

RESOLUCION

Expte. SAMAD/08/16 RUTAS NAVIDAD AUTOBUSES MADRID

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de agosto de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador SAMAD/08/16 RUTAS NAVIDAD AUTOBUSES MADRID, incoado por la Dirección General de Economía y Política Financiera (en adelante, DGEPF, actualmente Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad –DGEEC- en virtud del Decreto 126/2017, de 24 de octubre) de la Comunidad de Madrid contra el Ayuntamiento de Madrid, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de diciembre de 2016, tuvo entrada en la DGEPF escrito de denuncia (folios 1 a 9) de Jiménez Dorado Viajes S.L. (en adelante, el denunciante), contra el Ayuntamiento de Madrid, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), derivadas del el Decreto nº 811, de 24 de noviembre de 2016, de la Delegada del

Área de Gobierno, de Medio Ambiente y de Movilidad del Ayuntamiento, por el que se establecen medidas de restricción del tráfico desde el día 2 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017 en la calle Gran Vía.

2. En posterior trámite de asignación de competencias se determinó por la Dirección de Competencia de la CNMC y por la DGEFP que, sin entrar a valorar el fondo de si las conductas descritas suponen una infracción o no de la LDC, los órganos competentes para conocer de las actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, eran los correspondientes a la Comunidad de Madrid.
3. El 13 de enero de 2017 la DGEFP dirigió sendos requerimientos de información al Ayuntamiento de Madrid (folios 44 a 49) y al denunciante (folios 50 a 61) en el marco de la información reservada 8/2016 Rutas Navidad Autobuses Madrid. Las respuestas a los citados requerimientos de información fueron recibidas en la DGEFP con fecha 20 de febrero (Ayuntamiento, folios 62 a 142) y 29 de marzo de 2017 (denunciante, folios 166 a 176).
4. El 10 de marzo de 2017, la DGEFP acordó la incoación de expediente sancionador al Ayuntamiento de Madrid *“como presunto responsable de la realización de prácticas supuestamente restrictivas de la competencia, constitutivas de abuso de posición (...) dominante, prohibidas por el artículo 2 de la LDC”*. Dicho acuerdo de incoación fue notificado a los interesados, con traslado de la denuncia en el caso del Ayuntamiento (folios 143 a 165).
5. Con fecha 2 de junio de 2017 se formuló por la DGEFP nuevos requerimientos de información al Ayuntamiento y al denunciante (folios 177 a 195) Las contestaciones a los requerimientos mencionados fueron presentadas el 27 de junio de 2017 ante la DGEFP por el Ayuntamiento y el denunciante (folios 196 a 204).
6. El 21 de septiembre de 2017, la DGEFP remitió a los interesados acuerdo de no acreditación de la existencia de prácticas prohibidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.3 del RDC (folios 205 a 323), otorgando un plazo de quince días hábiles para presentar alegaciones, sin que las partes hicieran uso del mismo.
7. Con fecha 20 de noviembre de 2017, la DGEEC decretó el cierre de la fase de instrucción, de conformidad con el artículo 33 del RDC, con el fin de redactar la propuesta de resolución del expediente prevista en el artículo 50.4 de la LDC.
8. El 28 de noviembre de 2017 la DGEEC formuló propuesta de resolución (PR) del presente expediente en cumplimiento de los artículos 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC, proponiendo declarar no acreditada la existencia de conductas prohibidas por la LDC en las prácticas investigadas.

La propuesta de resolución fue notificada al denunciante y al Ayuntamiento el 29 de noviembre de 2017, otorgándoles un plazo de quince días hábiles, a contar a partir del día siguiente a su notificación, para que, si lo consideraban oportuno, formularan las alegaciones a la misma que consideraran pertinentes. Nuevamente las partes no hicieron uso del plazo de alegaciones concedido.

