



INFORME DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TVDC)

***EN RELACIÓN AL SISTEMA DE OTORGAMIENTO DE
AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS PARA EL TRASPORTE
REGULAR DE USO ESPECIAL***

Y

***A LA ACTUACION DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE
TRANSPORTES DE LA DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA EN
RELACIÓN A LA ASOCIACIÓN UNIVERSITARIA ALTUBE***

Expte. I-02/2011

Pleno

D. Joseba Andoni Bikandi Arana, Presidente

D. Juan Luis Crucelegui Gárate, Vicepresidente

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Vocal

D. José Antonio Sangroniz Otaegi, Secretario

En Vitoria-Gasteiz, a 8 de agosto de 2011.

El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC), con la composición arriba expresada y actuando como Ponente el Sr. Juan Luis Crucelegui Garate, ha adoptado el siguiente Informe, en respuesta al escrito presentado por la Asociación Universitaria Altube.

1. OBJETO DEL INFORME

1. El 16 de septiembre de 2010 tuvo entrada en este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante TVDC) un escrito presentado por la Asociación Universitaria Altube (en adelante Altube), a través del cual se ponía de manifiesto la existencia de un conflicto surgido en el transporte de estudiantes de la Asociación, como consecuencia de actuaciones



administrativas llevadas a efecto por la Dirección General de Transportes de la Diputación Foral de Bizkaia (en adelante DFB), que en a juicio de la Asociación no se ajustan a Derecho y provocan disfunciones en el normal funcionamiento de este transporte, afectando a la libre competencia en el sector. En este sentido solicita que se analicen los hechos denunciados y en su caso, se propongan las medidas necesarias para poner fin a dicha situación.

2. El 4 de octubre de 2010, se presentó ante el TVDC un nuevo escrito en el que reitera su preocupación por la pervivencia de unas prácticas realizadas por el Servicio de Transportes de la Diputación Foral de Bizkaia que entienden contrarias a la libre competencia, no ajustadas a Derecho y que inciden de forma inadmisiblemente en el ámbito de la libre contratación.
3. La Asociación Altube se dedica entre otras funciones a organizar transporte de viajeros por carretera para los estudiantes universitarios que diariamente se desplazan desde Vitoria-Gasteiz a las facultades situadas en Bilbao (Ingenieros, Empresariales, Deusto, Magisterio y Sarriko) y al campus de Leioa.
4. Altube denuncia la aplicación por parte de la Dirección General de Transportes de la DFB de un derecho de preferencia a favor de la compañía titular de la concesión para los servicios regulares de uso general (Autobuses La Unión S.A.), en relación con los denominados servicios especiales, privando a otras empresas de transportes y a sus clientes, como es el caso de Altube de su legítimo derecho a concertar contratos de transporte de viajeros en las mejores condiciones para ambas partes y basadas en las relaciones de confianza existentes.
5. Asimismo Altube denuncia una actuación abusiva de la Administración Foral al tratar de impedir a las empresas proveedoras durante más de 20 años de los servicios de transporte, la prestación de los servicios a la Asociación Altube al denegar de forma abusiva las autorizaciones, exigiendo documentación de forma exorbitante y llegando a invocar legislación derogada.
6. Las prácticas denunciadas por Altube se fundamentan en actos administrativos adoptados por la Dirección General de Transportes de la Diputación Foral de Bizkaia (DFB), institución competente en la gestión del transporte público interurbano de personas dentro del Territorio Histórico de Bizkaia. A juicio de la denunciante dichas prácticas consistentes en el establecimiento de criterios abusivos en la concesión de las autorizaciones que resultan indispensables para poder prestar servicios de transporte regular de carácter especial para estudiantes universitarios son susceptibles de restringir la competencia efectiva en el mercado.



7. El TVDC ha mantenido varias reuniones, separadamente, con los responsables de la Dirección General de Transportes de la Diputación Foral de Bizkaia, con los representantes de la Asociación Altube y con los responsables de las empresas de transporte implicadas, a fin de recabar la información necesaria y pertinente sobre los hechos denunciados.
8. Cabe señalar que en este asunto la DFB actúa en calidad de órgano regulador y no como un operador económico que ofrece o adquiere bienes o servicios en el mercado, por lo que no le serían de aplicación los artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
9. A la vista de las denuncias planteadas por la Asociación Altube y de la información obtenida por vía documental y de forma oral a través de las reuniones mantenidas con los representantes y los responsables de las partes interesadas, el TVDC estima conveniente realizar un informe a fin de analizar los hechos que han dado lugar al conflicto, determinar al alcance de los mismos y sus efectos en las condiciones de competencia que deben regir en el mercado, tomando en consideración la normativa que regula el sector de los transportes interurbanos por carretera y realizar las recomendaciones que estime convenientes para permitir un mejor funcionamiento de este mercado desde la perspectiva del interés general.

2. BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TVDC

10. Con carácter general cabe señalar la potestad como órgano consultivo atribuida por la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su Artículo 25 a la Comisión Nacional de Competencia (CNC). En particular el artículo 25 LDC dispone lo siguiente: *La Comisión Nacional de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia. En particular, podrá ser consultada en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios.*
11. Por su parte, el Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi¹, atribuye al Pleno del TVDC competencias consultivas en su artículo 6 que establece que corresponde al Pleno del Tribunal, entre otras funciones recogidas en esta disposición, la de “responder las consultas

¹ Modificado por Decreto 36/2008, de 4 de marzo. BOPV nº 54 de 17 de marzo de 2008.



que, en materia de defensa de la competencia, le sean formuladas por el Parlamento Vasco, el Gobierno Vasco, los distintos Departamentos del Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales, las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, otras Administraciones Públicas, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma”(artículo 6 h).

12. Entre las diferentes funciones que deben desempeñar las autoridades de competencia, el artículo 26 de la Ley 15/2007 señala las siguientes:
 - a. Artículo 26.1 c): realizar informes, en su caso con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales,
 - b. Artículo 26.1 e): dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados,
13. En virtud de esta normativa, el TVDC elaborará un informe para responder a la solicitud formulada por la Asociación Universitaria Altube y, en su caso, emitir las recomendaciones que resulten necesarias para reestablecer unas condiciones de competencia efectiva en el mercado. No obstante, de forma preliminar cabe manifestar que, en el ámbito de las funciones consultivas desempeñadas, el TVDC no puede adoptar decisiones para declarar si una práctica determinada llevada a cabo por operadores económicos es contraria a las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Para ello es preceptiva la apertura y la tramitación de un expediente sancionador a fin de que las partes puedan ejercitar de forma plena su derecho a la defensa y el Tribunal pueda analizar con todas las garantías la compatibilidad de las prácticas denunciadas con las reglas de la competencia.
14. El Tribunal considera que en la vertiente consultiva de su actividad debe responder a las cuestiones que le son planteadas siempre que éstas hagan referencia a aspectos generales relativos a conductas que tengan o puedan tener una repercusión en las condiciones del mercado o bien que puedan cuestionar los principios que sustentan el sistema de libre competencia.
15. Finalmente, cabe mencionar que con el fin de dotar de un mayor efecto útil a las recomendaciones emitidas por las autoridades de competencia a las Administraciones Públicas, en aras a reestablecer la competencia en el mercado, el artículo 12.3 y el artículo 13.2 de la Ley 15/2007, legitiman a la CNC y las autoridades autonómicas de competencia, respectivamente,



para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

3. EL MARCO REGULATORIO

16. **A nivel de la Unión Europea (UE)**, la actual regulación se basa en el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera, el Reglamento (CE) nº 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo y el Reglamento (CE) nº 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera.
17. El Reglamento 1370/2007 hace frente a la aplicación de procedimientos dispares en los diferentes Estados miembros, mejorando la seguridad jurídica e introduciendo una competencia regulada que permita a las autoridades competentes “garantizar la prestación de servicios más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar” (art. 1), todo ello con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo.
18. En el referido sentido, el Reglamento permite fijar tarifas máximas (art. 3) y limita la duración de los contratos de servicio público a un máximo de diez años (art. 4) para los contratos de servicio público de autobús o autocar, si bien a continuación establece la posibilidad de prorrogar dichos contratos durante, como máximo, la mitad del periodo original, si la concesión de dicha prórroga estuviese justificada por la amortización de los activos utilizados o por los costes derivados de una situación geográfica ultraperiférica. En casos de una inversión excepcional en infraestructuras y en aras de la amortización viable de la misma, el Reglamento abre la posibilidad a que existan contratos de duración mayor, sin especificar ningún límite. Para garantizar la transparencia en este último caso, la autoridad competente remitirá el contrato a la Comisión Europea en el plazo de un año tras la celebración del mismo con detalle de los elementos que justifican su mayor duración.
19. El Reglamento establece el principio general de acceso a las concesiones mediante licitaciones equitativas y la no discriminación entre licitadores. Este Reglamento entró en vigor en diciembre de 2009.



