



Roj: **AAP B 4469/2019 - ECLI:ES:APB:2019:4469A**

Id Cendoj: **08019370152019200126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **02/07/2019**

Nº de Recurso: **306/2019**

Nº de Resolución: **135/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120198001981

Recurso de apelación 306/2019-2ª

Materia: Medidas cautelares

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona

Procedimiento de origen: Medidas cautelares previas (art. 727) 276/2019

Parte recurrente/Solicitante: EASYPARK ESPAÑA S.L.U

Procurador/a: Rafael Ros Fernandez

Abogado/a: Alvaro Iza Moreno

Parte recurrida: BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A

Procurador/a: Javier Segura Zariquiey

Abogado/a: Mercè Piñol Arnal

Cuestiones: Defensa de la competencia. Abuso posición de dominio. Negativa a contratar y trato discriminatorio. Medidas cautelares desestimadas sin audiencia del demandado en primera instancia y audiencia del demandado en segunda instancia.

Auto núm. 135/2019

Composición del tribunal:

Luis Rodriguez Vega

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

MANUEL DIAZ MUYOR

Barcelona, a dos de julio de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Easypark España SLU

Parte apelada: Barcelona Seveis Municipals SA (BSM)

Resolución recurrida: Auto

- Fecha: 28 de enero de 2019



- Parte demandante: Easypark España SLU
- Parte demandada: Barcelona Seveis Municipals SA (BSM)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente: "Se DENIEGA LA ADOPCIÓN INAUDITA PARTE de las medidas cautelares interesadas por EASYPARK ESPAÑA, S.L.U. Sin imposición de costas".

SEGUNDO. Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que acordó señalar una vista, para oír a la demandada, y retrasar día para votación y fallo al mismo día 20 de junio de 2019.

Ponente: magistrado Luis Rodriguez Vega.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. Con fecha de 25 de enero de 2019 Easypark España S.L.U. (en adelante, Easypark), presentó solicitud de medidas cautelares inaudita parte previas a la presentación de la correspondiente demanda por infracción del artículo 2 LDC , frente a Barcelona De Serveis Municipal. S.A. (en adelante, BSM), al amparo de los artículos 2 LDC y 102 TFUE , y 721 y siguientes LEC , solicitando:

i) Se acuerde que BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. no lance la Plataforma Metropolitana hasta que haya integrado a EASYPARK ESPAÑA S.L.U en la misma;

ii) Se acuerde que BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. debe integrar cautelarmente a EASYPARK ESPAÑA S.L.U. en la Plataforma Metropolitana en el menor tiempo posible, y en todo caso antes de un plazo máximo de un mes desde la adopción de las medidas cautelares, en los mismos términos y condiciones que el resto de operadores hasta que se dicte sentencia en la que se estime que BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. abusó de posición de dominio en contravención de los artículos 2 LDC y 102 TFUE ;

iii) Se acuerde que BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. no debe desconectar a EASYPARK ESPAÑA S.L.U. de la Plataforma Barcelona hasta que no se le haya integrado cautelarmente en la Plataforma Metropolitana en conformidad con los SUPPLICOS anteriores; y finalmente

iv) Se condene a BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. al pago de las costas judiciales en conformidad con el artículo 394 LEC .

2. El auto, sin dar audiencia al demandado, desestimó las medidas. Resumidamente, la juez de primera instancia considera que BSM no actúa como operador sino que actúa como entidad reguladora del mercado de servicios de cobro mediante tecnología de aplicación móvil en áreas de estacionamiento regulado en el término municipal de Barcelona, en desarrollo de las potestades cedidas por este (en este caso, la gestión de las zonas de área de estacionamiento regulado de la ciudad de Barcelona en nombre y por cuenta del Ayuntamiento):

<<En el presente caso, BSM parece que actúa como ente licitador o regulador [por cuenta del Ayuntamiento y en el ejercicio de sus potestades administrativas] , no como operador en el mercado de servicios de cobro mediante tecnología de aplicación móvil en áreas de estacionamiento regulado. El diseño del procedimiento, en su caso, podría ser susceptible de generar barreras de entrada, pero no sería constitutivo de una infracción del artículo 2 de la LDC >>.