9. Con fecha 17 de enero de 2018, la DGEEC elevó al Consejo de la CNMC la PR, en cumplimiento de los artículos 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC (folios 330 a 389).
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión del día 30 de agosto de 2018.
11. Son interesados:
 - El Ayuntamiento de Madrid.
 - Jiménez Dorado Viajes S.L.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en este expediente sancionador, tal y como consta en la PR:

2.1. Denunciante

Jiménez Dorado Viajes S.L. es una agencia de viajes mayorista-minorista que opera en el mercado como prestador de servicios turísticos. Dichos servicios consisten en visitas panorámicas de Madrid y alrededores en autobuses.

2.2. Denunciado

El Ayuntamiento de Madrid es el órgano de gobierno y administración del municipio de Madrid. Se rige, entre otra normativa, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.

Según el artículo 2.2 de esta última Ley, el *“Gobierno y la Administración de la ciudad de Madrid comprende las funciones de ordenación y ejecución en los asuntos de la competencia municipal. Estas funciones se ejercen por el Ayuntamiento, bajo su propia responsabilidad y en el marco de las Leyes, mediante órganos diferenciados para las de ordenación y las de ejecución y gestión”*. Por su parte, el apartado 1 del mismo precepto señala que *“La Ciudad de Madrid goza de autonomía para la gestión de sus intereses, con medios económico-financieros suficientes conforme a la Constitución, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y el resto del ordenamiento jurídico. La gestión municipal autónoma se desarrolla con lealtad institucional y en colaboración, cooperación y coordinación con la Administración General del Estado y de la Comunidad de Madrid”*.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

3.1. Mercado geográfico

Desde el punto de vista geográfico, los hechos objeto de denuncia analizados en el expediente se desarrollan en el ámbito territorial de la ciudad de Madrid, ámbito territorial que se encuentra en el territorio de la Comunidad de Madrid. Según el artículo 12.1 de

la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local el “*término municipal es el territorio en que el ayuntamiento ejerce sus competencias*”.

Por tanto, el mercado geográfico relevante en el presente expediente estaría comprendido dentro del ámbito territorial del municipio de Madrid.

3.2. Mercado de producto

El órgano de instrucción entiende que el mercado en el que se producen los hechos objeto de la denuncia es el de los servicios de transporte público de viajeros en la Comunidad de Madrid y, concretamente, la modalidad de transporte turístico de viajeros que, tal y como se dispone en la normativa, ha de quedar diferenciada de otras modalidades de transporte público de viajeros entre las que se encuentra el servicio de transporte público regular permanente de viajeros de uso general.

Los agentes económicos que operan en el citado mercado son la UTE constituida por las empresas Julia Travel, S.A., Automóviles Luarca, S.A.U. y Transportes Bacoma, S.A.U., que presta el servicio denominado MADRID CITY TOUR por contrato de concesión administrativa del Ayuntamiento de Madrid y la mercantil comercializadora de viajes turísticos BUS VISIÓN, prestados en régimen de comunicación previa a la Administración por el denunciante.

Entre los operadores económicos que ofertan el servicio de transporte público regular permanente de viajeros de uso general se incluyen la Empresa Municipal de Transportes de Madrid (línea de autobuses urbanos y Bus Expres), Metro, Metro Ligero, Tranvía, cercanías RENFE y autobuses interurbanos.

a) Transporte público regular permanente de viajeros de uso general en Madrid

En las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Transportes Urbanos, se indica:

"Primera.

Las competencias que la Ley 5/1985, de 16 de mayo, de Creación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid, atribuye a este organismo autónomo, en relación con el transporte público regular de viajeros, deben entenderse referidas, en todo caso, a los transportes públicos regulares de viajeros de uso general.

Segunda.

En el transporte público urbano regular de viajeros de uso general será de aplicación, para los Ayuntamientos adheridos al Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid el régimen competencial, económico y demás disposiciones establecidas en la Ley 5/1985, de 16 de mayo, de creación del citado organismo".

El Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid se constituye en el año 1986 (Ley 5/1985, de 16 de mayo) para agrupar las actuaciones de instituciones públicas y privadas relacionadas con el transporte público, con el fin de coordinar

servicios, redes y tarifas, de forma que se ofrezca al usuario una mayor capacidad y mejor calidad de la oferta.