20. **A nivel estatal**, el marco regulador del transporte de viajeros por carretera está integrado básicamente por la LOTT 16/1987, de 30 de julio de 1987, desarrollada por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprobó su Reglamento (ROTT). Este marco regulador ha tenido diversas modificaciones, las últimas de las cuales se han introducido con la Ley 29/2003, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, que modifica la LOTT, y el Real Decreto 1225/2006, que modifica el ROTT para adaptarlo a la nueva redacción de la LOTT.
21. Estas modificaciones han venido presididas por las orientaciones marcadas en el Plan Estratégico para el Transporte de Mercancías por Carretera (PETRA) y el Plan de Líneas de Actuación para el Transporte en Autobús (PLATA), respectivamente aprobados en los años 2001 y 2002.
22. Para desarrollar cualquier actividad relacionada con el transporte público de viajeros por carretera se ha de obtener en primer lugar la condición de empresa autorizada de transporte y, adicionalmente, atendiendo al tipo de transporte que se preste, se requerirá disponer de título habilitante, y concesión o autorización administrativa.
23. Estas concesiones, que se otorgan a las empresas, son exclusivamente para servicios predeterminados de carácter lineal y pueden referirse a servicios que comunican ciudades localizadas en diferentes Comunidades Autónomas o a servicios que comunican ciudades dentro de una misma Comunidad Autónoma o servicios en el área metropolitana o urbana.
24. Los transportes públicos regulares, de uso general, de bajo índice de utilización, los regulares de uso especial y los regulares temporales deben ser objeto de autorización administrativa especial. Por su parte, los transportes públicos discrecionales de viajeros están sujetos al régimen jurídico de autorización administrativa.
25. Por otro lado, el transporte internacional de carácter discrecional está liberalizado, exigiéndose únicamente una licencia comunitaria y el de carácter regular no está definido como servicio público, por lo que no precisa de concesión para su prestación, pero sí del acuerdo de las condiciones de paso de los países por los que transcurre la línea.
26. Los plazos de las concesiones estatales según el artículo 72 de la LOTT se establecerán de acuerdo con las características y necesidades del servicio y atendiendo a los plazos de amortización de vehículos e instalaciones y no podrán ser inferiores a 6 años ni superiores a 15. En el artículo 67 ROTT se añade que esos plazos tendrán en cuenta el volumen de tráfico, el beneficio potencial y demás circunstancias que se desprendan del estudio económico de la explotación.



27. Cabe señalar no obstante, que uno de los aspectos que más dificultan o, directamente, impiden, la plena aplicación de los principios enunciados en el Reglamento 1370/2007 comunitario, es el persistente derecho de preferencia otorgado en la normativa interna en favor del vigente titular de la concesión a la hora de renovarla. Tal como está establecida en el art. 74.2 LOTT y desarrollada en el art. 73.3 ROTT, esta preferencia opera en caso de similitud de ofertas en el correspondiente concurso, considerándose como similares las ofertas cuya puntuación sólo difiere en un 5% del total puntuable. Resulta acreditado que este derecho desvirtúa el juego competitivo, disminuyendo decisivamente la expugnabilidad del vigente titular de la concesión y relajando las tensiones competitivas entre licitadores. La Comisión Nacional de Competencia ha señalado reiteradamente la necesidad de suprimir esta preferencia, así como la derivada de otros derechos de similar naturaleza que figuran en la LOTT, tanto antes como después de la entrada en vigor del mencionado Reglamento 1370/2007 en varios y sucesivos informes².
28. En lo que respecta a los transportes regulares de uso especial, la LOTT en su artículo 89 establece los principios que regirán en la concesión de autorizaciones administrativas en lo relativo al sistema de otorgamiento, su duración y extinción. El ROTT en los artículos 105 a 108 desarrolla estos principios de forma pormenorizada.
29. En particular, en el artículo 105.1 y .2 del ROTT se establecen los supuestos específicos en los que podrán autorizarse transportes regulares de uso especial.
30. El marco regulador en las **Comunidades Autónomas** no es uniforme. En ausencia de regulación propia, varias Comunidades Autónomas se rigen por la legislación estatal (LOTT), mientras que otras han establecido su correspondiente regulación. Así, las Comunidades Autónomas de Cataluña, Euskadi, La Rioja, Canarias, Castilla–La Mancha y Aragón han regulado mediante leyes propias tanto el transporte interurbano de ámbito autonómico como el urbano y/o metropolitano. Por su parte, las Comunidades Autónomas de Galicia, Andalucía, Navarra, Valencia, Madrid y Castilla- León han regulado por ley el transporte urbano y/o metropolitano. Las restantes, según la información disponible, no tienen legislación propia y se rigen por la LOTT como norma supletoria.

² Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España (2008).

IPN 08/2009 sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus (2009).

IPN 35/2010 sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (2010).

Informe de seguimiento del proceso de renovación de las concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús (2010).

IPN sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre (ROTT) para adaptarlo a la Directiva de Servicios (2010).



