

RESOLUCIÓN
(Expte. MC/AJ/002/15 MADRID CITY TOUR)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 26 de noviembre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente de medidas cautelares MC/AJ/002/15, como pieza separada del expediente sancionador SANC04/14 MADRID CITY TOUR, incoado por una posible infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 27 de enero de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de denuncia de JIMENÉZ DORADO VIAJES, S.L.U, contra la Dirección General de Transportes de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid, la Dirección General de Control Ambiental, Transportes y Aparcamientos del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, así como contra las mercantiles JULIA TRAVEL, S.A., AUTOMÓVILES LUARCA, S.A.U, y TRANSPORTES BACOMA, S.A.U, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En dicho escrito, la denunciante propone la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- Suspensión de todos los expedientes sancionadores incoados frente a las entidades JIMENEZ DORADO VIAJES, S.L.U y RJ AUTOCARES, S.L, por

- parte de la Inspección de Transportes de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid.
- Suspensión de todos los expedientes sancionadores incoados frente a las entidades JIMENEZ DORADO VIAJES SLU, y RJ AUTOCARES, S.L por parte del Excmo. Ayuntamiento de Madrid.
 - Cese de inspecciones reiteradas e injustificadas por parte de la Policía Municipal de Madrid al autobús turístico denominado BUSVISIÓN, con matrícula 4046- HRN.
2. Tras la realización de los oportunos trámites de asignación de competencia, con fecha 14 de febrero de 2014, en cumplimiento de lo establecido en 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, se entendió por la Dirección de Competencia de la CNMC y por el SDC que la conducta denunciada alteraba la competencia exclusivamente en el ámbito de la Comunidad de Madrid.
 3. El 14 de abril de 2014 se inició una fase de información reservada de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC y el artículo 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).
 4. Mediante *Decreto 116/2014, de 9 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda*, las competencias en materia de Defensa de la Competencia fueron atribuidas a la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (en adelante, la Viceconsejería).
 5. Con fecha 21 de abril de 2015, a la vista del resultado del trámite de información reservada, y de acuerdo con el artículo 49.1 de la LDC, la Viceconsejería acordó la incoación de expediente sancionador, registrado con el número de referencia SA 04/2014 MADRID CITY TOUR, contra JULIA TRAVEL, S.A, AUTOMOVILES LUARCA, S.A.U y TRANSPORTES BACOMA, S.A.U, por posibles conductas contrarias a la competencia prohibidas por el artículo 2 de la LDC.
 6. Mediante escrito de fecha 8 de junio de 2015, de conformidad con el artículo 54 de la LDC, la Viceconsejería elevó al Consejo de la CNMC, propuesta desestimatoria de las medidas cautelares solicitadas por el denunciante.
 7. A la vista de la citada propuesta, el 25 de junio de 2015, el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordó dar traslado de la misma a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días para alegaciones, de conformidad con el artículo 41 del RDC.

8. Con fecha 15 de julio de 2015, ha presentado escrito de alegaciones la UTE Julia Travel, S.A, Automóviles Luarca SAU, Transportes Bacoma SAU en el que se adhiere a los argumentos contenidos en la propuesta elevada por la Viceconsejería de Economía y Hacienda, solicitando asimismo su desestimación.
9. Con fecha 16 de julio de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructura de la Comunidad de Madrid, en el que sostiene que procede denegar las medidas cautelares solicitadas.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su sesión de 26 de noviembre de 2015.
11. Son partes interesadas en el procedimiento:
 - JIMENEZ DORADO VIAJES SLU
 - DIRECCIÓN GENERAL DE TRANSPORTES, CONSEJERÍA DE TRANSPORTES, INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.
 - DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL AMBIENTAL, TRANSPORTES Y APARCAMIENTOS, AREA DE MEDIO AMBIENTE Y MOVILIDAD, AYUNTAMIENTO DE MADRID.
 - La Unión Temporal de Empresas formada por JULIA TRAVEL, S.A., AUTOMÓVILES LUARCA, S.A.U., TRANSPORTES BACOMA. S.A.U.

HECHOS PROBADOS

1. La mercantil JIMENEZ DORADO VIAJES, SLU es una empresa radicada en Madrid, cuyo objeto social es el ejercicio de la actividad de agencia de viajes mayorista-minorista. Entre los servicios que ofrece la empresa, se encuentra el servicio de autobús turístico en la Comunidad de Madrid y ciudades próximas, comercializando alguno de sus productos con el nombre de BUSVISION.
2. En su escrito de denuncia de 16 de enero de 2014, JIMÉNEZ DORADO VIAJES SLU, sostiene que ha sufrido constantes trabas burocráticas por parte de las Administraciones denunciadas (inspecciones reiteradas e injustificadas por parte de Policía Municipal de Madrid al autobús turístico BUSVISION y apertura de expedientes sancionadores por parte de la Inspección de Transportes de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid) y coacciones desde la UTE formada por ALSA-BACOMA y JULIA (adjudicataria de la concesión municipal para la prestación del servicio MADRID CITY TOUR), con objeto de obstaculizar la

prestación del servicio de transporte turístico BUSVISION en la ciudad de Madrid en beneficio del servicio de transporte turístico de concesión municipal MADRID CITY TOUR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Normativa aplicable.

En virtud del Decreto 116/2014, de 9 de octubre del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid ha sido asumido por la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (la Viceconsejería).

De esta forma, de conformidad con 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 Viceconsejería, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en la Autoridad Estatal de Competencia, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria única de la citada Ley 1/2002.

De conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, toda referencia normativa a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) deberá entenderse hecha a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y, del mismo modo, toda referencia a la Dirección de Investigación deberá entenderse referida a la Dirección de Competencia.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como en el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la competencia para dictar la presente Resolución corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

El artículo 54 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone que: *"Una vez incoado el expediente, el Consejo Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte"*.

Por su parte, el artículo 40 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, establece al efecto que *"el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:*

- a) *Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.*
- b) *Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar."*

El mismo precepto, en su segundo apartado, añade que *"No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales."*

Respecto a la adopción y al régimen jurídico de estas medidas cautelares, el artículo 41 del RDC dispone que *"Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio."*

En cuanto a la vigencia de las medidas cautelares que se adopten, el mismo precepto dispone que *"5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento."*

Finalmente, el artículo 41 del RDC termina estableciendo que *"6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento."*

Por lo que respecta a los presupuestos o condiciones para la adopción de una medida cautelar, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia venía considerando que son los siguientes: (a) que se haya incoado por la Dirección de Investigación el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad); (b) que se aprecie prima facie en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho o

fumus boni iuris); (c) que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora o periculum in mora); (d) exista una propuesta de la Dirección de Investigación bien de oficio bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares; (e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); (f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); (g) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio); y, (h) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses (exigencia que no se contiene en la vigente LDC). (Véanse, por ejemplo, los Expedientes MC/006/12 Tanatorios de Coslada o MC/007/12 Criadores de Caballos).

Estos mismos criterios han sido asumidos por la Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/009/13, Colegio de Abogados de Alcalá de Henares y de Madrid; Resolución de 30 de abril de 2014, Expediente MC/DC/0001/14, Criadores de Caballos 2; Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/0008/13, Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos, entre otras).

SEGUNDO. Propuesta elevada y alegaciones.

El objeto de la presente resolución como pieza separada del expediente sancionador SANC 04/2014 MADRID CITY TOUR, es resolver sobre la base de la propuesta elevada por la Viceconsejería y a la luz de la normativa y la doctrina expuestas en el Fundamento Jurídico anterior, la procedencia de imponer medidas cautelares en el expediente anteriormente citado.

Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho 1 de esta Resolución, el denunciante solicita:

- la suspensión de todos los expedientes sancionadores incoados frente a las entidades JIMENEZ DORADO VIAJES, S.L.U y RJ AUTOCARES, S.L., por parte de la Inspección de Transportes de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid;
- la suspensión de todos los expedientes sancionadores incoados frente a las entidades JIMENEZ DORADO VIAJES SLU, y RJ AUTOCARES, S.L por parte del Excmo Ayuntamiento de Madrid y
- el cese de inspecciones reiteradas e injustificadas por parte de la Policía Municipal de Madrid al autobús turístico denominado BUSVISIÓN, con matrícula 4046- HRN.

Por su parte, la Viceconsejería, en su propuesta de 8 de junio de 2015, argumenta que la solicitud de adopción de medidas cautelares se refiere a actuaciones de las Administraciones Públicas (Comunidad de Madrid y Ayuntamiento de Madrid) que actúan en el ejercicio de sus potestades administrativas, por lo que no corresponde al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid entrar a valorar sobre si las citadas actuaciones a las que se refiere la petición de medidas cautelares son o no conformes a derecho, existiendo, además, cauces procedimentales y procesales al efecto, en vía administrativa y contencioso-administrativa respectivamente, susceptibles de trámite de propuesta y adopción de medidas cautelares. Añade además que los hechos denunciados referidos al Ayuntamiento de Madrid, han sido recurridos por la denunciante ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por todo ello propone la desestimación de las medidas cautelares solicitadas.

Igualmente, la Viceconsejería señala que el Acuerdo de incoación del expediente sancionador fechado el 21 de abril de 2015 identifica como presuntas responsables de las actuaciones de abuso de posición de dominio objeto de investigación a las mercantiles JULIA TRAVEL, S.A., AUTOMÓVILES LUARCA, S.A.U. y TRANSPORTES BACOMA. S.A.U., constitutivas de la UTE titular de la concesión municipal del servicio de transporte turístico denominado MADRID CITY TOUR, sujetos y objeto sobre el que el denunciante JIMENÉZ DORADO VIAJES, S.L.U, no solicita medida cautelar alguna.

En su escrito de alegaciones, de 13 de julio de 2015, la UTE JULIA-ALSA-BACOMA se adhiere a los argumentos expuestos por la Viceconsejería en su propuesta de 8 de junio de 2015, solicitando la desestimación de las medidas cautelares.

Por su parte, la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructura de la Comunidad de Madrid, en su escrito 13 de julio de 2015, igualmente entiende que no procede admitir las medidas cautelares solicitadas por la denunciante, por cuanto todas las actuaciones de inspección que en su día se realizaron respecto de los servicios ofertados por la empresa JIMENEZ DORADO VIAJES, S.L.U y prestados por la empresa de transportes RJ AUTOCARES, S.L. así como la incoación y resolución de los expedientes sancionadores que de las mismas resultaron, al constatarse incumplimientos a la normativa vigente en la materia de transportes, lo fueron en el ejercicio de las funciones que la Dirección General de Transportes tiene atribuidas y dado el tiempo transcurrido dichos expedientes sancionadores son firmes en vía administrativa.

TERCERO. Sobre los presupuestos para la adopción de la medida cautelar

Es doctrina consolidada que la adopción de las medidas cautelares prevista en el artículo 54 de la LDC requiere la coexistencia de dos requisitos: primero, la apariencia de buen derecho de las medidas propuestas (*fumus bonis iuris*); y

segundo, que de su no adopción se derive un daño al funcionamiento competitivo del mercado de imposible o muy difícil reparación (*periculum in mora*).

En el análisis de estos requisitos deben concurrir los siguientes presupuestos:

- En primer lugar, la aparente existencia de unos hechos que *prima facie* pueden ser subsumidos en una de las infracciones tipificadas por la Ley; de ahí que el artículo 54 exija la previa incoación de un expediente sancionador, que la DC sólo puede articular cuando se observan indicios racionales de conductas prohibidas.
- En segundo lugar, que exista *periculum in mora* en la no adopción de la medida cautelar propuesta, esto es, en palabras del legislador, que "*las medidas cautelares sean necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*".

A estos dos presupuestos sustantivos fundamentales de la institución cautelar, el ya mencionado artículo 40.2 RDC añade otro no menos importante relativo a que "*no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales*" (Vid. Resolución CNMC, MC 009/13, Colegio de Abogados de Alcalá de Henares y de Madrid).

Respecto a la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* basta que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas sean ciertas y constituyan una infracción de la LDC.

En el supuesto que nos ocupa, esta Sala de Competencia observa que las medidas cautelares solicitadas por el denunciante pretenden la suspensión de varios expedientes sancionadores incoados contra JIMENEZ DORADO VIAJES, S.L.U y RJ AUTOCARES, S.L, por parte de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento de la capital. Sin embargo, como señala la propia Viceconsejería que instruye el procedimiento sancionador donde se inscriben las presentes medidas cautelares, el Acuerdo de incoación del expediente sancionador fechado el 21 de abril de 2015 identifica como presuntas responsables de las actuaciones de abuso de posición de dominio objeto de investigación a las tres entidades mercantiles participantes de la UTE titular de la concesión municipal del servicio de transporte turístico denominado MADRID CITY TOUR, sobre cuya conducta no solicita JIMENÉZ DORADO VIAJES, S.L.U, la adopción de medida cautelar alguna.

Es cierto que la denuncia presentada por JIMENÉZ DORADO VIAJES, S.L.U, en enero de 2014 incluía entre los hechos denunciados determinadas actuaciones ejecutadas por las administraciones autonómica y municipal de Madrid (inspecciones y apertura de expedientes sancionadores) junto a las coacciones recibidas desde la UTE adjudicataria de la concesión municipal MADRID CITY

TOUR). Sin embargo, el órgano instructor, al incoar expediente sancionador únicamente contra las tres empresas participantes en la UTE por un presunto abuso de posición de dominio, ha considerado que sólo en la actuación de la UTE concesionaria se aprecian indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas que no alcanzan a las actuaciones administraciones denunciadas.

Por el contrario, en su propuesta relativa a la solicitud de medidas cautelares, la Viceconsejería subraya que dichas medidas se refieren a las actuaciones de las Administraciones Públicas denunciadas (Comunidad de Madrid y Ayuntamiento de Madrid) en ejercicio de sus competencia y que no corresponde al SDC de la Comunidad de Madrid valorar si las mismas fueron o no ajustados a Derecho, existiendo otros cauces procedimentales al efecto, en vía administrativa y contencioso administrativa, como demuestran los recursos presentados por el denunciante ante la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la actuaciones del Ayuntamiento de Madrid.

Como afirmó la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de marzo de 2008 *“la adopción de las medidas cautelares es independiente de la conclusión final que se adopte en relación con la efectiva realización de una conducta infractora, esto es, puede no concurrir el elemento subjetivo, puede no ser la conducta subsumible en el tipo infractor, puede ser autorizable, pero en todo caso, para adoptarlas, debe existir un expediente en el cual se investigan unos hechos que, prima facie, podrían ser constitutivos de infracción administrativa, y que los mismos podrían causar perjuicios en entidad suficiente y cuya continuación podría hacer ineficaz la Resolución que se dictase.*

Como esta Sala ha señalado en anteriores sentencias, no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción - que el Tribunal nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa -, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud de origen a un expediente para su esclarecimiento y calificación jurídica, y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la Resolución finalizadora del expediente, y de otra, causar perjuicios a posibles interesados”.

Si bien en el presente caso el SDC ha incoado un expediente en el cual se investigan unos hechos que, *prima facie*, podrían ser constitutivos de infracción administrativa, para su adecuado esclarecimiento y calificación jurídica, el órgano instructor ha limitado su investigación a las actuaciones realizadas por las entidades mercantiles participantes de la UTE titular de la concesión municipal del servicio de transporte turístico, sin incluir en el expediente sancionador la actuación administrativa del Ayuntamiento y Comunidad de Madrid denunciada por JIMENÉZ DORADO VIAJES, S.L.U.

Sin entrar a valorar en ningún caso el fondo de los hechos denunciados, que debe posponerse a la finalización de la instrucción, esta Sala de Competencia entiende que en este momento procesal no concurre el presupuesto del *fumus boni iuris* sobre las medidas cautelares solicitadas ya que el órgano instructor no ha encontrado indicios racionales de infracción de la LDC en la actuación de las administraciones públicas cuyos procedimientos sancionadores y de inspección se solicita suspender.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar las medidas cautelares propuestas por el denunciante.

Notifíquese esta Resolución a la Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid, y a la Dirección de Competencia 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.