Se trata de un organismo autónomo encargado de la planificación y gestión del transporte público en la Comunidad de Madrid. La gestión del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid recae sobre las siguientes redes de transporte:

- Metro, ML (metro ligero) y tranvía.
- Líneas de autobuses urbanos y servicio Bus Exprés gestionados por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid (EMT).
- Cercanías Rente.
- Autobuses interurbanos.

Entre las diferentes modalidades de tarjetas de transporte, tal y como se publicita en la página web de la Comunidad de Madrid www.madrid.org, se encuentra el "abono turístico" que se comercializa en todas las estaciones de metro, en el Centro de Atención al Viajero de las dos estaciones del aeropuerto, en las oficinas de turismo, en las oficinas del Consorcio Regional de Transportes, en lugares de interés turístico y a través de internet, pudiéndose también adquirir en algunos estancos y quioscos.

El billete turístico es un título de transportes de carácter personal, que permite a su titular efectuar un número ilimitado de desplazamientos en el conjunto de servicios de transporte regular de viajeros que operan en el interior de la zona elegida, con las excepciones que se indiquen.

Tal y como se indica en la información al usuario publicada en la citada web, se puede elegir entre las zonas A y T, que se identifican con las mismas zonas de la tarjeta de transportes ordinaria para el uso de las redes de transporte en Madrid. Como consecuencia de lo anteriormente indicado, se pone de manifiesto que el billete turístico está integrado en el transporte público de titularidad exclusiva de las Administraciones públicas, que en el caso de la Comunidad de Madrid se realiza a través del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid.

b) Transporte turístico de viajeros de carácter periódico con reiteración de itinerario.

El servicio turístico de transporte de viajeros se regula, entre otras normas, por la LOTT, el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres (en adelante, ROTT, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre), la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid (en adelante, LOT), el Decreto 99/1996 de 27 de junio, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viajes de la Comunidad de Madrid, y el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

El capítulo VI (artículos 110-112) del Título III de la LOTT regula los transportes turísticos disponiendo en su artículo 110 (énfasis añadido):

“A efectos de esta ley, tendrán la consideración de transportes turísticos los que se realicen en el marco de la ejecución de un viaje combinado ofertado y

contratado de conformidad con lo que se encuentre establecido en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios en relación con esta clase de viajes.

*Asimismo, tendrán la consideración de transporte turístico aquellos otros que, sin tener una duración superior a las 24 horas y sin incluir una pernoctación, **se oferten a través de agencias de viajes, u otros intermediarios reconocidos por la legislación específica de turismo, y se presten conjuntamente con otros servicios complementarios de naturaleza turística, tales como los de mantenimiento, guía turístico o similar**".*

Por su parte, el ROTT regula en su artículo 129 los transportes turísticos de carácter periódico con reiteración de itinerario, disponiendo lo siguiente:

"Cuando los transportes turísticos revistan carácter periódico y se presten con reiteración de itinerario, resultando coincidentes con un servicio de transporte regular de viajeros de uso general, el precio de la combinación contratada en la que estén incluidos deberá ser, al menos, un treinta por ciento superior a la tarifa del transporte en el servicio regular. Serán de aplicación, a efectos de apreciación de la coincidencia, las reglas establecidas en los artículos 64 y 65 de este Reglamento.

Dicho requisito podrá ser, no obstante, exonerado por el órgano administrativo competente en relación con la línea regular con la que se produzca la coincidencia, a petición de la agencia de viajes cuando en el correspondiente expediente, y oídos en el plazo de quince días la empresa titular de la línea, el Consejo Nacional de Transportes Terrestres y el Comité Nacional del Transporte por Carretera, quede suficientemente justificada la posibilidad de realizar la combinación contratada a los precios ofrecidos y la especificidad de los usuarios que impida que se realice una competencia injustificada para la línea regular coincidente".

