijación de precios públicos”,

Así como que tales Administraciones cuenten:

*“con la iniciativa privada para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos de su actuación (R 653/04 *Deportes Álava*)”.*

SÉPTIMO.- La segunda cuestión a examinar se refiere al sometimiento de las conductas denunciadas a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE así como las resoluciones del TDC (entre otras, la correspondiente al expediente r 673/05, *Deportes de Valladolid*) señalan que cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituyen una actividad económica 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”.

Cuando una actividad es económica, le es aplicable la LDC, ya que esta normativa es de aplicación general a toda la actividad económica, sin excepciones sectoriales. Por lo tanto, todos los operadores, privados y públicos, deben respetar la LDC en sus

actuaciones en el mercado. En este punto también resulta pertinente la afirmación del TDC de que:

“El Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública.” (Expte. r 572/03, Servicios Deportivos Logroño).

Consecuentemente, cuando la DIPUTACIÓN oferta los servicios de transporte de viajeros por la “Ruta de los Embalses”, actúa como operador económico en ese mercado, quedando por lo tanto sometida a las prescripciones de la LDC. Así pues, el TGDC es competente para evaluar su conducta a la luz de la LDC.

OCTAVO.- Dada la actuación de la DIPUTACIÓN como operador económico, procede evaluar si su conducta supone una infracción del artículo 7 LDC, tal y como señala HEMISFERIOS y, por lo tanto, en qué medida se verifican las circunstancias necesarias para la infracción del citado artículo. Tales son que la conducta denunciada:

- a. Sea desleal, y
- b. Se cumplan dos condiciones adicionales: (i) el acto desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y (ii) esa grave distorsión afecte al interés público.

De hecho, como señala reiteradamente el propio TDC, el artículo 7 no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De eso se encarga la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

NOVENO.- El análisis de la denunciada conducta desleal de la DIPUTACIÓN se puede realizar siguiendo dos enfoques alternativos. El primero comienza valorando si tal conducta infringe alguno de los artículos de la LCD para luego examinar, en su caso, si tiene capacidad para distorsionar gravemente las condiciones de competencia y afectar al interés público. El segundo comienza evaluando si tal conducta tiene capacidad para distorsionar y afectar al interés público para luego examinar, en su caso, si infringe alguno de los artículos de la LCD. Aplicaremos el primer enfoque dado que permite una evaluación más amplia del expediente y, sobre todo, acoge el análisis de la información económica, resaltada en la resolución del TDC.

CONDUCTA DESLEAL

DÉCIMO.- En la denuncia de HEMISFERIOS contra la DIPUTACIÓN se pueden identificar varias conductas constitutivas, de un modo hipotético, de competencia desleal, correspondientes a diferentes períodos temporales:

- a. Años 2002 y 2003. La conducta denunciada por HEMISFERIOS S.L. es la supuesta venta por debajo del coste realizada por la DIPUTACIÓN en la ruta del embalse de Santo Estevo.
- b. Años 2004 y 2005. La conducta denunciada es la fijación del precio del transporte fluvial sin respetar el procedimiento establecido.

Primero se analiza la denuncia correspondiente al segundo período por su menor complejidad.

DÉCIMO

PRIMERO.- Conducta desleal durante los años 2004 y 2005 derivada de la violación de normas (art. 15 LCD).

Situados en el período 2004-2005, HEMISFERIOS denuncia el acuerdo de 25 de marzo de 2004, de la Junta de Gobierno de la DIPUTACIÓN, por el que ésta incrementó los precios del transporte fluvial para la temporada 2004-2005 con el objetivo de:

“recortar diferencias de precios entre las embarcaciones de la DIPUTACIÓN y las embarcaciones de las empresas privadas que trabajan en la misma zona”.

Según la denunciante, el procedimiento utilizado por la DIPUTACIÓN para modificar los precios infringió la normativa, ya que no hay estudio previo de los costes.

Puesto que, en este período no se denuncia que los nuevos precios establecidos sean insuficientes para cubrir los costes y que se venda a pérdida, ya que el nuevo precio de 9 € para el billete ordinario de adultos se puede pensar que tiene potencial para cubrir los costes de explotación. Esta conclusión vendría refrendada por dos hechos:

- (i) De acuerdo con los datos proporcionados por la DIPUTACIÓN, en el año 2004, ya con los nuevos precios, el superávit fue de 5.692,60 €, y en el año 2005, de 382,58 €, y
- (ii) Según el estudio encargado por la denunciante a un auditor de cuentas independiente, éste estima que en el 2003, para cubrir los

costes sin obtener ningún beneficio ni incurrir en pérdidas, el precio del billete tendría que ser de 7,12 €.

Dicho lo anterior, se puede señalar –a la luz de los datos sobre costes y precio- que, aun en el caso de que tal conducta constituyese una infracción administrativa, no existen indicios de que tal acto diera lugar a una ventaja competitiva significativa, condición necesaria para que la infracción normativa pueda ser calificada de competencia desleal.

DÉCIMO

SEGUNDO.- Conducta desleal durante los años 2002 y 2003.