El auto añade que:

<<Las anteriores consideraciones deben mantenerse a pesar de que BSM es titular de una o varias aplicaciones que permiten el pago del aparcamiento regulado. Así, aunque esto puede suponer que BSM participa en este mercado como competidor además de como regulador, la parte actora no llega a afirmar en ningún momento que las aplicaciones de BSM tengan una cuota de mercado que determine que ostenta una posición dominante en dicho mercado. De hecho, la parte actora ni siquiera indica cuál podría ser esta cuota de mercado. Tampoco se afirma en ningún momento que BSM haya podido abusar de su posición en el mercado como operador económico. Como se ha indicado, las alegaciones de la parte actora se refieren, exclusivamente, a pretendidos abusos en su condición de licitador o regulador, no de competidor>>.



3. La actora recurre la decisión e insiste en los argumentos expuestos en su demanda, frente a los que se opone BSM negando la existencia de un mercado de gestión de estacionamiento regulado y, por lo tanto, que BSM ocupe posición de dominio alguno. Lo que, a su juicio, hace BSM es regular las condiciones en las que se desarrolla el segundo mercado de medios de pago del estacionamiento regulado. La actora en su recurso modificó parcialmente sus pretensiones cautelares en el siguiente sentido:

(i) Integrar cautelarmente a EASYPARK ESPAÑA S.L.U. en la Plataforma Metropolitana en el menor tiempo posible, y en todo caso antes de un plazo máximo de un mes desde la adopción de la medida cautelar, en los mismos términos y condiciones que el resto de operadores hasta que el Juzgado de lo Mercantil nº 11 determine en sentencia si BSM abusó de su posición de dominio infringiendo los artículos 2 LDC y 102 TFUE ; y, entre tanto,

(ii) reconecte a EASYPARK ESPAÑA S.L.U. a la Plataforma Barcelona hasta que no se le haya integrado cautelarmente en la Plataforma Metropolitana para garantizar la continuidad de sus servicios y evitar la monopolización del mercado por parte de BSM.

(iii) se condene a BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. al pago de las costas judiciales en conformidad con el artículo 394 LEC .

SEGUNDO. Hechos relevantes.

4. Para resolver sobre las presentes medidas hemos de partir de los hechos alegados por la actora y justificados documentalmente que no han sido contradichos por la demandada. Pero en todo caso, queremos remarcar, desde el inicio de esta resolución, la provisionalidad de esta valoración al tratarse de medida cautelar (art. 728.2 LEC).

5. Con esas prevenciones partimos de los hechos recogidos en la resolución de primera instancia, que no han sido contradichos en la vista por BSM, con independencia de discutir las valoraciones derivadas de los mismos:

A.- BSM es una sociedad mercantil de derecho privado participada íntegramente por el Ayuntamiento de Barcelona.

A.1. En el año 1984, el Ayuntamiento de Barcelona le encomendó la gestión del estacionamiento regulado en la ciudad de Barcelona.

A.2. En el año 2002 BSM adoptó su configuración y denominación actual con el objetivo de unificar en una sociedad mercantil la prestación de todas las actividades municipales, incluida la gestión del aparcamiento regulado.

A.3. Para llevar a cabo la gestión del aparcamiento regulado en la ciudad de Barcelona BSM gestiona la conocida como AREA, implantada en el año 2005. AREA cuenta con una unidad operativa que le permite verificar el estacionamiento y pago del aparcamiento regulado e imponer sanciones en caso de incumplimiento.

B.- Por su parte, EASYPARK es la filial española de la start-up tecnológica EASYPARK A/S.

B.1. El grupo EASYPARK presta servicios de tecnología móvil de valor añadido en todo el mundo. A través de su aplicación, los usuarios de smartphones pueden llegar, buscar y pagar su aparcamiento a través de su teléfono móvil.

B.2. El objeto social de EASYPARK (anteriormente PARK SMART SOLUTIONS, S.L. hasta el cambio de denominación social operado el 1 de diciembre de 2015) consiste en proporcionar servicios tecnológicos de valor añadido ligados a la digitalización de la movilidad del vehículo, considerados como servicios de movilidad inteligente para las ciudades.