Adicionalmente el artículo 130 regula la comunicación a la Administración de los citados transportes turísticos:

"A fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos anteriores, las agencias de viaje deberán comunicar a la Administración los transportes turísticos realizados con reiteración de itinerario y carácter periódico o reiteración de calendario que pretendan llevar a cabo, especificando las condiciones de prestación, las tarifas y el resto de los servicios que vayan a integrar la combinación que se va a ofrecer a la venta. La Administración prohibirá la realización del correspondiente transporte cuando en el expediente no quede suficientemente justificado el cumplimiento de las condiciones exigibles".

Los correspondientes servicios podrán comenzar a prestarse a partir de los treinta días de su comunicación a la Administración, si ésta no ha hecho manifestación expresa en otro sentido".

c) Transporte colectivo turístico de viajeros en Madrid dentro del programa de Navidad.

De acuerdo con la información proporcionada durante la instrucción del expediente, la DGEEC considera que, dado que el denunciante es una agencia de viajes que presta un servicio de transporte con un servicio complementario de guía turístico, el mercado relevante por razón del servicio/producto en el presente caso sería el mercado de transporte turístico de viajeros en autobús durante el período navideño.

Este período navideño abarcaría desde el 1 de diciembre de 2016 hasta el 8 de enero de 2017, dado que, de conformidad con las contestaciones a los requerimientos efectuados por la DGEEC, el servicio de autobuses del Ayuntamiento de Madrid para contemplar la iluminación navideña (NAVILUZ) comenzó a operar en esa fecha y en la misma ya estaba operativo el servicio con el mismo objeto desarrollado por el denunciante (NAVIBUS), concluyendo ambos el 8 de enero de 2017. Asimismo, según las respuestas del Ayuntamiento y el denunciante, no consta que otras mercantiles, al margen del denunciante y el Ayuntamiento, presten un servicio similar de transporte turístico de viajeros en autobús durante el período navideño.

Esa delimitación de un mercado de transporte turístico de viajeros en autobús durante el período navideño vendría confirmada por el hecho de que dicho servicio posee características propias, como son una demanda y oferta específicas del mismo.

En suma, el mercado relevante del presente caso sería el transporte turístico de viajeros en autobús durante el período navideño indicado (del 1 de diciembre de 2016 hasta el 8 de enero de 2017) en la ciudad de Madrid.

IV. HECHOS ACREDITADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, tanto la recabada en las actuaciones de investigación llevadas a cabo por la DGEEC como la procedente de las contestaciones del denunciante y del Ayuntamiento de Madrid a los requerimientos de información formulados por el órgano de instrucción, se consideraron acreditados los hechos expuestos por este en la PR que son, de forma resumida, los que se exponen a continuación.

Con fecha 29 de noviembre de 2016, el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) publicó el Decreto nº 811, de 24 de noviembre de 2016, de la Delegada del Área de Gobierno, de Medio Ambiente y de Movilidad del Ayuntamiento, por el que se establecen medidas de restricción del tráfico desde el día 2 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017 en la calle Gran Vía.

Mediante dicho Decreto el Ayuntamiento de Madrid aprobó una serie de medidas de restricción del tráfico desde el día 2 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017 en la calle Gran Vía de Madrid y otras. En concreto, en lo que atañe a las conductas denunciadas, el Decreto permite circular por la Gran Vía los citados días a la mercantil MADRID CITY TOUR, así como a los autobuses del servicio especial de transporte urbano de viajeros para contemplar la iluminación navideña organizado por el Ayuntamiento bajo la denominación de NAVILUZ.

Así, el Decreto nº 811 dispone (subrayado añadido):

“Ante la imposibilidad de implantar un carril reservado Bus-Taxi-motos de modo provisional y la falta de capacidad de los carriles disponibles para asumir la demanda de tráfico de vehículos, se limitará durante las 24 horas del día el acceso a los vehículos a motor, con las excepciones que se determinan más adelante, el perímetro interior del Centro, vertebrado por la propia Gran Vía y delimitado por las siguientes calles y en los días que se expresan en el ANEXO II (...)