31. En todo caso, las Comunidades Autónomas siguen la estructura del modelo concesional, tal como se preveía en la regulación de la LOTT, pretendidamente general. No obstante hay que decir que este carácter general fue corregido por la STC 118/1996, de 27 de junio, que fija el criterio territorial como criterio de delimitación competencial en la materia, de manera que la Administración del Estado sólo tiene competencia para regular los transportes inter-autonómicos, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la regulación y ejecución de los transportes, tanto autonómicos como urbanos, que se desarrollen en el interior de su territorio.
32. Este criterio se modula en razón del título estatal sobre la legislación básica. de contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18ª CE). Así, determinadas previsiones de la LOTT sobre concesiones de servicios de transporte constituyen legislación básica: la fijación del sistema concesional y su carácter exclusivo, lo que alcanza a sus excepciones (art. 71.2, salvo inciso final, y art. 72.1, párrafo segundo), la potestad de modificación de las concesiones (art. 75.3, párrafo primero, LOTT) y la convalidación y el canje de títulos habilitantes (disposición transitoria segunda, apartado 5, y transitoria quinta, apartados 1, 4 y 9; si bien su régimen jurídico será el autonómico, si el transporte transcurre íntegra y exclusivamente por territorio intra-autonómico).
33. En la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Ley 4/2004. de 18 de marzo, de transporte de viajeros por carretera, regula el funcionamiento de un sector estratégico como es el de las comunicaciones por carretera, que se encuentra estrechamente vinculado al desarrollo económico y social.
34. En materia de transporte regular de uso especial la Ley 4/2004 prevé en el artículo 36 que el desarrollo del sistema de otorgamiento, duración, y extinción de las autorizaciones así como las condiciones de su utilización se realizará por vía reglamentaria. Este desarrollo reglamentario no ha tenido lugar hasta el momento, por lo que es preciso acudir a la normativa estatal que actúa como normativa supletoria.
35. En el referido sentido, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, procedió a regular en el artículo 89 los transportes regulares de viajeros de uso especial, señalando que únicamente podrán prestarse cuando se cuente con la correspondiente autorización especial para los mismos otorgada por la Administración.
36. Dicho precepto fue desarrollado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, regulándose en el artículo 108 el derecho de preferencia a favor de las empresas prestatarias de servicios regulares permanentes de transporte por carretera de viajeros de uso general para la realización de los citados servicios regulares de uso especial. Por otra parte, el Real Decreto 927/1998, de 14 de mayo, ha modificado el citado artículo 108, procediendo a limitar la aplicación del derecho de preferencia a determinados supuestos.



El RD 1225/2006, de 27 de octubre eliminó el derecho de preferencia de forma definitiva³.

37. Finalmente, cabe mencionar el Decreto 266/1998 del Gobierno Vasco, de 6 de octubre, *por el que se regula el derecho de preferencia para la prestación de los servicios regulares de transporte de viajeros por carretera de uso especial*, norma reglamentaria dictada por el Gobierno Vasco que regula el derecho de preferencia en el ámbito de la prestación de los servicios regulares de transporte de viajeros por carretera de uso especial. A través del mismo, la Administración competente puede conceder preferencia para la prestación de los servicios de transporte regular de uso especial a las empresas prestatarias de aquellos servicios permanentes de viajeros de uso general, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en su disposición primera.

4. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

A) ANTECEDENTES FÁCTICOS

38. La concesión administrativa de transporte regular de uso general Bilbao-Vitoria fue adjudicada a la empresa Autobuses La Unión S.A. Posteriormente (en 2008) dicha concesión administrativa ha sido ampliada hasta Leioa, a través del otorgamiento por parte del Departamento de Transportes de la Diputación Foral de Bizkaia del derecho de preferencia.

39. La Asociación Altube ha venido realizando el transporte regular de uso especial para estudiantes universitarios en los recorridos Vitoria-Gasteiz-Bilbao, Vitoria-Gasteiz-Leioa (Directo), y Vitoria-Gasteiz-Leioa (Pasando por Bilbao), con una frecuencia de horarios extensa y flexible.

40. Tras la ampliación de la concesión administrativa de transporte regular de uso general, surgieron importantes fricciones entre el concesionario de la línea regular de uso general (La Unión) y la Asociación Altube que realiza el transporte regular de uso especial con los citados recorridos. Ello desembocó en una condena judicial firme a La Unión por competencia desleal.

41. La Diputación Foral de Bizkaia, a través de su Departamento de Transportes, desde 2009 viene denegando a los transportistas contratados por la Asociación Altube la autorización administrativa especial para

³ La redacción actual del artículo 108 es la siguiente: “Las autorizaciones para la realización de transportes regulares de uso especial se otorgarán por el plazo al que se refiera el correspondiente contrato con los usuarios, sin perjuicio de que el órgano en cada caso competente pueda exigir su visado con una determinada periodicidad a fin de constatar el mantenimiento de las condiciones que justificaron su otorgamiento”.



desarrollar dichos recorridos. Así en el Curso universitario 2009-2010 existen actos administrativos denegatorios de solicitudes de autorización, y en el Curso 2010-2011 la Diputación Foral de Bizkaia archivó las solicitudes de autorización por defectos formales.

42. La argumentación vertida por la Diputación Foral de Bizkaia se sintetiza en dos ideas: 1) Aplicación del derecho de preferencia a favor de La Union para prestar el servicio de transporte en el recorrido Vitoria-Gasteiz -Leioa 2) Falta de acreditación en la solicitud de autorización de el requisito de grupo homogéneo y específico en todos los recorridos.
43. Las conductas que han sido denunciadas por Altube se refieren por tanto a la actuación de la Dirección General de Transportes de la Diputación Foral de Bizkaia en el otorgamiento de las autorizaciones para prestar servicios de transporte regular de viajeros de uso especial. En particular, son dos las conductas que se denuncian, por un lado la aplicación del principio de preferencia en favor del concesionario del transporte regular de uso general y, por otro, la interpretación restrictiva de la normativa aplicable que se está efectuando desde la administración foral para el otorgamiento de las autorizaciones que de forma imperativa deben obtener las empresas que prestan este transporte para estudiantes universitarios.