B.3.- PARK SMART SOLUTIONS, S.L. era titular y tenía la propiedad intelectual de un sistema de pago mediante móvil denominado IPARKING.

C.- En el año 2014, y en el marco de su gestión de la zona de aparcamiento regulado AREA, BSM desarrolló una plataforma tecnológica a través de la cual se pudieran prestar servicios para que los usuarios de la ciudad de Barcelona que lo quisieran pudieran pagar el estacionamiento regulado a través de aplicaciones móviles en lugar de en los parquímetros (en adelante, la **Plataforma Barcelona**).

C.1. BSM también desarrolló tres aplicaciones móviles propias para prestar sus servicios en ella, Apparkb, AreaDUM y Residents. Apparkb permite a los usuarios pagar las zonas azules y verdes.

C.2 BSM diseñó la Plataforma Barcelona de manera que fuese indispensable acceder a la misma para prestar los servicios en Barcelona, y de tal forma que permitiese a cualquier operador tercero acceder a la misma para prestar sus servicios en régimen de libre competencia con las aplicaciones BSM.

D.- Con fecha de 2 de abril de 2014, BSM y PARK SMART SOLUTIONS, S.L. firmaron un contrato cuyo objeto consistía en regular las condiciones por las cuales a través del sistema operado por IPARKING mediante dispositivos móviles, se podrá realizar el pago de estacionamiento a las zonas del área de la ciudad de Barcelona, en el marco de las condiciones relativas al sistema de pago a través del servicio Apparkb

D.1. Conforme a la cláusula segunda del contrato "Este contrato entrará en vigor en la fecha de su firma y mantendrá la vigencia durante 4 años. Llegada la fecha de la finalización del término de vigencia, el contrato se podrá prorrogar por un periodo equivalente a dos años, de mutuo acuerdo entre las partes".

E.- Con fecha 20 de septiembre de 2016, BSM remitió comunicación a EASYPARK informándole de que (documento número 12):

- La vigencia del contrato de fecha 2 de abril de 2014, finaliza el 2 de abril de 2018.

- El contrato se firmó con la finalidad de facilitar a los usuarios del Área la utilización del pago por móvil de la tasa de aparcamiento.

- En este sentido, en fecha 13 de mayo de 2015, **el Área Metropolitana de Barcelona, la Diputación de Barcelona, y el Ayuntamiento de Barcelona van a firmar un acuerdo en el marco del proyecto AMU para impulsar y facilitar el uso del teléfono móvil como medio de pago de las zonas reguladas de aparcamiento de todos los municipios de la demarcación de Barcelona** (en adelante, **Plataforma Metropolitana**).

- Por tanto, las empresas que tengan o desarrollen esta tecnología deberán ponerse en contacto con el Ayuntamiento que operen para poder participar en la citada Plataforma.

- Por otra parte, comunicarle que el contrato que tiene firmado con BSM ha sido objeto de denuncia por otras empresas que operan el pago por móvil alegando una competencia desleal, dado que BSM por los motivos expuestos anteriormente no tiene ningún contrato con la misma finalidad que el suyo con otra sociedad no es voluntad de BSM renovar su contrato en la fecha de vencimiento, es por eso que le informamos de los pasos a seguir para poder operar mediante la plataforma que desarrolla el Área Metropolitana de Barcelona.

F.- Con fecha de 4 de junio de 2017, BSM ofreció **mediante licitación pública** el contrato de los servicios de desarrollo, implantación, migración, puesta en marcha, formación y apoyo a la operación de la Plataforma "Dónde aparcar por minutos" o **Plataforma Metropolitana** .

F.1. Con fecha de 6 de septiembre de 2017, y durante el periodo en el que se estaba llevando a cabo el procedimiento de contratación pública, EASYPARK contactó con BSM con el objetivo de que ésta suspendiera el concurso público hasta que no se le dieran garantías suficientes de que la creación de la Plataforma Metropolitana no restringiría la competencia.