4.a Las limitaciones o prohibiciones impuestas no afectarán a los vehículos a los que se refiere el artículo 88.2 de la Ordenanza de Movilidad, sin perjuicio de lo indicado en las cláusulas posteriores, quedando igualmente excluidos los siguientes:

- 1. Residentes en las calles de acceso restringido o titulares de plazas de aparcamiento en las mismas.*
- 2. Vehículos autotaxi.*
- 3. Motos y ciclomotores.*
- 4. Bicicletas y ciclos.*
- 5. Autobuses de Madrid City Tour: concesión municipal de transporte turístico con itinerario fijo y reiteración de horario y calendario.*
- 6. Autobuses de prestación del servicio especial de transporte urbano de viajeros para contemplar la iluminación navideña organizado por el Ayuntamiento de Madrid.*
- 7. Unidades móviles de producción y retransmisión audiovisual.*
- 8. Vehículos que dispongan del distintivo o etiquetado “cero emisiones” establecido por la DGT y lo exhiban en lugar visible.*
- 9. Vehículos que accedan a hoteles y porten maletas o bultos pesados.*
- 10. Vehículos destinados al transporte de detenidos.*
- 11. Grúas para el remolque de vehículos.*
- 12. Vehículos de transporte funerario.*
- 13. Aquellos vehículos que a criterio de los Agentes de la Autoridad actuante deban acceder por razones de interés general o necesidad urgente inaplazable”.*

La empresa denunciante viene realizando, entre otras actividades, el transporte turístico mediante autobuses descubiertos de dos plantas en la ciudad de Madrid, así como el servicio popularmente conocido como NAVIBUS en fechas próximas a Navidad. Tras la aprobación del Decreto nº 811, los autobuses turísticos de la empresa denunciante quedaban sujetos a la prohibición de circulación por la Gran Vía de Madrid entre el 2 de diciembre de 2016 y el 8 de enero de 2017, mientras que excluía de la prohibición a los autobuses de MADRID CITY TOUR y a los autobuses de prestación del servicio especial de transporte urbano de viajeros para contemplar la iluminación navideña organizado por el Ayuntamiento.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid dictó el 9 de diciembre de 2016 el auto 446/2016, por el que acordaba la medida cautelar de suspensión, con carácter parcial, de la ejecutividad del Decreto nº 811:

"debiendo permitirse la circulación por la Gran Vía de los autobuses que la mercantil recurrente destina a las actividades descritas en los ordinales 5 y 6 del Apartado Cuarto del citado Decreto, sin que se les pueda prohibir el acceso y tránsito por la Gran Vía".

A partir de la comunicación de dicho auto, la Policía Municipal y los agentes de movilidad permitieron el acceso a los autobuses del denunciante hasta el fin de la vigencia del Decreto. Por tanto, según la información proporcionada por el denunciante, se impidió a los autobuses de su servicio de transporte turístico el acceso y tránsito por la Gran vía de Madrid entre el 3 de diciembre y el 8 de diciembre, ambos inclusive, pudiendo circular con normalidad a partir del 9 de diciembre por la tarde.

El referido auto de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid establece en sus fundamentos de derecho y parte dispositiva lo siguiente:

"Podemos adelantar nuestra postura favorable a adoptar la medida urgente pretendida por la actora. Y es que, por un lado, resulta indudable e incontrovertido los graves e irreparables perjuicios de índole económico que a la mercantil actora se le irrogarán de no acceder a suspender de manera inmediata las prohibiciones que se le han impuesto desde el Ayuntamiento de Madrid, impidiendo en unas fechas tan señaladas como en las que nos encontramos, con una notable afluencia de turistas y un incremento de usuarios del transporte destinado a estas actividades turísticas y de ocio, que la mercantil actora pueda realizar su actividad empresarial .

Y por otro, no resulta justificado, en el ámbito limitado en el que nos encontramos relativo a la tutela cautelar urgente de unos derechos e intereses, la restricción a la defensa y preservación de la competencia que supone permitir a autobuses que prestan, bien una concesión municipal de transporte turístico, bien una actividad de contemplación de la iluminación navideña organizada por el Ayuntamiento de Madrid puedan circular sin restricción alguna por la Gran Vía en estas fechas navideñas y prohibir, al mismo tiempo, que autobuses que prestan idénticos servicios, su circulación y tránsito por dicha vía por la simple razón de que resultan ajenos a toda vinculación con el Ayuntamiento de Madrid.