B) EL DERECHO DE PREFERENCIA

44. Los derechos de preferencia constituyen figuras muy controvertidas desde la perspectiva de la normativa de competencia porque suponen una quiebra de los principios de igualdad de acceso al mercado y de libertad de empresa. En el ámbito del transporte regular los derechos de preferencia que se establecen en determinados aspectos del funcionamiento del transporte constituyen un problema que las autoridades de competencia han denunciado de forma persistente⁴.

⁴ Ver al respecto el IPN 41/10 de la Comisión Nacional de Competencia, en el que se identifican tres derechos de preferencia y uno de tanteo, que se consideran fuertemente restrictivos de la competencia, y se solicita su supresión. Estos privilegios se refieren a los siguientes casos:

El derecho de preferencia a los concesionarios vigentes de servicios regulares permanentes de uso general en los concursos de su concesión

El derecho de preferencia a los concesionarios vigentes de servicios regulares permanentes de uso general para la obtención del servicio temporal coincidente en itinerario

El derecho de preferencia de los prestadores de servicios de transportes regulares temporales de viajeros cuando se decide la conversión de esos servicios en servicios regulares permanentes

El derecho de tanteo de los titulares de autorizaciones especiales para la prestación de servicios de transportes regulares permanentes de uso general cuando se decide que el servicio pase a prestarse mediante concesión

Más recientemente, el 15 de junio de 2011 la CNC ha hecho pública su posición en relación al proyecto de ley de modificación de la ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del



45. Este tipo de restricciones son especialmente perniciosas para la competencia, pues operan en mercados en los que se otorgan derechos exclusivos de explotación de concesiones administrativas, lo que supone que se otorgan monopolios a los concesionarios. En estos mercados, en los que, por tanto, no existe competencia una vez otorgado el título habilitante, la tensión competitiva se produce en la lucha por el mercado. Si, en estos casos, se favorece la permanencia del único operador existente, se tiende a perpetuar el monopolio, por lo que la libre competencia resulta gravemente dañada. Con frecuencia, además, los objetivos que persigue la atribución de dichas preferencias (premiar el buen desempeño de la concesión, establecer compensaciones por déficits de explotación...) se pueden conseguir de manera menos restrictiva de la competencia.
46. El problema objeto de análisis en este informe concierne al derecho de preferencia que se concede al titular de los servicios concesionales regulares de uso general sobre los servicios regulares de uso especial, que afecta a colectivos específicos como escolares, trabajadores, universitarios y colectivos similares.⁵ Existen argumentos a favor y en contra del mantenimiento de este tipo de derechos, pero desde la perspectiva del mantenimiento de un clima de competencia efectiva el TVDC estima que este derecho no se puede aplicar y ello en base a diversos motivos jurídicos.
47. Por un lado, el derecho de preferencia contraviene los principios de igualdad y de libre concurrencia en el acceso a la contratación pública consagrados en Ley 30/1997 de Contratos del Sector Público. Por otro lado, el mantenimiento de este derecho conculca frontalmente la normativa comunitaria y en particular los principios de concurrencia e igualdad de oportunidades en el otorgamiento de esta clase de contratos públicos definidos en el Reglamento UE 1370/2007 de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.
48. Asimismo, la aplicación del derecho de preferencia a favor del titular de la concesión, restringe el principio de libertad de empresa y, por ende, la libre competencia de forma contraria al interés general ya que impide a los interesados (personas físicas y jurídicas) poder contratar libremente con la empresa que le ofrece el mejor servicio en términos de calidad-precio. Sin perjuicio de las exigencias que las Administraciones Públicas puedan

Transporte terrestre (LOTT) en la que vuelve a solicitar la supresión de ciertos derechos de preferencia aún vigentes.

⁵ En la Ley 4/2004, de transporte de viajeros por carretera, se recoge un artículo 2 de definiciones en virtud del cual se dice que los transportes regulares pueden ser considerados de uso especial cuando “están destinados a servir exclusivamente a un grupo específico de usuarios, tales como estudiantes, escolares, trabajadores y colectivos similares”.



establecer en materias relativas a aspectos regulados por la normativa sectorial (relativas a la calidad, la seguridad, etc.), no hay un motivo justificado para obligar a un colectivo a contratar con una determinada empresa la prestación de este servicio.

49. A nivel estatal, la normativa aplicable a este tipo de servicios regulares de uso especial ha sufrido diversas modificaciones, de forma que hoy en día el derecho de preferencia ha sido suprimido. En particular, en su redacción original el ROTT (RD 1211/1990, de 28 de septiembre) preveía en su artículo 108 el derecho de preferencia de los servicios concesionales regulares de uso general sobre los regulares de uso especial. El RD 927/1998, de 14 de mayo, limitó su aplicación a casos específicos (en caso de servicios deficitarios). Finalmente, como ya se ha referido anteriormente, el RD 1225/2006, de 27 de octubre, eliminó el derecho de preferencia de forma definitiva.
50. En la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE), el transporte regular de viajeros por carretera se encuentra regulado por la Ley 4/2004, de 18 de marzo. No obstante, la falta de desarrollo reglamentario en materia de transporte regular de uso especial obliga a acudir a la normativa estatal cuya regulación se establece por la LOTT y el ROOT. No obstante es preciso mencionar el Decreto 266/1998, de 6 de octubre, del Gobierno Vasco, por el que se regula el derecho de preferencia para la prestación de los servicios regulares de transporte de viajeros por carretera de uso especial, de competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
51. A través del citado Decreto, la Administración competente (la Administración Foral) puede conceder preferencia para la prestación de los servicios de transporte regular de uso especial a las empresas prestatarias de aquellos servicios permanentes de viajeros de uso general, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en su artículo 1⁶.