F.2. El día 23 de octubre de 2017 BSM contestó a EASYPARK indicándole en síntesis, lo siguiente:

- Se ha de reconocer y facilitar la existencia de un mercado de cobro del estacionamiento regulado al que puedan acceder empresas privadas.

- Los operadores públicos pueden actuar en el mercado de gestión del cobro, actuación que es ejercicio de su potestad de cobro de las tasas.

- Los operadores públicos han de actuar de manera equitativa con los diferentes operadores privados.

- El acceso de los operadores privados a este mercado se puede condicionar a la obtención de una autorización reglada y no contingentada. Una autorización además de carácter funcional, que puede exigir unas condiciones de solvencia y capacidad técnica y establecer mecanismo de control y seguimiento.

F.3. Con fecha de 15 de marzo de 2018, EASYPARK presentó ante la Autoridad Catalana de la Competencia un escrito de denuncia contra el ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA, contra **BSM** y, subsidiariamente contra el Ayuntamiento de Barcelona, por la realización de presuntas prácticas prohibidas por el art. 1 y /o 2 del a LDC , relativas a la convocatoria de la licitación para la prestación del servicio de desarrollo, implantación, migración, puesta en marcha, formación y apoyo a la operación de la **Plataforma " Dónde aparcar por minutos" o Plataforma Metropolitana**.

F.4. Con fecha de 9 de abril de 2018, BSM comunica a EASYPARK que próximamente publicará una licitación para la obtención de licencia para operar en el mercado de cobro de estacionamiento regulado.



F.5. Con fecha de 30 de noviembre de 2018, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, ACCO), dictó Resolución por la que acordó la no incoación de un procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción de la competencia por parte de AMB, BSM y el Ayuntamiento de Barcelona.

En su Fundamento de Derecho Tercero indica que "(...) el concurso aquí objeto de debate no puede ser considerado a priori como una conducta anticompetitiva, **dado que, según resulta del Pliego de Prescripciones Técnicas que lo rige, se establece que el adjudicatario del concurso tiene que desarrollar una plataforma que debe estar preparada para trabajar con varias aplicaciones de gestión del pago del estacionamiento, es decir, el diseño de dicho concurso prevé que la referida plataforma tiene que permitir que varias aplicaciones informáticas ofrezcan el servicio de pago del estacionamiento regulado** . En efecto, y como resulta del PPT se prevé la opción multioperador, en la cual una multiplicidad de operadores debe poder concurrir bajo las normas de la libre competencia para poder ofrecer el servicio.

(...) Además debe significarse que **el hecho de que BSM disponga de aplicaciones propias para el pago del estacionamiento mediante móvil tampoco implica, a priori, una infracción de las normas de competencia, siempre, claro está, que todas las apps, tanto las de titularidad municipal como las privadas, puedan competir en igualdad de condiciones** . De manera que, ni el sistema para seleccionar las diferentes apps podrá comportar restricciones a la competencia, ni BSM podrá dispensar un trato no equitativo a los diferentes operadores (...).

F.6. Con fecha de 20 de abril de 2018, BSM informó a EASYPARK de que tras conversaciones con la ACCO no desconectaría a EASYPARK de la Plataforma Barcelona a pesar de que el contrato hubiera expirado, y de que la situación de precario se mantendría hasta la inminente apertura de una nueva licitación.

G.- A finales de julio de 2018 se inició la citada licitación publicándose su "Pliego de requerimientos relativa a la autorización de terceras partes en relación a la incorporación de las mismas como sistema de pago del estacionamiento regulado en superficie".

G.1. En la cláusula dos se establecía que "se autorizará a **cuatro operadores** que obtengan la mejor puntuación".

G.2. Dicho pliego fue objeto de cuatro rondas de preguntas. En la tercera ronda se respondió que **habrá 5 aplicaciones entre las cuales se incluirá la aplicación pública BSM más 4 adicionales autorizadas a operar** .

G.3. A principios de noviembre de 2018 BSM publicó las puntuaciones finales de la licitación. **Ocho operadores obtuvieron la máxima puntuación, operadores entre los que no se encontraba EASYPARK** , que obtuvo una puntuación menor.