Además, permitir la circulación de los vehículos afectados por la presente medida cautelar no afecta a la finalidad perseguida por el Decreto impugnado, pues no alcanzamos a comprender como sólo tres autobuses, destinados por el recurrente al transporte turístico de Madrid (afirma que son 26 los que prestan el servicio MADRID CITY TOUR y 10 los que se dedican por el ayuntamiento a NAVILUZ) pueden incidir de una manera decisiva y negativa en la eficacia perseguida por el Ayuntamiento de Madrid al dictar el Decreto cuestionado.

En consecuencia, tanto una ponderación de los intereses en conflicto que nos inclina a preservar los privados respecto a unos generales que no resultan afectados por aquellos, cómo la necesidad de amparar los derechos de igualdad,

de libre competencia y el de no sufrir discriminación alguna por una actuación arbitraria de la Administración demandada, nos induce a adoptar la medida cautelar (...)

DISPONGO: que PROCEDE ACORDAR LA MEDIDA CAUTELAR PROVISIONALÍSIMA y URGENTE "inaudita parte" (...) consistente en suspender, con carácter parcial, la ejecutividad del Decreto de fecha 24 de noviembre de 2016 dictado por la Delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, debiendo permitirse la circulación por la Gran Vía de los autobuses que la mercantil recurrente destina a la actividades descritas en los ordinales 5 y 6 del Apartado Cuarto del citado Decreto, sin que se les pueda prohibir el acceso y tránsito por la Gran Vía".

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

Conforme a lo dispuesto en la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid¹, desde el 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid fue asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior.

Con ocasión del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, modificado por el Decreto 126/2017, de 24 de octubre, las competencias ejecutivas en defensa de la competencia pasan a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera, -DGEPF- (actualmente Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad –DGEEC- en virtud del Decreto 126/2017, de 24 de octubre).

En función de lo dispuesto en las normas citadas, en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y en la disposición transitoria única de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la citada DGEEC, dependiente de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en el Consejo de la CNMC.

Por su parte, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *"la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa*

¹ BOCM de 29 de diciembre de 2011.

de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DGEEC que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si los hechos investigados constituyen conductas prohibidas por la LDC.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, la conducta investigada se ha desarrollado bajo la actual LDC.

TERCERO.- PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en la propuesta de resolución remitida por la DGEEC a esta Sala el 17 de enero de 2018, el órgano instructor, tras la correspondiente valoración de los hechos, propone que se resuelva lo siguiente:

- *Que no ha resultado acreditado que el comportamiento descrito (adopción de un Decreto por el Ayuntamiento de Madrid que establece limitaciones a la circulación que no afectan a los autobuses de prestación del servicio especial de transporte urbano de viajeros para contemplar la iluminación navideña organizado por el Ayuntamiento ni a los de MADRID CITY TOUR como concesionario de transporte municipal con itinerario y reiteración de horario y calendario), pueda ser tipificado como una infracción prevista en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC*
- *Que se proceda al archivo del Expediente.*

La DGEEC analiza cómo la actuación del Ayuntamiento, al imponer prohibiciones al tráfico que no afectan a los autobuses de MADRID CITY TOUR (concesionario municipal de transporte turístico con itinerario fijo y reiteración de horario y calendario), ni a los autobuses de prestación del servicio especial de transporte urbano de viajeros para contemplar la iluminación navideña organizado por el Ayuntamiento de Madrid (NAVILUZ), pero sí al resto de prestadores del servicio de transporte turístico de viajeros, como el denunciante, es susceptible de incidir en el mercado o es apta para causar un resultado económicamente restrictivo de la competencia en dicho mercado. La DGEEC entiende que tales actuaciones deben quedar sometidas al control de los órganos de defensa de la competencia, si bien debe analizarse si pueden subsumirse en alguna de las infracciones de la LDC.