En el 2002, el catamarán Pelegrín III, propiedad de la DIPUTACIÓN, rivalizó con la embarcación “Accua 2”, propiedad de HEMISFERIOS, S.L. y, en el 2003, el monocasco “Canón do Sil” y el catamarán Pelegrín III (este último sólo de modo excepcional), ambos de la DIPUTACIÓN, compitieron con el “Accua 2”. Como señala el SGDC: *“es en esta ruta en la que debe centrarse la investigación”*.

Según la denunciante, en la actuación de la DIPUTACIÓN habría un incumplimiento de normas sobre precios públicos, conducta que supone una violación del artículo 15 de la LCD, que reputa desleal la violación de normas. Además, dada la naturaleza del hecho denunciado, éste se podría examinar también en el ámbito del artículo 17 LCD, que prohíbe la venta a pérdida bajo ciertos supuestos, y en el artículo 5 LCD sobre la cláusula general.

La DIPUTACIÓN responde que no existió tal fijación de precios por debajo de los costes y aporta unas cifras de resultados específicos para esa ruta en los dos años considerados (ver Tabla 2).

Tabla 2. Síntesis de resultados de la DIPUTACIÓN en la ruta de Santo Estevo, de acuerdo con la información proporcionada por la misma

Año	Resultado económico
2002	- 4.313 €
2003	+ 6.230 €
2004 (Cambio de precios en marzo)	+ 5.692 €
2005	+ 382 €

Ahora bien, de la información recogida en el propio expediente parece clara la existencia de una incoherencia entre las afirmaciones de la DIPUTACIÓN de que los resultados de la ruta específica alcanzan unas determinadas cantidades, que se

indican, y el hecho de que el sistema contable, también tal como se indica, no permita calcular el resultado específico de cada una de las rutas y no se hagan imputaciones específicas.

Así, en el certificado del secretario de la DIPUTACIÓN, los resultados de la ruta fluvial examinada no están desglosados, señalando únicamente que la DIPUTACIÓN oferta el servicio de transporte fluvial en los 3 embalses previamente citados y que tal servicio global contabilizó un déficit de 18.553,43 € en el año 2002; un superávit de 71,64 € en 2003; y un déficit de 73.774 € en 2004. En la Tabla 3 se muestra una síntesis de los resultados de la DIPUTACIÓN, mientras que en la Tabla 4 se recogen los conceptos de coste utilizados por la misma, así como las cuantías correspondientes a las 3 rutas fluviales.

Tabla 3. Resultados de la DIPUTACIÓN

Conceptos	DIPUTACIÓN	
	2002	2003
Pasajeros totales	3.954 (6.000)	11.442 (11.100)
Pasajeros ruta de S. Estevo	1.747* (2.500)*	8.048** (7.000)**
Precio medio de todas las rutas	4,15	4,99
Precio medio de la ruta de S. Estevo		
Ingresos totales	16.418,0	57.089,0
Ingresos ruta S. Estevo	7.344,0*	41.618,8**
Gastos reales totales	34.971,4	57.017,3
Gastos reales ruta S. Estevo		
Resultado	- 18,553,4	72,0
Margen		0,12%

* Solo para el Pelegrín III.

** Sólo para el barco Canón do Sil, dado que la DIPUTACIÓN indica que fue el que cubrió esa ruta, aunque excepcionalmente también lo hiciera el catamarán.

Tabla 4. Costes de la DIPUTACIÓN

	Año 2002		Año 2003	
	Coste Real	Coste Presupuestado	Coste Real	Coste Presupuestado
Personal	10.171,7	10.200	25.429,3	25.500
Combustible	1.525,1	2.500	10.834,9	11.004
Seguros	9.900,0	10.000	13.753,0	14.000
Mantenimiento	13.342,0	3.500	7.000,0	7.000
TOTAL	34.971,4	26.200	57.017,3	57.504

DÉCIMO

TERCERO.- Conducta desleal durante los años 2002 y 2003 derivada de la cláusula general (art. 5 LCD).

No procede la consideración de la cláusula general en los casos en que la conducta denunciada encaja en todos sus aspectos en cualquiera de los actos que merecen un tipo propio. Así lo señala la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª), en su Sentencia, de 10 de mayo de 2004, cuando afirma:

“En definitiva, el recurso al artículo 5 de la LCD obliga a descartar previamente la posibilidad de que se encuadre la conducta en uno de los tipos concretamente contemplados en los artículos 6 a 17, de tal manera que, sólo una vez superado este análisis, es posible entrar en la valoración de la buena o mala fe del competidor sometido a censura. En ese sentido, se manifiesta la sentencia de 16 de junio de 2000 (RJ 2000, 5288) al afirmar que la cláusula general del artículo 5 de la LCD trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en las que expresamente tipifica como tales la Ley en sus arts. 6 a 17.

Sobre la base anterior debe analizarse qué concreto acto de la demandada es considerado por la actora como contrario a las normas sobre buena fe y en ese sentido la demanda señala que se trata simplemente de la aprobación de unos precios inferiores a los normales del mercado. La mera lectura del supuesto permite indudablemente su subsunción, en su caso, en las disposiciones del artículo 17 que alude expresamente a la venta a pérdida integrada por la venta a precios inferiores al coste y en ese caso, sólo será competencia desleal la utilización de la venta a pérdida en los supuestos contemplados en el artículo 17, no en todos. Así las cosas, no cabe aludir a los postulados de la buena fe para calificar determinada conducta como desleal por el hecho de que el precio de intercambio del bien o servicio sea inferior al normal pues tal situación ya tiene su propia tipificación.”