G.4. BSM resolvió el empate entre esos ocho operadores mediante la **celebración de un sorteo** , que se celebró el 21 de noviembre de 2018 resultando agraciadas las siguientes sociedades: INTEGRA PARKING SOLUTIONS, S.L., EL PARKING INTERNET S.L.U., BIP AND DRIVE, S.A., PARKCLICK, S.L., a las que **se autorizó con fecha de 30 de noviembre de 2018 como sistemas de pago del estacionamiento regulado en superficie** .

H.- Con fecha de 16 de noviembre de 2018 EASYPARK interpuso una nueva denuncia contra BSM ante ACCO solicitando que garantice la continuidad del servicio por EASYPARK y la libre competencia en el mercado relevante.

I.- El día 14 de enero de 2019 EASYPARK se reunió con BSM. Sin embargo, BSM no dio respuesta a ninguno de los dos puntos clave de la reunión:

- El día de comienzo efectivo del funcionamiento de la Plataforma Metropolitana.

- Cuándo se daría respuesta a la petición de EASYPARK de que se admita el informe de equivalencia TIER 4, que supondría una puntuación superior para EASYPARK.

J.- El día 23 de enero de 2019, le fue notificada a EASYPARK carta de BSM por la cual se le informa de que el día **29 de enero de 2019** , a las 20:00 horas se dará por finalizada la integración de su aplicación de pago en el servicio de estacionamiento regulado en la ciudad de Barcelona.

K.- El día **25 de enero de 2019** , EASYPARK presentó solicitud de medidas cautelares inaudita parte previas a la presentación de la correspondiente demanda de infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE .

TERCERO. El mercado relevante.

6. Según la actora, el mercado relevante o de referencia en este proceso es el **mercado de servicios de cobro mediante tecnología de aplicación móvil en áreas de estacionamiento regulado en el área metropolitana de Barcelona** . Se trata de un mercado complementario pero diferente del **mercado de gestión de áreas de estacionamiento regulado** . Como hemos dicho, por una parte, BSM tiene la encomienda por el Ayuntamiento



de Barcelona la gestión de las zonas de estacionamiento regulado en Barcelona, lo que incluye las zonas azul y verde de esta Ciudad. Pero, por otra parte, ha desarrollado una plataforma para prestar dicho servicio de pago en las zonas de estacionamiento regulado del área metropolitana de Barcelona.

7. La demandada BSM acepta que el mercado referencia del producto (servicios) es el señalado por la actora, mercado de servicios de cobro mediante tecnología de aplicación móvil en áreas de estacionamiento regulado, y el mercado geográfico es el del área metropolitana de Barcelona, pero niega que BSM tenga posición de dominio en el mercado primario de gestión de áreas de estacionamiento regulado de Barcelona, puesto que niega que existan dos mercados. Es decir, BSM niega que exista un mercado de gestión de áreas de estacionamiento regulada, y, por tanto, que BSM ostente posición de dominio alguna. Lo que según la demandada hace BSM es gestionar las competencias municipales en materia de gestión de área de estacionamiento regulado.

8. No podemos compartir esa posición, al menos con los datos que tenemos hasta este momento, por varios motivos. **En primer lugar**, el Tribunal Catalán de la Competencia (TCCA) de la Autoridad Catalana de la competencia (ACCO), en su resolución de 30 de noviembre de 2018, en relación a servicios a los que nos estamos refiriendo, diferencia entre el servicio del pago del establecimiento regulado y el servicio de gestión del establecimiento regulado. **En segundo lugar**, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en su resolución de 28 de febrero de 2019 (Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID) diferencia entre el **mercado del estacionamiento regulado y el mercado de pago del estacionamiento regulado**. Para lo cual, se basa en la propuesta de Dirección General de Economía y Política Financiera de la Comunidad de Madrid (DGEPF), órgano que asumía en ese momento la competencia autonómica para la instrucción de los expedientes por prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio (LDC), que a su vez se basó en una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 10 de enero de 2010 (expediente c-0201/09, Interparking /Metropark). En esta última resolución se distingue entre dos mercados, el de gestión de zonas de estacionamientos regulado (ORA) y el de explotación de aparcamiento de rotación. Respecto del primero decía que:

