



**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00083/2023

PONENTE: D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7035/2022

RECURRENTE: TRAVIESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAJEROS

S.L. Procurador: MARIA DE LOS ANGELES FERNANDEZ

RODRIGUEZ Letrado: JUAN MANUEL FERNANDEZ LOPEZ

ADMINISTRACION DEMANDADA: COMISION GALEGA DA COMPETENCIA

Procurador:

Letrado: ABOGACIA DE LA COMUNIDAD

CODEMANDADA: ALSA GRUPO S.L.; GRUPO MONBUS

Procurador: ANA TARTIERE LORENZO; ALEJANDRA LOPEZ NUÑEZ

Letrado: ALEXANDRE PICON FRANCO

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos Sres. e Ilma. Sra.:

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

CRISTINA MARIA PAZ EIROA

JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ

LUIS VILLARES NAVEIRA

MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

En A CORUÑA, a 10 de marzo de 2023.

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7035/2022 interpuesto por el Procurador D^a.MARIA DE LOS ANGELES FERNANDEZ RODRIGUEZ y dirigido por el Letrado D. JUAN MANUEL FERNANDEZ LOPEZ en nombre y representación de TRAVIESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAJEROS S.L. contra Resolución de 2/21 de la Comisión Galega da Competencia de 22 de octubre de 2021,

en el expediente IR 11/2020, IR 12/2020, IR 21/2020 e IR 7/2021 transporte de viajeros por carretera 2:UTES. Ha sido parte demandada COMISION GALEGA DA COMPETENCIA, representada por ABOGACIA DE LA COMUNIDAD. Comparece como parte codemandada ALSA GRUPO S.L.; GRUPO MONBUS, representadas por el PROCURADOR D^a. ANA TARTIERE LORENZO y D^a. ALEJANDRA LOPEZ NUÑEZ y dirigidas por el LETRADO D. ALEXANDRE PICON FRANCO.

Siendo PONENTE el Magistrado Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA.

HECHOS

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la/s parte/s recurrente/s para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución impugnada en este procedimiento.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la/s parte/s demandada/s, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la/s contestación/nes de la demanda.

TERCERO.- No habiéndose recibido el asunto a prueba y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 10 de marzo de 2023, fecha en la que tuvo lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Que la mercantil "TRAVIESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAJEROS S.L.", con domicilio social en Oleiros (A Coruña) interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Comisión Galega da Competencia de 22-10-21, en expediente de transporte de viajeros por carretera que acordó "archivar sin incoación de un procedimiento sancionador



las actuaciones desarrolladas en virtud de denuncias presentadas..., sin perjuicio de que la aparición de nueva información al respecto pudiera dar lugar a nuevas actuaciones y, en su caso, a una valoración diferente de los hechos "por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por parte de las empresas del Grupo Monbus y Alsa; pidiendo en la demanda que se declare su nulidad (art. 6.3 C.c.) por infringir los arts. 49, 50 y 36 LDC y los arts. 25 y 28 del Reglamento, en relación con el art. 1 LDC, al no incoar expediente sancionador, sin ni siquiera realizar comprobación de los hechos denunciados y acordar el archivo del expediente, existiendo indicios más que razonables de infracción de los citados preceptos y que se ordene devolver el E.A. a la CGC a fin de que incoe procedimiento sancionador contra Alsa y Monbus, y que se declare que Alsa y Monbus han podido infringir el art. 1 LDC al repartirse el mercado concurriendo al concurso público a través de UTEs por lo que deberá incoarse el procedimiento sancionador.

SEGUNDO.-Que las codemandadas Alsa y Monbus alegan la falta de legitimación activa ad causam de la actora, entendiendo que "Travieso" carece de interés legítimo para interponer el recurso cuando la demandante ha intervenido desde la denuncia aportando documentación y la Administración gallega se ha entendido con ella como una parte más del E.A., y no como simple denunciante, de lo que han tenido conocimiento las codemandadas; la legitimación de "Travieso" le viene, por un lado, de resultar afectada por la resolución impugnada que favorece a las empresas concertadas en UTEs (Alsa Grupo S.L. y empresas del Grupo Monbus, Rias Altas S.A., empresa Monforte S.A., Castromil S.A.) en contra de los intereses de aquellas a las que asesora y podría continuar haciéndolo en la ejecución de la adjudicación del concurso, teniendo un perjuicio económico directo y, además, como denunciante por su interés en que se desarrolle una actividad de investigación para comprobar si se ha producido una conducta irregular por parte de las adjudicatarias del concurso (Alsa-Monbus) y la administración adjudicante (DXM).

TERCERO.- Que en la implantación del Plan de Transporte Público de Galicia se tramita un proceso de adjudicación por vía de concurso público, procedimiento abierto, de varios contratos de servicio público de transporte por carretera, en su segunda fase, exp. 1/2020, para la contratación de 29 concesiones, en que se denuncian conductas anticompetitivas de Alsa y Monbus, que se presentan en UTE en 5 de los 29 lotes y en el resto a los que licitan con empresas locales, ni Monbus ni Alsa se presentan en el lote que lo hace su competidor;

concurrirán ambos grupos formando UTEs en la concesión XG-802, grupo Santiago de Compostela, XG-817, Eixo Atlántico e conexión con Lugo, Lalín e Fisterra, con anexos XG-848, Norte das Comarcas de Fisterra, Bergantiños e A Coruña, XG-871 Norte de la Comarca de Betanzos, sur de Ferrol e oeste da de Eume, xg-881, Leste da Comarca da Coruña, presentándose Alsa con empresas locales, sin presentarse Monbus en dos concesiones y Monbus con empresas locales sin que se presente Alsa en 14 concesiones, y ello sin precisar concurrir en UTE en los 5 con que lo hicieron, al ser los grupos empresariales de mayor dimensión con gran diferencia de los que se presentan al concurso, teniendo suficientes medios para concurrir individualmente, como hicieron en las 100 concesiones de la fase de 2019, exp. 1/2019 y, sin embargo, la LGC se limitó a solicitar documentación sin trata de comprobar el acuerdo expreso o tácito, incluso con la inspección que le autoriza la LDC, ni tampoco se comprueba porque en los otros no concurren en competencia, participando una u otra con pequeñas empresas locales, siendo harto difícil que dos empresas que participan en tal elevado número de lotes no coincidan en ninguno de ellos como competidores; en las que concurren como UTE ambas, cuatro de ellas ocupan los primeros puestos en cuanto a ingresos.

CUARTO.-Que el legislador ha previsto la información reservada en el procedimiento sancionador de la LDC encaminada a posibilitar la realización de inspección por sorpresa para obtener pruebas de conducta, autorizadas, imposibles sin el efecto sorpresa, pues los carteles son muy difíciles de detectar, pues al producir grandes beneficios se cuidan de mantenerlos secretos las importantes empresas que pretenden repartirse los mercados y establecer los precios, y el art. 50.1 LDC señala que la Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades (asi pues, no puede instruirse como información reservada) y el art. 49 LDC señala que el procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de la Investigación (Dirección de Competencia) por iniciativa propia, por iniciativa del CNMC o por denuncia, supuestos en que la DC incoará procedimiento, y, en el presente caso, hubo denuncia, no sólo de la actora, sino también de D.XXXX, la CIGA y varias anónimas, también el Reglamento señala la incoación por denuncia, que es diferente a la mera noticia, supuesto en que la DC puede iniciar una información reservada, que no puede sustituir a la incoación del expediente; y, en el presente caso la Subdirección General de Investigación de la CGC propuso al Pleno la no incoación de expediente y archivo, pese a demorar más de un año y nueve



meses la información reservada, resultando ineficiente su trabajo al dejar de investigar las cuestiones puestas de relieve por las denuncias, sin comprobar las mismas, pese a que el art. 36.1 LDC establece el plazo máximo de 18 meses para dictar resolución y notificarla y el Reglamento dispone (art. 28.4) que la instrucción debería hacerse en el plazo máximo de un año y la información reservada que la CGC ha mantenido durante 1 año y 9 meses, sin practicar ninguna diligencia, como inspecciones que podría realizar incluso en los domicilios particulares de los directivos de las empresas, supone quebrantar las disposiciones sobre DC, que supone, como señala la SAN, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1ª 17- 10-07 (Rec. 180/06) (citada en sus conclusiones por la recurrente), una utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas, hallándonos ante un supuesto de fraude de Ley del art. 6.4 C.c., así como en SAN, Sección 3ª 28-6-2018, Rec. 302/18; se evidencia la infracción de los preceptos de la LDC y su R. y con ello se ha incurrido en la prohibición del C.c., pues en definitiva, a pesar de las denuncias que dan cuenta a la CGC de las supuestas infracciones a la LDC, no se ha realizado comprobación de la comisión de los hechos y su afectación a la libre competencia en el mercado relevante, denunciada en la convocatoria del concurso público de transporte de viajeros, favorecer abiertamente a las empresas más grandes, en deterioro de la mayoría, de menor volumen impidiéndoles concurrir a los lotes de mayor envergadura y se denuncia a Alsa y Monbus de concurrir en los principales lotes como UTE, con el fin de repartirse el mercado infringiendo el art. 1.1 LDC, y concurren por separada, sin competir entre si, en otros lotes, práctica anticompetitiva.

QUINTO.- Que, así pues, la licitación en UTE por Alsa y Monbus en 5 lotes (4 de ellos los más importantes) no está justificada y responde a la conducta, prohibida, de repartirse el mercado toda vez que las UTEs resultan anticompetitivas, justificándose la colaboración entre varias empresas cuando, por su capacidad financiera o técnica, necesiten complementarse, mayormente cuando de la unión se deducen eficiencias para los consumidores, pero en este caso, en modo algún se acredita ni la necesidad ni los efectos beneficiosos que, en su caso, habrían de resultar en la tramitación del expediente y la CGC no analiza ni comprueba si la distribución de los lotes del 2.020 favorecen a ALSA y MONBUS, imposibilitando la concurrencia de las de menor entidad, ni si se falsea la libre competencia o se adecúa a las exigencias del mercado; la UTE, regulada por Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y UTE y de sociedades de desarrollo industrial regional, siendo un sistema de

colaboración entre empresarios por tiempo determinado para el desarrollo y ejecución de una obra, servicio o suministro, permitiendo en obras públicas emprender proyectos que en solitario no podrían realizar por dimensiones técnicas o financieras y de ahí que de las UTEs se ocupe la LCSP, siendo legales y necesarias para permitir mejor concurrencia en los contratos públicos, pero, por su propia naturaleza concertativa, se corre el riesgo de que se aproveche por algunos para repartirse el mercado o concertarse en materia de precios, infringiendo lo que prohíbe el art. 1 LDC, por lo que el art. 59 LCSP dispone que quedará excluido cualquier tipo de acuerdo que pueda ocasionar el efecto de impedir o falsear la libre competencia, estableciendo controles; y en el concurso de 2019 se presentan ALSA y MONBUS por separado y siendo el resto de concurrentes en el de 2020 de volumen inferior a ellos, procede investigar el porqué del cambio, así como si los lotes que presenta la DXM en la licitación del 2020 son acordes con todas las empresas o sólo con las dos grandes, haciendo los lotes de tales dimensiones que si siquiera MONBUS o ALSA podían acudir individualmente e imposibilitando que las otras empresas tengan capacidad técnica y financiera para concurrir; la CNMC para apreciar la legalidad de una UTE, o si contraviene la LDC, realiza el test de legalidad, enjuiciando la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia, sobre la base de su necesidad objetiva, apreciando que la infringe si las empresas tienen capacidad de presentarse a la licitación separadamente, obligando a analizar la capacidad técnica y financiera de cada una, efectuando un análisis caso por caso, estableciendo la CNMC la doctrina sobre infracción del art. 1 LDC en contratación pública, en Resoluciones de 29-9-2016, extp. 007/16, Agencias de Viaje, de 30-6-2016, exp. 019/14, Infraestructuras Ferroviarias, de 16-1-2015, expt. 0473/13, Postes de Hormigón; la S.T.S. de 15-3-2021, ratifica la s. del TSJ de Cataluña de 15-10-2019, que nada tiene que ver con el presente caso del CGC, pues en la de Cataluña se examina un supuesto de concurrencia en UTE de varias empresas que no cumplen individualmente con todas las exigencias del concurso público, pero que sumando sinergias consiguen poder presentar una oferta, pero en el de Galicia, se presentan en UTE las dos empresas de mayor nivel y tamaño económico, y cualquiera de ellas, por separado puede optar en mejores condiciones que el resto de las licitadoras a los lotes en que concurrieron en UTE y, además, participan en otros separadamente, pero evitando competir.

SEXTO.- Que el hecho de que ALSA Y MONBUS, hayan concurrido en UTE a 5 lotes (entre ellos, los 4 de mayor importancia económica y sin concurrir por separado a ninguno de los otros



24 lotes, no puede interpretarse, conforme a las reglas de la lógica y las pautas de la experiencia, como una "casualidad" (caso), sino que ha de considerarse como una "causalidad" (causa) de un acuerdo, previo, para aprovecharse, además, de que los pliegos permiten concurrir a todas las licitaciones y evitando la aplicación de la cláusula sobre máximas adjudicaciones, concurriendo en las otras con otros transportistas, lo que constituye, más que una fundada sospecha, un indicio racional y bastante de concierto para obtener una posición dominante, sino excluyente, del transporte público gallego precisando su investigación con la tramitación de un oportuno y procedente expediente sancionador.

SEPTIMO.- Conforme a lo establecido en el art. 139 LJCA se le imponen las costas a los demandados en la cuantía de 1.500 euros, además de los derechos de la Procuradora, al venir obligada la recurrente a comparecer representada por tal profesional (art. 23.2 LJCA).

VISTOS los artículos citados y demás de general pertinente aplicación,

FALLAMOS :

Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TRAVIESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAJEROS S.L., contra la Resolución del Pleno de la CGC de 22-10-21, en expt. IR 11/2020, IR 12/2020, IR 21/2020, IR 7/2021, Transporte de Viajeros por Carretera 2: UTEs, declarando su nulidad (art. 6.3.Cc) por infringir los arts. 36, 49 y 50 LDC y 25 y 28 RDC, en relación con el art. 1 LDC, al archivar sin incoar expediente sancionador las actuaciones desarrolladas en virtud de las denuncias presentadas, sin realizar la comprobación de los hechos denunciados, existiendo indicios racionales de infracción, ordenándose la devolución del E.A. a la CGC, a fin de que incoe expediente sancionador, contra las codemandadas, ALSA y MONBUS, por indicios de haber podido repartirse el mercado al concurrir al concurso a través de UTE; y al pago de las costas de los demandados según se establece en el último Fundamento Jurídico de esta resolución.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que la misma **no es firme**, y que contra ella, se podrá interponer **recurso de casación** establecido en el art. 86 y ss de la Ley 29/1998, de

13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su nueva modificación operada por la L.O. 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, por las personas y entidades a que se refiere el art. 89.1 de la Ley 29/1998, con observancia de los requisitos y dentro del plazo que en él se señala. Para admitir a trámite el recurso, al interponer deberá constituirse en la cuenta de depósito y consignaciones de este Tribunal **(1578-0000-85-7035-22-24)**, el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (BOE num. 266-de 4/11/09), y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.