DÉCIMO

CUARTO.- Conducta desleal durante los años 2002 y 2003 derivada de la violación de normas (art. 15 LCD).

El art. 15 LCD, sobre violación de normas, tiene dos apartados:

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

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

Consecuentemente, una conducta que viole una norma que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial debería ser calificada como desleal, mientras que si la norma infringida no tiene por objeto regular la actividad competitiva, para calificarla como desleal será preciso que la infractora se beneficie de la ventaja competitiva resultante y que la ventaja así obtenida sea significativa.

Según la STS 16 de junio de 2000, que interpreta el artículo 15 en un sentido rigurosamente formalista, del apartado segundo:

“lo importante es el contenido de la norma –y no su forma–. Lo determinante es que tenga “por objeto” la regulación de la actividad comercial. Y este ‘objeto’ debemos entenderlo como objeto directo y no indirecto o reflejo, pues de lo contrario no podría sostenerse la naturaleza privada del acto desleal que ha de considerarse como un ‘prius’ de la Ley para establecer el conocimiento de estos asuntos por la jurisdicción civil.”

Dado que la norma referida por la denunciante -Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales- no tiene como objetivo la regulación de la actividad concurrencial, el apartado del art. 15 relevante para nuestro análisis es el 1º. Las cuestiones a examinar son, en consecuencia, las siguientes:

- a. Los precios fijados por la DIPUTACIÓN ¿constituyen infracción de Leyes?
- b. En el caso de que exista infracción de Leyes, ¿se prevale la DIPUTACIÓN de la ventaja competitiva derivada de tal infracción?
- c. En el caso de que exista infracción de Leyes y que la DIPUTACIÓN se prevaleciera de la ventaja competitiva derivada de la infracción, ¿la ventaja era significativa?

**DÉCIMO
QUINTO.-**

La supuesta infracción de la DIPUTACIÓN se vincula, según la denunciante, a la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, y más en concreto al incumplimiento de su punto 1 del artículo 45 (artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), que versa sobre la cuantía de los precios públicos. Tal punto tiene los dos apartados siguientes:

“1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada.

2. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiere.”

La denunciante centra su argumento en el punto 1, y aunque el punto 2 también podría ser relevante para la cuestión examinada, el hecho de que, tal y como se recoge en el expediente, la propia DIPUTACIÓN subraye que al fijar los precios su objetivo era “equilibrar gastos e ingresos y no el de obtener beneficio económico”, llevan a centrar la argumentación en ese punto 1.

La cuestión a evaluar es si la DIPUTACIÓN fijó unos precios para el servicio de transporte fluvial con capacidad para cubrir los costes totales de tal servicio. O, alternativamente, dados unos costes totales estimados -calculados con la metodología establecida previamente y basados en supuestos razonables-, los precios fijados podían cubrirlos?

DÉCIMO SEXTO.-

De los datos disponibles en el expediente resulta:

- (i) La no consignación por la DIPUTACIÓN, en 2002 y 2003, de dotaciones en el presupuesto para la cobertura de las pérdidas resultantes en el servicio de transporte fluvial, lo que resulta indicativo de su intencionalidad de cubrir los costes del Servicio.
- (ii) La delegación a la Comisión de Gobierno de la DIPUTACIÓN del establecimiento y modificación del precio público regulador de las rutas turísticas fluviales, según certificado del secretario.
- (iii) El equilibrio entre los ingresos y costes en las propuestas de tarifas para los años 2002 y 2003. En la documentación se muestra que, de acuerdo con los cálculos realizados, las tarifas propuestas -6 € para el billete ordinario; 4 € para el reducido, y 5 € para grupos y agencias- son suficientes para cubrir los costes considerados (combustible, seguros, personal y mantenimiento) y generar un resultado nulo. El hecho de que en el año 2002 el resultado fuera negativo se podría explicar como consecuencia de las circunstancias sufridas por los embalses en ese año.
- (iv) El respeto de las propuestas de nuevas tarifas a la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, según informe firmado por el interventor.
- (v) La aprobación, por la Comisión de Gobierno, de las tarifas propuestas para el servicio de transporte fluvial.

DÉCIMO

SÉPTIMO.-

Consecuentemente, la DIPUTACIÓN siguió el procedimiento establecido y las propuestas de tarifas respetan el punto 1 del artículo 45 de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales. Desde la perspectiva del TGDC, los cálculos realizados para determinarlas están basados en supuestos razonables sobre el número de pasajeros a transportar y la cuantía de los costes considerados –los mismos que se tuvieron en cuenta en los cálculos realizados en el año 1993, primero en el que se realizó el servicio. Esta actuación no indica infracción de la norma considerada.

Por otra parte, en su Sentencia de 10 mayo de 2004, la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) señala que la LCD, en su artículo 15 considera que:

“La infracción ha de otorgar alguna ventaja de la que no puede disponer el perjudicado por el acto desleal, ello precisamente porque cumple la norma en cuestión. La discriminación, en consecuencia, aparece por el incumplimiento de una parte y el cumplimiento de la contraria, lo que supone la obtención de la correspondiente ventaja. Se exige, en consecuencia, que ambas partes, ambos competidores, se encuentren idealmente en un plano de igualdad en lo que al cumplimiento de la normativa se refiere y es ese distinto cumplimiento el que otorga la ventaja correspondiente. [...] La normativa contenida en el artículo 15 descansa en una situación de igualdad formal entre los competidores de ahí que parta simplemente de una infracción normativa en el desarrollo de la actividad...”