La DGEEC analiza la posible concurrencia de infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC en las conductas denunciadas, llegando finalmente a la conclusión de que los hechos investigados no pueden tipificarse como constitutivos de una infracción prevista en los citados artículos. No obstante lo anterior, el acuerdo de incoación quedó circunscrito a la posible comisión de una infracción de abuso de posición de dominio, prohibida por el artículo 2 de la LDC.

Para el órgano de instrucción autonómico no toda intervención del Ayuntamiento en el ámbito de la movilidad tiene que producirse desde una posición de dominio en el mercado ni, por supuesto, abusando de esa posición de dominio. Para que exista una infracción del artículo 2 de la LDC será necesario que exista un mercado en el que el infractor goza de una posición de dominio y una conducta abusiva proyectada desde el mismo.

Tras analizar de forma extensa el marco normativo del servicio del transporte turístico de viajeros en autobús en el periodo navideño en el municipio de Madrid (fundamento jurídico decimotercero de la PR) y la distribución competencial dentro del mismo Ayuntamiento (fundamento jurídico decimocuarto), la DGEEC concluye que la intervención del Ayuntamiento se ha producido en virtud de las atribuciones del Área de Gobierno de Medio y Ambiente y Movilidad en materia de movilidad y al amparo de la Ordenanza de Movilidad, que tiene por objeto regular la circulación de vehículos o peatones, y previa propuesta de la Dirección General de Gestión y Vigilancia de la Circulación. Desde esas atribuciones, el Ayuntamiento ha afectado al mercado del transporte turístico de viajeros en autobús durante el periodo navideño.

Desde esta perspectiva el órgano instructor entiende que no es posible identificar un mercado desde el que se haya producido la intervención del Ayuntamiento en el mercado del transporte turístico de viajeros en autobús durante el periodo navideño. Así, la intervención del Ayuntamiento en dicho mercado se habría efectuado en el presente caso desde las facultades de policía o intervención que corresponden a toda Administración con respecto a la actividad de los ciudadanos.

En consecuencia, la DGEEC considera que en el presente caso no concurren los elementos necesarios para poder tipificar una conducta de abuso de posición de dominio, sin perjuicio de que el Decreto del Ayuntamiento pudiera resultar contrario a Derecho.

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA

Esta Sala debe valorar si, tal y como sostiene la DGEEC, procede el archivo de las actuaciones, puesto que, de los hechos puestos en conocimiento de la autoridad de competencia, a través de la denuncia de Jiménez Dorado Viajes S.L., no se aprecia la existencia de ninguna infracción prevista en la LDC.

La DGEEC justifica su propuesta de archivo tanto en la inexistencia de bilateralidad (respecto al artículo 1 LDC) como en la ausencia de afectación al interés público (respecto al artículo 3 LDC) en la actuación del Ayuntamiento de Madrid. Además, considera que la intervención del Ayuntamiento en el mercado del transporte turístico de viajeros en autobús durante el periodo navideño a través del Decreto nº 811 se habría efectuado desde las facultades de policía o intervención que corresponden a toda Administración con respecto a la actividad de los administrados, sin que se haya acreditado la existencia de los elementos que configuran el tipo de abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC).

Esta Sala debe señalar que una vez dictado por el órgano instructor el acuerdo de incoación de un expediente sancionador por supuestas conductas prohibidas por la LDC, no es posible dictar la resolución de archivo de actuaciones regulada en el 49.3 de la

LDC, opción ésta reservada para los supuestos en los que no se aprecia la existencia de indicios de infracción de la LDC que permitan la incoación de un procedimiento.

Según el apartado 1 del mismo artículo 49, el acuerdo de incoación de procedimiento debe dictarse cuando el órgano instructor observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas. Una vez dictado dicho acuerdo de incoación corresponde a la Sala de Competencia dictar resolución, tras examinar la propuesta del órgano instructor, en la que se declare una de las tres alternativas previstas en el artículo 53.1 de la LDC:

a) La existencia de conductas prohibidas por la presente Ley o por los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

b) La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

c) No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

Por tanto, como indica expresamente la DGEEC en su propuesta elevada a esta Sala, tras la instrucción del expediente sancionador, no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas en relación con la elaboración o ejecución del Decreto nº 811 denunciado, por el que se establecen medidas de restricción del tráfico desde el día 2 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017 en la Gran Vía de Madrid.