⁶ Artículo 1.1.– No obstante lo previsto en el artículo 106 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, se concederá preferencia para la prestación de los servicios de uso especial a las empresas prestatarias de aquellos servicios permanentes de viajeros de uso general de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en los que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) Que el índice de ocupación anual de la totalidad del servicio regular de uso general sea inferior a 20 viajeros por vehículo y kilómetro y tenga autorizados tráficos que se atiendan en un itinerario que coincida al menos con un 75 por 100 del que haya de tener el de uso especial.
- b) Que justifique de forma individualizada, a través del oportuno expediente, la necesidad de incluir el servicio de uso especial con la finalidad de hacer rentable globalmente la explotación de la totalidad del servicio regular de uso general, siempre que el servicio de uso general tenga tráficos autorizados que se atiendan en un itinerario coincidente al menos con un 25 por 100 del que haya de tener el servicio de uso especial.

La apreciación de las anteriores condiciones corresponderá a la Diputación Foral correspondiente, debiendo aportar la empresa prestataria del servicio de uso general la correspondiente documentación acreditativa, junto con aquella que, en su caso, le sea, a tal efecto, solicitada.



52. Como ya ha sido puesto de manifiesto en este informe, los derechos de preferencia son contrarios a la normativa comunitaria (el Reglamento (CE) 1370/2007) y además conculcan los principios fundamentales de igualdad de acceso al mercado y de libertad de empresa que son promovidos por la Ley de Contratos del Sector Público y por la Ley de Defensa de la Competencia. El derecho de preferencia que se preveía inicialmente en la LOTT y el ROTT para el acceso al transporte regular de uso especial ha sido progresivamente recortado y finalmente suprimido (2006).
53. El TVDC considera que el Decreto 266/1998 es contrario a normas de rango superior y consecuentemente la simple vigencia de dicha normativa reglamentaria autonómica no es argumento válido para que la Administración Pública la aplique de forma automática. Por el contrario, no debe desconocerse la posición preeminente que el Reglamento comunitario ocupa en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico del Estado. Asimismo resulta bien conocido que en la aplicación de los reglamentos comunitarios juegan los principios de primacía del derecho comunitario y del efecto directo. En este sentido, los poderes públicos (Gobierno Vasco, Diputaciones Forales y Ayuntamientos) deben dejar inaplicada dicha norma reglamentaria autonómica, ya que supone una manifiesta vulneración del ordenamiento jurídico comunitario y genera, con su aplicación, actos administrativos nulos de pleno derecho.
54. El reconocimiento del derecho de preferencia, además ser contrario a la normativa comunitaria, vulnera la Ley de Contratos del Sector Público, al conceder a favor del concesionario de transporte regular de uso general un derecho no previsto inicialmente, al margen de cualquier procedimiento público y transparente.
55. Consecuentemente, este Tribunal considera que el derecho de preferencia regulado en el Decreto 266/1998 no puede ser aplicado por las Autoridades Públicas competentes (en este caso por la DFB), en el otorgamiento de las autorizaciones necesarias para la prestación de servicios de transporte regular de uso especial.

2.- No obstante, aun cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en este artículo, no existirá derecho de preferencia a favor de la empresa prestataria del servicio de uso general cuando alguna de las expediciones se desarrolle en zona de influencia de poblaciones de más de 50.000 habitantes hasta las mismas distancias reguladas en el artículo 65.1.a) del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, o que los servicios de uso especial respecto a los que se produzca la coincidencia se desarrollen entre capitales de provincia.



C) LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TRANSPORTE REGULAR DE USO ESPECIAL: CRITERIOS PARA SU OTORGAMIENTO