DÉCIMO

OCTAVO.-

Puesto que no existe infracción de Leyes, no tiene sentido examinar las otras dos condiciones para la existencia de una conducta desleal, es decir, que la infracción diera lugar a una ventaja competitiva significativa y que el operador económico se prevaliera de ella en su actuación en el mercado.

DÉCIMO

NOVENO.-

Conducta desleal durante los años 2002 y 2003 derivada de venta a pérdida (art. 17 LCD).

La denunciante también argumenta que, en los años 2002 y 2003, la DIPUTACIÓN realizó venta a pérdida y que, además, lo hizo con la intención de eliminar a los competidores al imposibilitarles la entrada en el mercado para ofrecer el servicio de transporte fluvial. Dada la imputación, la conducta tiene que ser examinada a la luz del artículo 17 LCD.

El artículo 17 LCD, relativo a la venta a pérdida, indica que:

“1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.”

Dado que no existe ningún indicio de que la conducta denunciada pudiera inducir a error a los consumidores o desacreditara la imagen de HEMISFERIOS, es decir, que pudiera infringir los apartados a) y b), el análisis se centrará en el apartado c), correspondiente a la venta a pérdida como parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

La infracción del artículo 17.2.c) exige probar que:

- (i) El precio del servicio de transporte fluvial fijado en la ruta de Santo Estevo fue inferior al coste de explotación realmente incurrido por la DIPUTACIÓN y
- (ii) La supuesta venta a pérdida forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

VIGÉSIMO.- Venta realizada bajo coste.

Como ya se ha dicho, la denunciante señala que los precios fijados por la DIPUTACIÓN, tanto en 2002 como en 2003, son insuficientes para cubrir los costes del servicio de transporte fluvial y que, como consecuencia, los resultados obtenidos por esa Administración en ambos años, de hecho son pérdidas, si bien la incompleta contabilización de los costes hace que la DIPUTACIÓN pueda presentar en el año 2003 un resultado positivo. En otras palabras, en términos reales, la DIPUTACIÓN en esos dos años vendió bajo coste.

Los fundamentos para tal conclusión son básicamente cuatro:

- (i) Los propios resultados indicados en el 2002 por la DIPUTACIÓN en la ruta de Santo Estevo.
- (ii) El hecho de que los precios aplicados en los años 2002 y 2003 fueran inferiores a las tarifas que la DIPUTACIÓN aprobara en años anteriores.
- (iii) Los conceptos de coste utilizados por la DIPUTACIÓN que obran en el expediente. Así, según la denunciante:

“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”.

- (iv) Los resultados de un estudio sobre sus propios costes.

**VIGÉSIMO
PRIMERO.-**

Cuando se examina el establecimiento de las tarifas para los recorridos fluviales realizada por la DIPUTACIÓN, lo primero que se observa es que los cálculos no se realizan para cada ruta de modo independiente: los ingresos son consecuencia de un mismo precio para todas las rutas y los costes son globales para las 3 rutas. Como consecuencia, si bien es posible conocer los ingresos para cada ruta, no sucede lo mismo para los costes, por lo que los resultados en la ruta considerada sólo pueden ser calculados en base a criterios de asignación establecidos posteriormente.

Con el propio sistema de contabilización utilizado por la DIPUTACIÓN, y a partir de los datos proporcionados por esa institución, resulta que:

- (i) El servicio de transporte fluvial global en los 3 embalses tuvo un resultado negativo en 2002, lo que podría indicar que la DIPUTACIÓN realizó venta a pérdida ese año en las 3 rutas y, en particular, en la del embalse de Santo Estevo.
- (ii) El servicio de transporte fluvial global en los 3 embalses tuvo un resultado ligeramente positivo en 2003, y dado que la ruta del embalse de Santo Estevo es la más atractiva y rentable de las tres - tal como indica la propia información del expediente sobre el número de pasajeros transportados y el hecho de que la denunciante sólo opere en ella-, se puede concluir que en el 2003 y en base al sistema contable de la DIPUTACIÓN, la ruta de Santo Estevo no tuvo resultados negativos.

- (iii) La apreciación de la denunciante de que, en el 2003 como en el 2002, no se contabilizaron todos los costes podría modificar el sentido de resultado de la DIPUTACIÓN, de modo que, en realidad, en el 2003, tuviera pérdidas en lugar de beneficio. Un aspecto que dificulta esta apreciación es el hecho de que la ruta de S. Estevo compense los resultados obtenidos en las otras dos, de menor interés turístico.

VIGÉSIMO

SEGUNDO.- Respecto al hecho de que los precios aplicados en los años 2002 y 2003 fueran inferiores a las tarifas que la DIPUTACIÓN aprobara en años anteriores, aunque resulta algo sorprendente, podría explicarse por el hecho de ser consecuencia de una lógica de actuación diferente de los dos operadores: uno busca legítimamente un lucro, mientras que el otro, no. Más allá de esta argumentación genérica, la DIPUTACIÓN lo explica en base a que se produjo una reorganización de los servicios: en el año 2002 se destinó 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.

VIGÉSIMO

TERCEIRO.- En lo que se refiere a la insuficiente contabilización de conceptos de coste relevantes, resulta evidente, cuando se comparan los conceptos recogidos en el estudio del auditor contratado por HEMISFERIOS y los recogidos en los estudios para el establecimiento de tarifas por la DIPUTACIÓN, que esta última no incluye algunos que la empresa privada considera. Y a pesar de que la DIPUTACIÓN indica que contabiliza conceptos como, por ejemplo, publicidad, en los cálculos para el establecimiento de las tarifas sólo aparecen los antes citados: combustible, seguros, personal y mantenimiento. Puede concluirse, por tanto, que no todos los conceptos que identifica el estudio del auditor de HEMISFERIOS fueron realmente tenidos en cuenta en la contabilización de la DIPUTACIÓN.

Además, la denunciante señala que, incluso para los costes considerados por la Administración Local (por ejemplo, personal), la contabilización de los mismos resulta insuficiente. Sin embargo, la DIPUTACIÓN afirma que para el cálculo del coste de personal contabilizó el coste de personal adscrito a la tripulación: piloto y ayudante mecánico-guía -dado que éste pertenece a la Brigada de Mantenimiento, que tiene entre sus funciones ordinarias *“el mantenimiento, conservación y reparación de las instalaciones propiedad de la DIPUTACIÓN”*, su retribución *“no se debería computar como gastos exclusivos de esta actividad”*. Además de estas dos personas, indica que contabilizó el coste de los

trabajadores del INCLUDES, que desde la oficina de reservas y promoción turística trabajan para esta actividad en los meses de campaña. El coste total de este personal se divide, ya que trabaja para todas las rutas existentes.

Dado que la controversia sobre el sistema de contabilización resulta de difícil comprobación a partir de la información disponible, en lugar de examinarla directamente para resolver sobre si la DIPUTACIÓN realizó venta a pérdida, este Tribunal seguirá una estrategia de análisis indirecta, que utilizará como elemento indiciario las cifras aportadas por el propio estudio del auditor de HEMISFERIOS a fin de tener luz sobre el elemento clave: si los precios de la DIPUTACIÓN son suficientes, o no, para cubrir los costes. Hacerlo así responde también a la pretensión de la denunciante de que se realicen cálculos sobre el coste total del servicio a fin de acreditar si se ofrece con pérdidas.

VIGÉSIMO CUARTO.-

Según la denunciante de los datos del estudio encargado por ella misma a un auditor de cuentas independiente -recogido en el expediente-, resultaría la confirmación de que, en el año 2003, la DIPUTACIÓN vendió a pérdida ya que el precio del billete tendría que ser de 7,12 € para cubrir los costes, sin obtener ningún beneficio.

En la Tabla 5, en las dos columnas de costes de la izquierda (A y B), se recoge la información presentada en el estudio citado, mientras que en las dos columnas de la derecha (C y D) se recogen dos asignaciones alternativas.

Dado que en el estudio se recoge que la DIPUTACIÓN opera sólo en el período Julio-Septiembre, se toma como referencia inicial de los costes la columna B. A partir de ella, en la columna C se hace la siguiente modificación:

- o Los conceptos “Personal” y “Alquiler” se imputan con el criterio general utilizado por el auditor (cuota de los ingresos realizados en el cuatrimestre [68,9%]) y no aplicado en la columna B.

Por su parte, en la columna D, respecto de las situaciones recogidas en las columnas B y C, debe señalarse que:

- Se modifica el criterio de imputación en los conceptos “Personal” y “Alquiler”, que ahora se imputan según el criterio temporal. Ya que la DIPUTACIÓN opera 4 meses, los costes

anuales serían un tercio del total anual.

- Se anulan tres conceptos por entender que no existirían en el caso de la DIPUTACIÓN: el canon de atraque, las amortizaciones (ya que el barco de la DIPUTACIÓN ya operó durante todo el período de amortización y, por lo tanto, ya está amortizado) y los uniformes, que también se consideran amortizados.

Consecuentemente, la situación alternativa correspondiente a la columna D permite representar la situación de la empresa en el supuesto que sus circunstancias fueran las de la DIPUTACIÓN.

Tabla 5. Conceptos de coste considerados en el estudio de HEMISFERIOS

	A. Costes anuales Según HEMISFERIOS	B. Costes Junio-set. Según HEMISFERIOS	C. Costes Junio-set. Alternativa 1	D. Costes Junio-set. Alternativa 2
Personal	60.308,8	49.662,5	41.552,8	20.102,9
Alquiler	36.567,8	33.380,5	25.231,2	12.189,2
Otros gastos	9.971,9	6.871,6	6.871,6	6.871,6
Combustible	8.368,9	5.767,0	5.767,0	5.767,0
Seguros	5.821,0	4.011,5	4.011,5	4.011,5
Canon atraque	4.500,0	4.500,0	4.500,0	-
Publicidad	3.427,9	2.362,1	2.362,1	2.362,1
Amortizaciones	3.388,0	2.334,7	2.334,7	-
Reparaciones	3.263,9	2.249,1	2.249,1	2.249,1
Gastos financieros	2.106,8	1.451,8	1.451,8	1.451,8
Tributos	1.531,8	1.531,8	1.531,8	1.531,8
Uniformes	778,5	778,5	778,5	-
TOTAL	140.045,8	114.911,4	98.652,4	56.537,0

VIGÉSIMO QUINTO.-

En la Tabla 6 se recogen los resultados de la DIPUTACIÓN y los de HEMISFERIOS, tanto con la asignación recogida en el estudio del auditor (columna B) como con la asignación resultante de la aplicación del criterio general utilizado por el auditor (cuota de los ingresos realizados en el cuatrimestre [68,9%]), pero que no se utilizó para asignar los costes de personal y alquileres (columna C).

Según los datos de HEMISFERIOS, cuando se considera su actividad durante todo el año resulta que transportó 23.603 pasajeros a un precio medio de 8,69 €. Sus ingresos ascendieron a 205.035,8 € y los gastos a 140.045,8 €, por lo que el beneficio obtenido fue de 64.990 €, es decir, el margen fue del 31,7%. Con estos datos, el precio mínimo necesario para cubrir los costes es 5,94 €

Dados los datos anteriores resulta sorprendente que, cuando HEMISFERIOS distribuye sus resultados para el cuatrimestre en el que compite con la DIPUTACIÓN, el margen baja al 18,7%, cuando este período es, en realidad, el más rentable. Esta consideración hace pertinente incorporar el supuesto alternativo de asignación de los costes (columna C), ya que en este caso el margen se sitúa en el 30,1%, cerca del 31,7% de todo el año. En este caso el precio mínimo necesario para cubrir los costes es 6,01€

Tabla 6. Resultados en 2003

Conceptos	DIPUTACIÓN 2003	HEMISFERIOS – 2003**	
		B. Datos de la empresa	C. Supuesto alternativo
Pasajeros totales	11.442 (11.100)*		
Pasajeros ruta S. Estevo en Canon do Sil	8.048 (7.000)*	16.149	16.149
Precio medio de todas las rutas	4,99		
Precio medio de la ruta de S. Estevo		8,69	8,69
Ingresos totales	57.089,0		
Ingresos ruta S. Estevo en Canon do Sil	41.618,8	141.290,4	141.290,4
Gastos reales totales	57.017,3		
Gastos reales ruta S. Estevo		114.911,4	98.653***
Resultado	72,0	26.379	42.637,4
Margen	0,12%	18,7%	30,1%

* Estimados

**En el período en el que opera la DIPUTACIÓN.

***Supuesto consistente en aceptar todos los costes indicados por la empresa, excepto los de personal y alquileres, que se asignan según la cuota establecida para los restantes conceptos (0,689). En este caso el precio mínimo necesario para cubrir los costes es 6,01€.

Así pues, dado el número de viajeros transportados en el barco “Accua 2” y los costes indicados por la propia empresa HEMISFERIOS, un precio de 6 € permitiría cubrir los costes, dando lugar a un beneficio nulo. Si tal resultado puede ser alcanzado por HEMISFERIOS, se puede asumir que también la DIPUTACIÓN podría alcanzarlo, sobre todo si se considera que este organismo no tiene que soportar algunos costes que tiene HEMISFERIOS y que utiliza un barco ya amortizado y con prestaciones inferiores, tal como se puede observar en las fotografías incorporadas al expediente y a la propia explicación de la DIPUTACIÓN:

“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.”

Además, si se consideran como costes de la DIPUTACIÓN los

recogidos en el supuesto de la columna D de la Tabla 5 y como número de pasajeros transportados 10.000 –cifra inferior a los 16.149 transportados por HEMISFERIOS-, el precio medio necesario para cubrir los costes sin obtener beneficio sería de 5,65€

**VIGÉSIMO
SEXTO.-**

El hecho de que se produjeran pérdidas en el año 2002 en la ruta considerada podría ser consecuencia no de precios fijados para no cubrir los costes, sino del incumplimiento de las estimaciones realizadas sobre el número de viajeros transportados. Este incumplimiento no cabe calificarlo de doloso si es resultado de la variabilidad de la demanda o de la incidencia de factores fuera del control de la DIPUTACIÓN, tal como ésta señala cuando argumenta sobre el descenso del nivel de agua de los embalses, con la consecuencia de tener que variar el trayecto de los viajes (ver INFORME DE LAS RUTAS DE LOS EMBALSES) por rutas menos atractivas que las previstas.

Este factor podría ser una de las causas de la sensible disminución del número de viajeros en todas las rutas: de los 6.000 previstos a los 3.954 reales. Al no cumplirse las previsiones de pasajeros, los ingresos fueron menores y el resultado fue negativo. La reducción del número de viajeros transportados también se vincula, de nuevo según la DIPUTACIÓN, a que el barco más eficaz, el “Canón do Sil” no pudo ser utilizado. Para indicar la importancia del citado barco se señala que en el 2003 del total de 11.442 pasajeros, 8.048 correspondieron a ese barco.

En el expediente existen indicios de la fuerte variabilidad de la demanda del servicio de transporte fluvial -número de viajeros transportados. Así lo indicarían los resultados alcanzados por la DIPUTACIÓN en el servicio de transporte fluvial, que varían significativamente de un año a otro: un déficit de 18.553,43 € en el año 2002 y un superávit de 71,64 € en 2003 cuando en ambos años los precios fueron los mismos; y un déficit de 73.774 € en 2004, ya con un nuevo precio respecto del 2003. Y esta variación no está determinada por el sistema de contabilización de los costes utilizado.

**VIGÉSIMO
SÉPTIMO.-**

Estrategia de eliminación de competidores.

Aunque el precio fijado por la DIPUTACIÓN fuera indicador de venta a pérdida -que no lo es -, tal hecho per se no es suficiente para calificar el comportamiento como desleal; para que lo fuera

procede que forme parte de una estrategia orientada a la eliminación de competidores.

Según la denunciante la actuación de la DIPUTACIÓN formaría parte de una estrategia predatoria, orientada a evitar tener competidores como consecuencia de dejarle una “demanda puramente residual”.

Sin embargo, el TGDC entiende que tal imputación no se puede aceptar por las siguientes razones:

- (i) No se puede pensar que a la denunciante sólo le queda una demanda residual cuando, en el año 2003, transportó 16.149 personas frente a las 8.048 transportadas por el barco “Canon do Sil” de la DIPUTACIÓN.
- (ii) No se puede argumentar que una empresa está a punto de ser expulsada del mercado cuando en el 2003 pudo operar con un margen sobre ventas de alrededor del 31%. Además, la empresa no aporta información sobre el número de pasajeros transportados ni de sus resultados económicos de los siguientes años, pudiendo hacerlo, para evidenciar tal posibilidad.
- (iii) Cuando una Administración Pública oferta servicios en cumplimiento de unos intereses públicos cuya tutela o promoción tiene encomendados por Ley, no se puede pensar a primera vista que tal actuación tenga como objetivo la expulsión de competidores. Y menos cuando la DIPUTACIÓN:
 - a. Tiene a su disposición mecanismos alternativos de carácter legal para disponer de ventajas e, incluso, limitar la prestación del servicio por el operador privado.
 - b. Es propietaria de las instalaciones en tierra de los clubs náuticos, que también utiliza Hemisferios, S.L. para el atraque de su embarcación.
 - c. Acudió a la gestión indirecta del servicio de transporte fluvial, desde 1997 a 2002, lo que sería indicador de una opción por la colaboración con la iniciativa privada.
 - d. Modificó los precios, en el 2004, situándolos en un nivel próximo al de HEMISFERIOS (aunque al hacerlo pueda generar beneficios o reducir la dimensión de logro de los objetivos públicos).
- (iv) Junto a las razones apuntadas resulta de interés poner de manifiesto la dificultad práctica que presenta aplicar la actual doctrina de los precios predatorios a la actuación de la Administración como operador económico, tal como tiene reconocido el TDC en algunas de sus resoluciones. La dificultad

proviene de que el test de recuperación de costes -probabilidad de recuperación de los costes derivados de la estrategia predatoria una vez eliminado el competidor o competidores actuales o potenciales- resulta de imposible aplicación a la actividad económica de la Administración Pública, dado que no existe razón para que la misma actúe de modo que el beneficio se incremente en el futuro.

Así pues, el TGDC no encuentra indicios de que la actuación de la DIPUTACIÓN forme parte de una estrategia predatoria o de mala fe, orientada a evitar tener competidores.

DISTORSIÓN GRAVE DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA

VIGÉSIMO OCTAVO.-

Para estar incurso en el art. 7 LDC, una conducta, además de ser desleal, debe alterar gravemente las condiciones del mercado de modo que afecte negativamente al interés público. Ya que, en el caso de que las conductas denunciadas fuesen desleales –lo que no resulta verificado, según el análisis previamente realizado-, sería preciso examinar la capacidad de la DIPUTACIÓN para alterar gravemente las condiciones del mercado, de modo que se produjese una afectación negativa al interés público.

VIGÉSIMO NOVENO.-

Así pues, aunque del análisis anterior no deriva la conclusión de que los actos de la DIPUTACIÓN constituyan conductas de competencia desleal, si lo fueran ¿tendrían capacidad para distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el mercado de un modo perjudicial para la competencia o para los consumidores y, de ese modo, afectar al interés público?

Según la denunciante, los actos de la DIPUTACIÓN afectan al interés público porque:

“El problema que se expone 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 término por una institución pública recibe ayudas públicas resultará imposible que cualquier empresa privada, ya existente, ya de futura creación pueda concurrir en el mercado”.

Sin embargo, el SGDC no identifica en la actuación de la DIPUTACIÓN tal capacidad de distorsión de las condiciones en el mercado de un modo perjudicial para la competencia o para los consumidores: no eliminó a la denunciante e incluso benefició a los consumidores que dispusieron de mayor oferta y mejores

precios. En consecuencia, no se podría hablar de que la hipotética deslealtad sea “cualificada”.

TRIGÉSIMO.- Para el análisis del grado en el que una conducta supone una distorsión grave de las condiciones del mercado con afectación al interés público se acude a tres criterios:

- a. Expulsión del mercado de competidores.
- b. Establecimiento de barreras a la entrada.
- c. Reducción de la capacidad de elección de los consumidores en términos de calidad y precio.

TRIGÉSIMO

PRIMERO.- En lo relativo al criterio “Expulsión del mercado”, aunque la denunciante no hace referencia a él, parece sugerirlo de un modo implícito.

Ahora bien, el análisis del expediente no indica un efecto tal, pues la denunciante botó el barco “Accua2” en el 2002 y operó con él durante el período analizado, siguiendo en la actualidad en el mercado de servicios de transporte fluvial, tal como se recoge en la página web <http://www.hemisferios.es/servicios.htm>. Y, aunque no existen datos para todos los años, cuando existen muestran que el número de viajeros transportados por HEMISFERIOS es notablemente más elevado que el transportado por la DIPUTACIÓN. Por tanto, la actuación de la denunciada no tuvo como efecto la eliminación de su competidor. La realidad parece indicar que la ruta considerada soporta la actuación de la DIPUTACIÓN y de HEMISFERIOS.

Lo anterior puede ser indicativo de que el precio del servicio de transporte fluvial si bien es, sin duda, una de las variables competitivas de que disponen los operadores para atraer a los consumidores hacia su oferta, no es la única y, seguramente para algunos grupos de usuarios, tampoco la más determinante de la elección. Factores como el horario, la calidad y acondicionamiento de los barcos, los servicios adicionales prestados, las relaciones establecidas con las agencias de viajes, y otros, pueden influir de un modo relevante en el mercado.

TRIGÉSIMO

SEGUNDO.- El segundo criterio hace referencia a que las conductas denunciadas tengan como efecto el establecimiento de barreras que dificulten la entrada de nuevos operadores al mercado.

El término barreras a la entrada hace referencia a factores de índole legal, tecnológica, económica o estratégica, que dificulten

la entrada de nuevos competidores. De este conjunto de factores, el relevante en el caso examinado, es el estratégico, es decir, la conducta de empresas rivales dirigida a disuadir la entrada de posibles nuevos entrantes para, de este modo, preservar beneficios extraordinarios.

En el caso que se examina, dadas las características del mercado, en particular su tamaño, se puede pensar que el número de operadores siempre será reducido y, por tanto, que no es probable la entrada de nuevas empresas; consiguientemente, no hay mucho lugar para la disuasión. Además de este hecho, una actuación de la DIPUTACIÓN orientada a tal fin carecería de sentido, ya que, tal como se tiene recogido, su actuación pretende un beneficio nulo, no la protección de beneficios extraordinarios, ni siquiera ordinarios.

TRIGÉSIMO

TERCERO.- El tercer criterio hace referencia al efecto de la conducta en los consumidores. Al verificar que no existió expulsión de competidores, los consumidores pueden elegir entre la oferta de ambos operadores, con diferentes binomios “calidad-precio”, lo que resulta beneficioso para ellos. Es más, el hecho de que la fijación de precios por parte de la DIPUTACIÓN no siga la misma lógica que la iniciativa privada, lejos de ser una afectación grave del interés público, refuerza ese interés al fomentar el recorrido turístico, pues la actuación de la DIPUTACIÓN tiene capacidad – dado el menor precio del servicio- para atraer a consumidores que por sus ingresos no lo utilizarían, potenciando de este modo el goce de los recursos turísticos de la localidad. Este efecto podría, incluso, revertir en un aumento de la actividad privada en el sector.

AYUDAS PÚBLICAS

TRIGÉSIMO

CUARTO.- En la denuncia también se hace referencia a que la oferta de servicios de transporte fluvial a pérdida podría ser considerada una ayuda pública y, en cuanto tal, distorsionadora de las condiciones de competencia en el mercado.

La argumentación sobre el establecimiento (hipotético) de precios con pérdida como una ayuda pública simplemente agudiza el problema de partida propuesto por la denunciante: la competencia desleal derivada del hecho de que organismos públicos oferten servicios en competencia con la iniciativa privada, pues una actuación que no procure lucro -característica de las

Administraciones Públicas- siempre generará una diferencia entre las tarifas del servicio respecto de los precios fijados por las empresas privadas, dado que éstas, legítimamente, deben obtener un beneficio que justifique su oferta.

Ahora bien, de lo examinado en este caso no resultan evidencias de la existencia de ayudas públicas para el transporte fluvial realizado por la DIPUTACIÓN. Por otra parte, según el artículo 3.3.i) de la Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de Galicia, las competencias del TGDC en relación a las ayudas públicas se limita a:

“i) Emitir informe, con carácter facultativo y no vinculante, sobre os proyectos de concesión de ayudas a empresas con cargo a los recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia, sin perjuicio de las competencias que en esta materia corresponden al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Administración General del Estado y a la Comisión Europea. A estos efectos, el concepto de ayuda pública será el que define el artículo 19.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.”

Consecuentemente, el TGDC no tiene potestad para evaluar ayudas públicas en el marco de un expediente sancionador.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

RESOLVIÓ

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por D.^a C. C. L., en nombre y representación de HEMISFERIOS, S.L., contra el acuerdo de sobreseimiento, con archivo de las actuaciones, del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, de 29 de febrero de 2008, en relación con la denuncia presentada contra la Diputación Provincial de Lugo por presuntas prácticas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Comuníquese esta resolución al SGDC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de esta resolución.