<<Por su parte, en el caso del establecimiento regulado en superficie el conductor obtiene el derecho a aparcar en la vía pública (por un periodo corto y limitado de tiempo) y la obligación de satisfacer una tasa establecida por ello, no siendo el vehículo objeto de prestación de servicio alguno de vigilancia o custodia>>

Así pues, según dichas resoluciones, el establecimiento regulado constituye un mercado en el que se ofrecen y se demandan plazas de aparcamiento por un determinado precio (tasa) y en condiciones reguladas por el Ayuntamiento correspondiente en el ejercicio de sus competencias administrativas. La gestión de ese mercado se ha encomendado en exclusiva por el Ayuntamiento de Barcelona a BSM, por lo ésta tiene una indudable posición de dominio en dicho mercado, puesto que es la única entidad que ofrece dichos servicios.

El hecho que en Madrid las sociedades que gestionan el mismo mercado sean cuatro pone de manifiesto que efectivamente existe un mercado, que puede ser gestionado, según el diseño del Ayuntamiento correspondiente, por una o más compañías.

Por lo tanto, de forma provisional, podemos concluir que existen dos mercados conexos, y en el primero, el de gestión del estacionamiento regulado en Barcelona, BSM ocupa una posición dominante.

CUARTO.- BSM está sujeta al derecho de la competencia.

9. El art. 2 de la LCD establece que "queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional". Dicha regulación se aplica a "cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación". Véase párrafo 21 de la Sentencia del TJUE (Sala Sexta) Asunto C-41/90, Klaus Höfner y Fritz Eiser v. Macrotron GmbH, de 23 de abril de 1991.

10. El auto rechaza la solicitud de las medidas cautelares al entender que BSM es una sociedad pública a través de la cual el Ayuntamiento de Barcelona ejerce sus competencias y sus prerrogativas públicas, por lo que los actos denunciados no están sometidos a las prohibiciones de las normas concurrenciales.

11. Con los datos que tenemos en este momento, no podemos compartir ese planteamiento. En primer lugar, con carácter general es indudable que toda la Administración Pública en su actuación está sometida a la Ley (art. 103.1 CE). Entre dichas normas están las que regulan la competencia en el mercado, por lo tanto, la Administración está sometida en su actuación a la LDC. En segundo lugar, el art. 2.3 LDC establece que "la prohibición prevista en el presente artículo (abuso de posición dominante) se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal". En tercer lugar, conforme lo dispuesto en el art. 4.1 LDC, solo otra Ley puede excluir la aplicación de la Ley



de Defensa de la Competencia, cosa perfectamente lógica, y siempre a salvo de las normas comunitarias. En su apartado segundo, el citado art. 4 añade que "las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal". Por lo tanto, parece claro que el mero hecho que una empresa pública actué por subrogación en potestades administrativas municipales no excluye a priori el análisis de su conducta desde el punto de vista concurrencial, habrá que ver si tiene una habilitación legal (no reglamentaria) para actuar como lo hace. En cuarto lugar, la DA 4º LDC establece que "a efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación" En este sentido, la STS de 14 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013: 3139 , FJ séptimo) dijo que "no implica (...) que los actos administrativos de las Administraciones Públicas o las disposiciones generales de rango inferior a la ley puedan restringir la competencia.. Si la restringen (y, obviamente, siempre que no estén respaldados por la "exención legal" antes analizada) aquellos actos y disposiciones serán **ilícitos** , en la medida en que se encuentran sujetos a las prohibiciones generales del capítulo primero ("conductas prohibidas") del Título I de la Ley 15/2007". Con los datos que tenemos, creemos que BSM, al gestionar el establecimiento regulado ejerce una actividad económica al intervenir ofreciendo plazas de aparcamiento, en las condiciones que establecen las ordenanzas municipales, a los conductores que demandan dichas plazas, a cambio de una tasa. Pero es que además, BSM interviene indudablemente como operador en el mercado de medios de pagos de dichos estacionamientos regulados con sus propias aplicaciones, es decir, se encuentra en una posición difícilmente compatible con la de un regulador neutral, ya que regula pero también compete.