56. El segundo motivo de denuncia que plantea Altube en relación a la actuación de la administración foral tiene relación con el otorgamiento de las autorizaciones para prestar el servicio de transporte regular para uso especial de estudiantes universitarios.
57. En este sentido, cabe señalar que la normativa vasca no ha desarrollado reglamentariamente los criterios a seguir para el otorgamiento de estas autorizaciones, por lo que es preciso acudir a la normativa estatal que, como se ha significado anteriormente, resulta aplicable como normativa supletoria.
58. Los artículos 105 a 108 del ROTT regulan los transportes regulares de uso especial. En particular, el artículo 105 establece lo siguiente: **“1. Los transportes regulares de uso especial, salvo lo dispuesto en el punto siguiente, sólo podrán autorizarse por la Administración cuando los grupos homogéneos y específicos de usuarios a los que vayan a servir tengan un único centro concreto de actividad común (colegio, fábrica, cuartel u otro similar), en el que el transporte tenga su origen o destino, sin que resulte suficiente el ejercicio de una actividad común y el origen o destino en una única población. 2. No obstante lo previsto en el punto anterior, podrán autorizarse servicios de uso especial aun existiendo varios centros de actividad en los que el transporte tenga su origen o destino, cuando por su carácter de establecimientos de la misma Empresa o de similar actividad, unido en su caso a la inmediata proximidad geográfica o a otras circunstancias concurrentes, quede en todo caso garantizado que van a servir a un grupo homogéneo y específico de usuarios, cualitativamente diferentes de los de servicios de uso general. A tal efecto, en el procedimiento de otorgamiento de la primera autorización para tales servicios deberá informar el Consejo Nacional de Transportes Terrestres y el Comité Nacional del Transporte por Carretera u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas”.**
59. Altube denuncia la interpretación que la administración foral está realizando en torno a esta disposición del ROTT. El funcionamiento del transporte organizado por esta asociación para los estudiantes universitarios que diariamente se trasladan de Vitoria-Gasteiz a Bilbao y de Vitoria-Gasteiz a Leioa, se está viendo alterado como consecuencia de la falta de obtención de las preceptivas autorizaciones administrativas durante los últimos ejercicios.



60. Obviamente, los transportistas que prestan el servicio deben estar en posesión de estas autorizaciones administrativas para no incurrir en infracciones administrativas que dan lugar a sanciones económicas e incluso a la inmovilización de los autocares, como ha ocurrido en una ocasión durante el pasado mes de junio.
61. De las informaciones obtenidas por el Tribunal se puede constatar que la DFB considera que el funcionamiento del transporte organizado por Altube no se ajusta a las condiciones que se establecen en el artículo 105 del ROTT y consecuentemente desde el ejercicio 2009-2010 ha decidido no conceder las autorizaciones solicitadas para la prestación del servicio.
62. En concreto, siguiendo lo dispuesto en el artículo 105.1 del ROTT, la DFB considera que no se puede considerar a todos los estudiantes universitarios como un grupo homogéneo y específico, sino que es preciso tomar en consideración como referencia fundamental el destino al que se dirigen. Así si bien en el caso de los universitarios que cursan estudios en Leioa tendrían la consideración de grupo homogéneo y específico, pues todas las facultades se concentran en el mismo recinto o campus, en el caso de los estudiantes que se dirigen a Bilbao (Ingenieros, Escuela de Empresariales de Elkano, Deusto, Sarriko y Magisterio) no se puede mantener el mismo criterio ya que los destinos son diferentes, al no estar todas las facultades concentradas en un mismo recinto, a pesar de lo dispuesto en el artículo 105.2 del ROTT que prevé dicha circunstancia.
63. Por otro lado, la DFB está en desacuerdo con las frecuencias horarias establecidas por Altube y con la multiplicidad de paradas que realizan los autocares tanto en Vitoria-Gasteiz como en Bilbao, llegando a afirmar que algunas de las paradas que realizan no tienen relación con los destinos inicialmente previstos (las facultades universitarias). Asimismo, muestra discordancia con los trayectos y recorridos que efectúan los autocares, los cuales en ocasiones se dirigen al destino Leioa pasando previamente por todas las paradas de Bilbao o bien cuando regresan desde Leioa a Vitoria-Gasteiz pasan también de forma previa por Bilbao.
64. Es lo cierto que la DFB es el órgano competente para aplicar la normativa de transportes en el Territorio Histórico de Bizkaia y en este sentido puede interpretar la normativa aplicable de la forma más coherente para la consecución de los fines establecidos en ella. Sin embargo, en la aplicación de esta normativa es preciso asimismo tomar en consideración el principio de libertad de empresa y la normativa de competencia a fin de no obstaculizar de forma innecesaria el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.
65. Desde la perspectiva del respecto al principio de libertad de empresa y con el objeto de promover un funcionamiento eficiente de los mercados, este Tribunal considera que en aquellos supuestos en que una regulación



establece determinadas limitaciones para el acceso a un mercado, el ejercicio o la prestación de un servicio, las disposiciones limitativas de la libertad de empresa deben ser interpretadas de forma estricta, a fin de que la competencia se no se vea alterada en una medida contraria al interés general.

66. El sector del transporte de viajeros por carretera se encuentra regulado de manera extensa e intensa a través de un prolijo conjunto de disposiciones que limitan el acceso y el ejercicio de esta profesión. Sin ánimo de entrar a valorar en este informe la pertinencia o la adecuación de la regulación existente con las normas de competencia, cabe señalar que en todo caso es preciso que las restricciones a la competencia que establezcan las autoridades competentes sean necesarias y proporcionales al objetivo perseguido.
67. Este tipo de restricciones son aún más nocivas para la competencia en mercados en los que se otorgan derechos exclusivos de explotación de concesiones administrativas, lo que supone que se otorgan monopolios a los concesionarios. En estos mercados, en los que, por tanto, no existe competencia una vez otorgado el título habilitante, la tensión competitiva se produce en la lucha por el mercado. Si, en estos casos, se favorece la permanencia del único operador existente, se tiende a perpetuar el monopolio, por lo que la libre competencia resulta gravemente dañada.
68. La existencia de una competencia, aunque sea parcial, al titular de la concesión del transporte regular de uso general, que básicamente se puede desarrollar a través del transporte regular de uso especial, no sólo es conveniente para permitir a otras empresas poder acceder y prestar servicios en el mercado, sino que es imprescindible para que exista un nivel de competencia en este mercado. Por otro lado, la teoría económica y la práctica acumulada demuestran que el mantenimiento de un nivel de competencia en cualquier mercado incide directamente en la calidad del servicio y en los precios, lo que obviamente redundará positivamente en el bienestar del usuario y del consumidor.
69. Por todo ello, el Tribunal considera que el artículo 105 del ROTT debe ser interpretado en su conjunto (puntos 1 y 2) en el sentido más amplio para permitir a las compañías de transportes prestar servicios a colectivos específicos y homogéneos sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.
70. En relación a la definición de grupo específico y homogéneo el Tribunal considera que al igual que los estudiantes que se dirigen de Vitoria-Gasteiz a Leioa, los estudiantes universitarios que se trasladan desde Vitoria-



Gasteiz a Bilbao son un grupo específico y homogéneo en consideración al artículo 105.2 del ROTT.⁷

71. En relación a los recorridos y a las paradas el ROTT otorga a las autoridades de aplicación cierto margen de discrecionalidad que debe ser utilizado en el sentido más beneficioso para el interés general. El Tribunal propone que se admitan dos líneas o recorridos: una línea Vitoria-Gasteiz-Leioa para estudiantes que cursen sus estudios en dicho campus; y otra línea Vitoria-Gasteiz-Bilbao para estudiantes que cursen estudios en la ciudad, con independencia del lugar geográfico en la que se ubique su centro. Obviamente en esta segunda línea los autocares podrán realizar tantas paradas como centros o facultades universitarias a las que se dirijan.
72. Finalmente, en relación a las frecuencias horarias, la Asociación deberá establecer una frecuencia horaria razonable que se justifique objetivamente en base a los horarios de entrada y de salida de los estudiantes universitarios. Obviamente, lo razonable no es fijar horarios a la carta sino establecer horarios que objetivamente garanticen la asistencia a las clases y el regreso a su lugar de origen con un margen de tiempo razonable. El Tribunal no puede proponer frecuencias horarias concretas ya que desconoce las necesidades reales de los estudiantes universitarios, pero estima que una frecuencia de seis horarios de ida y seis de vuelta podría ser razonable.

5. PROPUESTAS DEL TVDC PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA

73. En suma, a la vista del contenido de este informe, el TVDC, en virtud de las facultades que le son conferidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y en concreto por el artículo 26.1, quiere dirigir a la Dirección General de Transportes de la DFB una serie de recomendaciones tendentes a eliminar determinadas restricciones a la competencia, surgidas como consecuencia de la aplicación del artículo 105 del ROTT, que afecta de forma particular al transporte regular de uso especial organizado por la Asociación Altube para estudiantes universitarios que se desplazan desde Vitoria-Gasteiz a Leioa y a Bilbao.

⁷ En particular cuando establece que “podrán autorizarse servicios de uso especial aun existiendo varios centros de actividad en los que el transporte tenga su origen o destino, cuando por su carácter de establecimientos de la misma Empresa o de similar actividad, unido en su caso a la inmediata proximidad geográfica o a otras circunstancias concurrentes, quede en todo caso garantizado que van a servir a un grupo homogéneo y específico de usuarios, cualitativamente diferentes de los de, servicios de uso general”



RECOMENDACIONES

74. **PRIMERA.-** En el otorgamiento de autorizaciones para el transporte regular de uso especial, el derecho de preferencia regulado en el Decreto 266/1998 no puede ser aplicado por las Autoridades Públicas competentes, consecuentemente la DFB no puede denegar el otorgamiento de una autorización en virtud de lo establecido en dicho Decreto.
75. **SEGUNDA.-** La interpretación del artículo 105 del ROTT debe ser realizada en su conjunto, de forma que se facilite y favorezca el acceso de las empresas a este mercado. En este sentido, debe considerarse como grupo específico y homogéneo a los estudiantes universitarios que se desplazan desde Vitoria-Gasteiz a Leioa y asimismo a los estudiantes universitarios que se desplazan desde Vitoria-Gasteiz a Bilbao, con independencia del centro o facultad universitaria a la que se dirijan.
76. **TERCERA.-** Las frecuencias horarias, los trayectos de los autocares y las paradas que se propongan por Altube deberán atender de forma razonable a las necesidades de los estudiantes universitarios y, una vez autorizadas por la DFB, deberán ser respetadas de manera estricta.

En Vitoria-Gasteiz, a 8 de Agosto de 2011.