La Sala considera que, no constando en el expediente acreditación suficiente de la existencia de conductas prohibidas por la LDC en la actuación investigada del Ayuntamiento de Madrid en relación al Decreto nº 811, puede declararse que no ha resultado acreditada la existencia de tales prácticas prohibidas durante la investigación, conforme lo previsto en el artículo 53.1 de la LDC.

Sin embargo, esta declaración de no acreditación de conductas prohibidas debe limitarse estrictamente a los hechos investigados e instruidos por la DGEEC en relación con un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la LDC, ámbito al que quedó ceñido el procedimiento al tiempo de su incoación. El acuerdo dictado por el órgano instructor con fecha 10 de marzo de 2017 acordó la incoación de expediente sancionador al Ayuntamiento de Madrid *“como presunto responsable de la realización de prácticas supuestamente restrictivas de la competencia, constitutivas de abuso de posición (...) dominante, prohibidas por el artículo 2 de la LDC”*, sin mencionar la posible investigación de otras conductas prohibidas por la LDC.

La Sala también coincide con la DGEEC en considerar que la actuación del Ayuntamiento, al establecer en el Decreto nº 811 limitaciones o prohibiciones al tráfico, que no afectan a los autobuses de MADRID CITY TOUR ni a los autobuses del servicio NAVILUZ organizado por el Ayuntamiento de Madrid pero sí al resto de prestadores del servicio de transporte turístico de viajeros, como el denunciante, es una actuación capaz de incidir en el mercado y que resulta apta para causar un resultado económicamente restrictivo de la competencia en el mismo.

Como expone el órgano instructor en el fundamento jurídico primero de su propuesta de resolución, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha señalado la posibilidad de que la actuación de una Administración pública pueda ser sancionada por los órganos de defensa de la competencia si dicha actuación ha causado o es apta para

causar un resultado económicamente restrictivo de la competencia en el mercado.²
Señala el Tribunal Supremo:

“Sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12 . 3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando”³.

Por lo tanto, según la jurisprudencia mencionada, si bien pueda resultar posible la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a las Administraciones públicas, resulta en todo caso necesario subsumir su actuación en alguna de las infracciones tipificadas en la LDC. Por ello, en relación al abuso de posición de dominio previsto en el artículo 2 de la LDC, como expone la DGEEC, resulta necesario acreditar la concurrencia de una posición de dominio en un mercado y el abuso de la misma por parte del infractor.

Ante un caso como el aquí analizado en que no concurren tales circunstancias, la actuación de las autoridades de competencia frente a actos administrativos o disposiciones de carácter general de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados puede implicar, como señala el propio Tribunal Supremo en la jurisprudencia señalada, la impugnación del acto o disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a lo previsto en los artículos 13.2 de la LDC o 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, por tratarse de una actuación de la que se derivan obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, generando además la discriminación de unos operadores para beneficio de otros.

Obviamente, la impugnación no queda reservada a las autoridades de competencia, tal y como pone de manifiesto la que tuvo lugar ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Madrid. Dicha impugnación permitió lograr la suspensión de la prohibición de circulación a los autobuses no mencionados en el Decreto a través del auto de 9 de diciembre de 2016, por el que acordaba la medida cautelar de suspensión, con carácter parcial, de la ejecutividad del citado Decreto.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

² Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (recurso de casación 294/2013) y 18 de julio de 2016 (recurso de casación 2946/2013)

³ Fundamento de derecho cuarto de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo nº 1833/2016, de 18 de julio de 2016

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar no acreditada la existencia de prácticas prohibidas de abuso de posición de dominio en los hechos investigados por la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho cuarto de la presente resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.