12. Si no fueran suficientes estos motivos, también hay que tener presente que la demandada es una sociedad anónima, aunque participada por el Ayuntamiento, que ha de acomodar su actuación a las normas de derecho privado, tal y como señala el art. 89.1 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. En segundo lugar, la ACCO, como hemos visto, en su resolución no ha excluido del control concurrencial a BSM por no considerarla una empresa a estos efectos. En tercer lugar, la citada resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 (expte SAMAD/03/16, Estacionamiento regulado Ayuntamiento de Madrid) aclara que "en todo caso, las concesionarias que disponen de una explotación en exclusiva en el mercado de estacionamiento regulado del municipio de Madrid, quedan sometidas a las prohibiciones de LCD (pag. 33). En cuarto lugar, las propias condiciones de licitación fijadas por BSM para participar en la Plataforma Metropolitana excluyen la aplicación de las normas de contratos del sector público, por lo que su actuación queda sujeta a la normas de derechos privado.

13. Por último, los juzgados mercantiles son competentes, conforme lo establecido en el art. 86 ter 2, f) LOPJ , para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia, sin diferencia quien sea el presunto responsable, particular o Administración Pública.

QUINTO.- Abuso de posición de dominio y apariencia de buen derecho.

14. Aparentemente, BSM tiene una posición de dominio en el mercado de gestión de áreas de estacionamiento regulado, del que depende el mercado relevante. Esa posición le ha permitido excluir de la plataforma metropolitana a la actora Easypark, primero, limitando aparentemente de forma injustificada el número de operadores que puedan prestar sus servicios, y, dado un trato de favor a sus propias aplicaciones para prestar el servicio de pago, que no han tenido que licitar. Las explicaciones de BSM sobre la existencia de un informe técnico son sencillamente insuficientes. Es comprensible que la incorporación a la Plataforma Metropolitana se haga de forma progresiva, pero eso no parece que justifique que se limite el número de licitadores a cuatro. Prueba de ello es que BSM, en contra de las condiciones de la licitación, pretende incorporar a la Plataforma Metropolitana en septiembre a las compañías que quedaron fuera del concurso (otras cuatro), según manifestaron sus representantes en el acto de la vista. Por todo ello, entendemos, de forma provisional, que dichas conductas podrían estar prohibidas por los art. 2. 2 a) y d) LDC .

SEXTO.- Peligro en la demora y fianza .

15. La actora venía prestando sus servicios en el Ayuntamiento de Barcelona, por lo que su exclusión de la actividad puede ocasionarle graves perjuicios. Entendemos que, en este momento, lo lógico es mantener la situación que se daba en el momento en que se solicitaron las medidas.

16. Creemos que la incorporación cautelar de Easypark a la Plataforma Metropolitana, es suficiente para garantizar sus derechos, ya que la apertura de la Plataforma Barcelona, que ha sido sustituida, podría ser especialmente complejo, pero a cambio reducimos el tiempo que se concede a BSM para que dé acceso a Easypark a la Plataforma Metropolitana.

17. Para ejecutar las medidas cautelares solicitadas, la actora ha de prestar una fianza de 30.000 euros, para responder de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar.



SEPTIMO. Costas.

18. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Easypark España SLU contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 11 de Barcelona de fecha 28 de enero de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca, y en consecuencia, se estiman las medidas cautelares y se acuerda que el Juzgado de lo Mercantil ejecute las siguientes medidas, siempre que la actora presente fianza en la cantidad de 30.000 euros:

A) BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS S.A. deberá integrar cautelarmente a EASYPARK ESPAÑA S.L.U. en la Plataforma Metropolitana en el menor tiempo posible, y en todo caso antes de un plazo máximo de quince días desde que se le requiera en primera instancia, en los mismos términos y condiciones que el resto de operadores hasta que se dicte sentencia.

B) No procede hacer especial imposición de las costas del recurso y las de primera instancia deberán ser sufragadas por la parte que deba de asumirlas en el pleito principal.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno, pero la misma quedará sin efecto si la actora no presenta su demanda en el plazo de veinte días hábiles a contar desde la notificación de la presente resolución.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal.