



**AUDIENCIA NACIONAL**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección : 006**  
**MADRID**

PO535 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y ST. CASACION RESUELTA

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2007 0003524  
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000188 /2007**  
Recurrente: FERROCARRIL DE SOLLER, S.A. Y OTRO

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

Adjunto tengo el honor de devolver expediente administrativo que venía surtiendo efectos en el recurso contencioso-administrativo seguido en esta Sala con el número del margen a instancia de FERROCARRIL DE SOLLER, S.A. Y OTRO contra resolución de ese Ministerio de fecha 3 de Abril de 2007.

Al mismo tiempo y para que se lleve a puro y debido efecto lo en ella acordado conforme a lo dispuesto en el Art. 104 de la Ley de la Jurisdicción, se remite también copia de la resolución que, con fecha 6 de marzo de 2012 dictó la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra la dictada por esta Sala, debiendo acusar recibo.

En MADRID, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

**EL SECRETARIO JUDICIAL**

**FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ**



**COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**  
**ENTRADA**

**RegOf: 4614 / RG 4614**  
**24/05/2012 10:24:53**

**COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

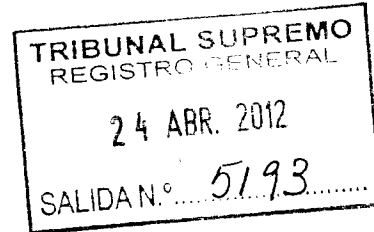


NIG: 28079 13 3 2009 0001479  
NÚMERO ORIGEN: 0000188 /2007  
ÓRGANO ORIGEN: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6 de MADRID

C0141

Núm. Secretaría: 331/09-C

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA TERCERA  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**



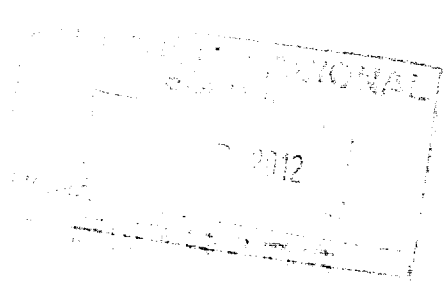
SECCIÓN: 003  
SECRETARÍA JUDICIAL:  
RECURSO NÚM. 8 / 803 / 2009  
RECURRENTE: FERROCARRIL DE SOLLER SA

ILMO. SR.

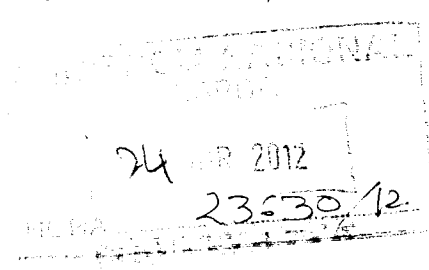
En el recurso contencioso-administrativo al margen referenciado, se ha acordado remitirle el presente, al que se acompaña testimonio de la resolución recaída a fin de que se proceda a su ejecución junto con las actuaciones y el expediente administrativo, interesándole acuse de recibo en el plazo de diez días.

En Madrid, a 17 de Abril de 2012.

LA SECRETARIA JUDICIAL



ILMO. SR. PRESIDENTE DE AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6 de MADRID



**RECURSO CASACION Num.: 803/2009**

**Votación: 21/02/2012**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Campos Sánchez-Bordona**

**Secretaría Sr./Sra.: Sección 003**

**Ilmo. Sr. D. Fernando Canillas Carnicero**

Dña. M<sup>o</sup> Teresa Barrié Roche, Secretario de la Sección Tercera de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**CERTIFICADO:** Que por la expresada Sala se ha dictado la siguiente:

## SENTENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Pedro José Yagüe Gil**

**Magistrados:**

**D. Manuel Campos Sánchez-Bordona**

**D. Eduardo Espín Templado**

**D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza**

**D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech**

---

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 803/2009 interpuesto por "FERROCARRIL DE SÓLLER, S.A.", representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Gloria Messa Teichman, contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2008 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 188/2007, sobre prácticas restrictivas

de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** "Ferrocarril de Sóller, S.A." y D. Francisco Javier Mayol Mundo interpusieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 188/2007 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2007, recaída en el expediente 611/06, que acordó:

"Primero.- Declarar que Ferrocarril de Sóller, S.A. ha incurrido en un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la práctica -realizada desde su posición de concesionaria en exclusiva de la línea de ferrocarril de servicio público Palma-Sóller-Puerto de Sóller- de subordinar la obtención de plazas en horarios preferentes en el ferrocarril de Sóller, que cubre el tramo en tren de la excursión 'Vuelta a la Isla', a la contratación del tramo en barco de dicha excursión intermodal con 'Excursiones marítimas Puerto de Sóller S.L.' (Barcos Azules).

Segundo.- Imponer las siguientes multas:

- A Ferrocarril de Sóller S.A. una multa de 318.365 euros.
- A D. Francisco Javier Mayol Mundo una multa de 6.000 euros.

Tercero.- Intimar a Ferrocarril de Sóller, S.A. y a D. Francisco Javier Mayol Mundo para que en el futuro se abstengan de las prácticas por las que han sido sancionados.

Cuarto.- Ordenar conjuntamente a Ferrocarril de Sóller S.A. y a D. Francisco Javier Mayol Mundo la publicación, a su costa, y en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado, y en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro de la Isla de Palma de Mallorca. En caso de incumplimiento se impondrá a la empresa sancionada una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Quinto.- D. Francisco Javier Mayol Mundo justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

Sexto.- Ferrocarril de Sóller S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

Séptimo.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución."

**Segundo.-** En su escrito de demanda, de 24 de septiembre de 2007, alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron que se "anule la resolución recurrida por no existir prácticas prohibidas imputables a mi representada, no siendo ajustado a Derecho tanto el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia en que así se declara, como las medidas que adopta en relación con las mismas, ni la sanción impuesta; y subsidiariamente, anule el acto sancionador por infracción de los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, con expresa imposición en costas a la parte recurrida".

**Tercero.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 27 de noviembre de 2007, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

**Cuarto.-** Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 12 de diciembre de 2007 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Ferrocarril de Sóller S.A. y Francisco Javier Mayol Mundo contra el Acuerdo dictado el día 3 de abril de 2007 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por su conformidad a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

**Quinto.-** Con fecha 23 de marzo de 2009 "Ferrocarril de Sóller, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 803/2009 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por "infracción de los artículos 9 y 24 CE y del artículo 43 LDC y del artículo 138 Ley 30/1992 y de la jurisprudencia aplicable".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 6 LDC, así como la jurisprudencia relativa a la aplicación del citado artículo 6 LDC".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 4 LRJPAC y artículo 51 LDC, así como de la jurisprudencia constitucional, en particular la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989".

Cuarto: al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia "infracción del art. 24 CE y de la jurisprudencia aplicable".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 130 y 131 LRJPAC y artículo 10 LDC, así como de la jurisprudencia".

**Sexto.-** Por escrito de 15 de septiembre de 2009 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

**Séptimo.-** Por providencia de 2 de noviembre de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 21 de febrero de 2012 siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA**, Magistrado de la Sala

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 3 de noviembre de 2008, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Ferrocarril de Sóller, S.A." y D. Francisco Javier Mayol Mundo contra la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 3 de abril de 2007 en un expediente sancionador incoado tras la denuncia presentada el 29 de julio de 2004 contra la sociedad "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L." ("Barcos Azules") por la empresa "Tramontana, S.A.", competidora de aquélla.

El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que "Ferrocarril de Sóller, S.A". había incurrido en un abuso de posición dominante en cuanto autora de una "práctica -realizada desde su posición de concesionaria en exclusiva de la línea de ferrocarril de servicio público Palma-Sóller-Puerto de Sóller- de subordinar la obtención de plazas en horarios preferentes en el ferrocarril de Sóller, que cubre el tramo en tren de la excursión 'Vuelta a la Isla', a la contratación del tramo en barco de dicha excursión intermodal con 'Excursiones marítimas Puerto de Sóller S.L.' (Barcos Azules)".

A esta resolución llegó el Tribunal apartándose (sobre la base del artículo 43 de Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia) del informe-propuesta realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia pues éste había imputado a dos entidades diferenciadas ("Ferrocarril de Sóller, S.A.", por un lado, y "Barcos Azules" por otro) la autoría de una conducta concertada prohibida por el artículo 1.1 de aquella Ley. Para el Tribunal, por el contrario, ambas empresas conformaban "una unidad económica o de dirección", factor que destruía "la bilateralidad de voluntades materialmente autónoma que exige la prohibición de acuerdos del art. 1.1 LDC", de modo que la conducta enjuiciada constituía un abuso de la posición de dominio que una de ellas ostentaba. El Servicio mantuvo en todo momento, también en el acto de la vista ante el Tribunal, la bilateralidad de la conducta pues, a su juicio, "las participaciones cruzadas no eran por sí solas suficientes para atribuir unidad de dirección, ni existen precedentes comunitarios o nacionales que así lo afirmen."

La decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia iba acompañada del voto particular de unos de sus Vocales quien, por un lado, criticaba la utilización que se había hecho en el expediente sancionador del artículo 43 de la Ley 16/1989; y en cuanto al fondo, sostenía que no se había acreditado la existencia de una unidad de dirección económica entre las dos sociedades ni la conducta de la sancionada podía calificarse como abuso de posición de dominio.

**Segundo.-** La Sala de instancia tuvo como probados los hechos "declarados como tales por la resolución impugnada", de los que resaltó los siguientes:

"[...] Tramontana, S.A. es una empresa dedicada a la organización de transporte de viajeros por vía marítima a lo largo de la costa norte de Mallorca y a la realización de excursiones turísticas, comercializadas tanto por medio de agencias de viaje y touroperadores como a pie de la embarcación a clientes sin reserva. Desde junio de 2005, Tramontana está participada por dos empresas presentes en el transporte discrecional y regular de viajeros en autobús de la Isla: Transunión Mallorca, S.L. y Autocares Comas que compraron una parte del capital social de Tramontana. Estas empresas están también presentes de forma directa o indirecta en el mercado de agencias de viajes (Viajes San Francisco, Viajes Simpatía y Transacobo). En septiembre de 2005, Tramontana se transformó en Sociedad Limitada.

Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules) es una empresa que realiza excursiones marítimas por la costa norte de Mallorca, siendo su objeto social el transporte marítimo de viajeros, la realización de excursiones marítimas, el arrendamiento de embarcaciones y el charter náutico. Estas excursiones parten o acaban en el Puerto de Sóller. En el año 2005 facturó 1.201.259 €. Su capital social está repartido entre los hermanos Francisco Javier, Oscar y Santiago (31,45% cada uno) y Carmen Mayol Mundo (5,6%). Además, los dos primeros son los administradores solidarios de la sociedad, por acuerdo de la Junta General de 19/01/2002.

Ferrocarril de Sóller, S.A. es una empresa fundada en 1905 que posee la explotación en exclusiva de la concesión administrativa del servicio público de la línea ferroviaria Palma-Sóller-Puerto de Sóller, otorgada en 1908 con efectos de 1911 por 100 años, y renovada sin concurso hasta el año 2055 por Resolución del Director General de Obras Públicas y Transporte del Gobierno de las Islas Baleares de 30 de agosto de 2005 por otros 50 desde la fecha de publicación de la Resolución (BOIB núm. 133, de 08-09-2005). El tren o ferrocarril de Sóller consiste en un tren de vía estrecha desde la ciudad de Palma de Mallorca a la localidad de Sóller (27,3 Km.), y en un tranvía desde esta localidad al Puerto de Sóller (4,9 Km.). La concesión obliga a ofertar un mínimo de 4



frecuencias/trayectos diarios (transporte regular) a un horario y precio autorizado por el Gobierno balear, pudiendo la concesionaria establecer otras frecuencias/trayectos con precio libre (transporte discrecional). Los horarios de estos viajes discrecionales en mayo 2006 eran: 9,55; 10,20; 15,10; 16,10; 16,40 y 17,10; y en los meses de junio y julio de 2006 fueron: 9,55; 10,20; 15,10; 15,40; 16,10; 16,40 y 17,10. El volumen de ingresos en 2005 ascendió a 6.367.309 €.

Ferrocarril de Sóller constituyó en 2004 la sociedad 'Tren de Sóller, SAU' (de la que es socio único y administrador único), con el objeto de poder llevar a cabo actividades complementarias a la explotación de la concesión y completamente desafectadas de la misma. Tren de Sóller es titular del 80% del capital social de 'Vall de Sóller Services, S.L.', correspondiendo el 20% restante a Barcos Azules. Francisco Mayol es administrador único de Vall de Sóller, que tiene por actividad la prestación de servicios turísticos en la Isla; entre otros, la oferta de excursiones tanto a agencias como al público, en cuya realización participan sus accionistas.

En 1996 Tramontana y Barcos Azules decidieron crear 'Creuers de Sóller, S.L.', entidad participada al 50% por las dos mencionadas, cuyo objeto social es el transporte marítimo de viajeros y la realización de excursiones marítimas. Dicha entidad fue creada para gestionar las ventas directas de excursiones marítimas a particulares sin reserva previa, ventas que realizaban en el propio Puerto de Sóller Tramontana y Barcos Azules. Los clientes que contratasen la excursión a través de Creuers de Sóller utilizarían indistintamente las barcas de Tramontana o las de Barcos Azules, y los beneficios de dicha entidad se repartirían al 50%.

El área de Sóller es un enclave de gran interés turístico, y su recorrido es uno de los productos estrella ofrecido por casi todas las agencias de viajes y mayoristas que operan en la Isla de Mallorca. Entre esos productos turísticos ofertados se encuentra la excursión marítima intermodal 'Vuelta a la Isla'.

Se trata de un recorrido turístico entre Palma-Sóller-Sa Calobra (o en sentido contrario) que, con algunas pequeñas variaciones en el recorrido concreto dependiendo de la agencia organizadora, se realiza combinando autobús, tren y barco. Para la realización de los tramos en autobús y barco de esta excursión combinada, las agencias disponen de varios operadores. En particular, para el trayecto marítimo (Puerto de Sóller-Sa Calobra o Sa Calobra-Puerto de Sóller) disponen de los barcos de las sociedades denunciadas ('Tramontana, S.A.') y denunciada ('Barcos Azules'), pero para realizar el tramo en tren necesariamente deben contratar con Ferrocarril de Sóller.

Todas las agencias que ofrecen esta excursión turística consultadas en el curso de la investigación llevada a cabo por las autoridades de Defensa de la Competencia en los periodos relevantes incluyen un tramo en tren. La empresa actora subordinó las tarifas y los horarios que podían obtener las distintas agencias en el tramo correspondiente al transporte en el tren de la excursión 'Vuelta a la Isla' a

la utilización de los barcos propiedad de 'Excursiones marítimas Puerto de Sóller S.L.' para la realización del tramo marítimo de dicha excursión turística. Contratando con esta empresa el tramo marítimo quedaba asegurada la plaza en el tren turístico que parte de Sóller, así como unos horarios razonables"

**Tercero.-** El tribunal de instancia fue dando respuesta a cada una de las alegaciones de la demanda, tras resumir en el tercer fundamento jurídico de la sentencia los motivos de impugnación que aquella contenía y que eran, en síntesis: a) vulneración de los derechos de defensa derivada de "la utilización por el T.D.C. de la facultad otorgada por el art. 43 de la Ley 16/1989"; b) inexistencia de abuso de posición de dominio; c) incompetencia del Servicio de Defensa de la Competencia para tramitar el expediente, dada la limitación territorial del mercado afectado; d) nulidad de la sanción impuesta.

La respuesta desestimatoria de la Sala de instancia se basó en que:

A) No existió indefensión por el cambio de calificación jurídica que el Tribunal de Defensa de la Competencia introdujo respecto de la apreciación del Servicio, tras hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 43 de la Ley 16/1989.

B) Quedaba acreditada "la existencia de una unidad de dirección económica entre las empresas Ferrocarril de Soller y Barcos Azules". La Sala compartió "la valoración que realiza el TDC respecto al grado de sustituibilidad de la oferta". A juicio de aquel tribunal administrativo "[...] el tramo en ferrocarril de la excursión turística intermodal Vuelta a la Isla es un input indispensable, para las agencias de viajes que ofertan o desean ofertar este producto turístico consolidado y ampliamente conocido por el sector, que no puede ser replicado por los competidores mediante otro medio de transporte distinto (el autobús)".

C) El Tribunal de Defensa de la Competencia seguía siendo competente para resolver en tanto la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares no hubiera constituido su propio órgano de defensa de la competencia,

D) En la conducta anticompetitiva concurría el elemento de intencionalidad "al menos a título de culpa" y la sanción de multa había sido

fijada conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989. Guardaba, a juicio de la Sala, la debida proporcionalidad con la gravedad de los hechos.

**Cuarto.-** De los cinco motivos de casación prestaremos atención preferente al segundo, cuya estimación ya avanzamos, lo que hará innecesario el análisis del resto.

Seguiremos las pautas fijadas, entre otras, en nuestra sentencia de 7 de julio de 2003 (recurso de casación 10673/1998) respecto de los hechos que deben quedar constatados para determinar si ha existido o no, en cada caso, la "explotación abusiva de la posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional", infracción a la que se refiere el apartado primero del artículo 6 de la Ley 6/1989. La definición del "mercado" relevante (en su doble dimensión, geográfica y de producto) en el que una determinada empresa goza de posición de dominio es el primer factor clave, y crítico, para analizar si la conducta de aquélla infringe el artículo 6.1 de la Ley 6/1989.

En el caso de autos se habían contemplado a lo largo del expediente "mercados" bien diferentes, para determinar cuál era el "relevante". Unos tenían dimensión geográfica más amplia, como el de las excursiones turísticas en la isla de Mallorca o el de las excursiones intermodales (combinación de varios medios de transporte) en la misma isla. Otros se limitaban al área de Sóller y a las excursiones marítimas con salida o llegada a su puerto. En ninguno de ellos la empresa sancionada gozaba de posición de dominio. Sí la tenía, a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, en un "mercado muy reducido" (es la Sala de instancia quien así lo califica) cual es una singular modalidad de excursión turística denominada "Vuelta a la Isla" que, según la resolución impugnada, consistía en un "recorrido turístico por la zona -con ligeras variaciones dependiendo de la agencia que lo organice- en el que se combinan autobús, tren y barca".

En dicha modalidad de excursión turística combinada, ofrecida por numerosas agencias de viajes y limitada a la costa norte de la isla, el trayecto en tren desde Palma a Soller (o viceversa) se llevaba a cabo utilizando los servicios de la empresa "Ferrocarril de Sóller, S.A.", titular en exclusiva de la concesión administrativa correspondiente; el viaje en barco desde el Puerto de Sóller a otro puerto (normalmente Sa Calobra) o con vuelta a Sóller se podía realizar bien en los barcos de la denunciante ("Tramontana, S.A.") bien en los

de la denunciada ("Barcos Azules"); y para el viaje en autobús, tanto desde el hotel a la estación como desde el punto final del viaje en barco hasta el inicial punto de salida, se utilizaban autobuses de otras empresas de transportes. Todo ello, según afirmaba el Servicio, sujeto a las variaciones que cada agencia de viajes considerase oportuno proponer.

Pues bien, la imputación de abuso de posición de dominio se refiere tan sólo a los horarios del tramo del viaje en tren de aquella excursión, tramo ferroviario del que obviamente era responsable "Ferrocarriles de Sóller, S.A.". Según destaca el Tribunal de Defensa de la Competencia al reseñar los hechos, la concesión a favor de "Ferrocarriles de Sóller, S.A." le obligaba "[...] a ofertar un mínimo de 4 frecuencias/trayectos diarios (transporte regular) a un horario y precio autorizado por el Gobierno balear, pudiendo la concesionaria establecer otras frecuencias/trayectos con precio libre (transporte discrecional)". Aunque "Tramontana, S.A." había denunciado que las prácticas discriminatorias también afectaban a los precios, el Tribunal de Defensa de la Competencia rechazó esta alegación porque "no se ha aportado al expediente pruebas directas ni indirectas sobre esta práctica discriminatoria de precios, más cuanto que Ferrocarriles y Barcos Azules han alegado que la concesión de descuentos a determinadas empresas están justificados por el volumen o tipo de servicios que contratan".

El Tribunal de Defensa de la Competencia admite expresamente, respecto del tramo marítimo, que las agencias de viajes disponían de los dos proveedores ya dichos ("Tramontana, S.A." y "Barcos Azules") y que "el mercado de transporte marítimo en el Puerto de Sóller es contestable", tanto por las condiciones en que se desarrolla actualmente la competencia, como porque su capacidad admite la entrada de nuevos competidores. Y algo similar admite respecto del "tramo o tramos en autobús", reconociendo que las agencias de viajes disponen de la amplia oferta de compañías que operan en la isla de Mallorca.

Añadiremos que la empresa denunciante ("Tramontana, S.A.") y la denunciada ("Barcos Azules") habían concertado un acuerdo en el año 1996 para repartirse el mercado de adquisición de billetes por los particulares a pie de embarcadero, en el Puerto de Sóller, a fin de evitar la competencia en la captación de clientes. Dicho acuerdo se plasmó en la creación de una empresa conjunta y, según afirmó el Tribunal de Defensa de la Competencia al

sancionarlo en una resolución ulterior (de 9 de junio de 2008, en el expediente 633/07), la conducta colusoria de ambas sociedades era constitutiva de una infracción prevista en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, y el reparto del mercado "estuvo vigente mientras estuvo activa la empresa [común], hasta 2005, al margen de que existieran problemas entre ellos a partir de un momento determinado".

**Quinto.-** En cuanto a la parte o tramo de la excursión que se hacía por vía férrea, en realidad más que de posición de dominio de "Ferrocarriles de Sóller, S.A." hay que hablar de monopolio atribuido en virtud de una decisión administrativa previa, como corresponde a la concesión de transportes ferroviarios en exclusiva de la que era titular. Aquella empresa, recuerda la Sala de instancia, explota la concesión administrativa del servicio público, en régimen de gestión indirecta, de la línea ferroviaria Palma-Sóller-Puerto de Sóller, otorgada en 1908 y renovada hasta el año 2055.

"Ferrocarriles de Sóller, S.A." no "compite", pues, con ninguna otra empresa en la prestación del servicio ferroviario, que simplemente no estaba en las fechas de autos abierto a la competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia no desconocía, como es lógico, esta circunstancia pues en su resolución afirma que "la concesión administrativa coloca o instala a un empresario en el mercado, que queda así cerrado a la competencia" y que aquella "[...] atribuye a la concesionaria del servicio público de explotación de la línea ferroviaria independencia de comportamiento". No existían, en consecuencia, empresas "rivales" de Ferrocarriles de Soller en la prestación de sus servicios.

Cuando un determinado transporte tiene el carácter de servicio público de titularidad de la Administración y se presta en régimen de gestión indirecta, mediante su atribución a una única empresa a la que se otorga la correspondiente concesión administrativa con carácter exclusivo, no puede hablarse de "competencia en ese mercado", puesto que el oferente del servicio es único y su precio viene, en principio, impuesto en la propia concesión o es objeto de autorización ulterior.

Cosa distinta es que, al prestarlo, "Ferrocarriles de Sóller, S.A." incumpliera las cláusulas concesionales y su propia condición de gestora de un servicio público, sujeto a los principios y criterios de transparencia,

imparcialidad, objetividad y no discriminación, si es que favorecía a algunos clientes (agencias de viaje) en detrimento de otros y condicionaba o subordinaba la venta de determinados billetes, en horas más comerciales, a la contratación de otros servicios, distintos de los ferroviarios, que prestaba la empresa "Barcos Azules" por vía marítima desde Sóller. Tal conducta (que es la que da por probada la Sala de instancia, de cuya apreciación de hechos no podemos discrepar en el marco del recurso de casación) podría ser susceptible de reproche a tenor de la legislación reguladora del sector ferroviario, sin que conste que así se haya hecho.

**Sexto.-** La concreción del mercado relevante que en este caso hace el Tribunal de Defensa de la Competencia y corrobora la Sala de instancia es, a nuestro juicio, excesivamente artificiosa. El artículo 6 de la Ley 6/1989 cuando se refiere a posiciones de dominio "en todo o en parte del mercado nacional" permite comprender tanto segmentos geográficos del mercado español como productos o servicios determinados, siempre que unos y otros tengan una dimensión suficiente para que la explotación abusiva de aquéllas impida o dificulte la competencia en el mercado relevante.

El Tribunal de Defensa de la Competencia limita el mercado relevante en los términos ya expuestos. Y, a partir de esta premisa, afirma que la "conducta de apalancamiento o *bundling* mixto de la concesionaria del servicio público de la línea del Ferrocarril de Sóller tenía por objeto, de forma inmediata o a corto plazo, otorgar a "Barcos Azules" una ventaja competitiva respecto de "Tramontana, S.A.", en un mercado que, frente al del input tren, opera en régimen libre competencia". Aun cuando no llega a hablar de mercados conexos, lo cierto es que en diversos pasajes de la resolución reitera como base de la imputación que "esta conducta de empaquetamiento de inputs realizada por Ferrocarril de Sóller" generaba efectos desfavorables para "Tramontana, S.A." "en el mercado del input tramo marítimo de la excursión Puerto de Sóller-Sa Calobra o a la inversa". Literalmente expresa que "la ventaja competitiva radica en que, a través de la conducta de empaquetamiento de tren+Barcos Azules impuesta mediante la discriminación en horarios del tren a las agencias que no contraten ese paquete de inputs, se consigue garantizar a Barcos Azules un flujo constante de pasajeros".

En otros pasajes de su resolución, sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia parece cambiar su enfoque y sostiene que "la venta

conjunta de ambos inputs" (el viaje en tren y en barco) a las agencias de viajes "[...] limita su libertad de elegir, distorsionando la competencia entre las que contratan el paquete Ferrocarril de Sóller-Barcos Azules y aquellas que contratan el paquete Ferrocarril de Sóller-Tramontana, ya que estas últimas no tendrán garantizadas las mejores horas en el tren para una explotación racional de la excursión turística intermodal". Lo cierto es, sin embargo, que no consta que las agencias de viaje que operaban en la isla hubiesen denunciado la conducta de "Ferrocarriles de Soller, S.A." como perjudicial para sus intereses o los de los turistas que utilizaban sus servicios. En este sentido informó al Servicio de Defensa de la Competencia la Agrupación Empresarial de Agencias de Viajes de Baleares (AVIBA) a cuyo parecer la denuncia del representante de "Tramontana, S.A. era más bien "producto de las conocidas rencillas comerciales existentes desde siempre entre las dos empresas de barcos de Sóller". Y esta misma agrupación empresarial informó al Tribunal de Defensa de la Competencia que la "Vuelta a la Isla" no está incluida en la relación de rutas o "circuitos de interés" de las agencias de viaje que operan en Mallorca.

La distinción que hace el Tribunal de Defensa de la Competencia entre los tres "inputs" correspondientes a cada uno de los tramos de una sola modalidad de excursión turística (Vuelta a la Isla) de entre las múltiples ofrecidas en la isla de Mallorca, y la simultánea admisión de que en dos de dichos tramos no existían problemas de competencia coloca el foco del análisis en la incidencia que, dentro de la citada excursión en su conjunto, pudiera tener el uso del ferrocarril.

La sustituibilidad del tren por el autobús para realizar el trayecto Palma-Sóller no puede ser descartada como se hace en la resolución administrativa y se confirma en la sentencia de instancia, tanto menos cuanto quedaba acreditada la menor duración y el menor precio del viaje en autobús frente al del tren. Es cierto que el viaje en tren presenta sus propios alicientes turísticos (que el Tribunal de Defensa de la Competencia subraya) pero también lo es que nada obligaba a las agencias de viajes a optar por él frente al otro medio alternativo de viaje. En todo caso, repetimos, el viaje en tren no tenía por qué convertirse en elemento "indispensable" ("irreplicable" o "no sustituible" son otros tantos adjetivos similares utilizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia al calificarlo) para la excursión en su conjunto y para el

embarque en el puerto de Sóller, en especial, como de hecho no lo era en la oferta de varias de aquellas agencias.

Prueba adicional de ello es el examen de los efectos que sobre la actividad comercial y los resultados de explotación de "Tramontana, S.A." llevó a cabo el Tribunal de Defensa de la Competencia al analizar los informes periciales aportados al expediente: aquella empresa, competidora de "Barcos Azules", incrementó su volumen de pasajeros a partir de 2005 "gracias a los turistas que aportan las agencias de viajes pertenecientes a su grupo tras la venta de acciones a las empresas de transportes Comas y Transunión", lo que en buena lógica supondría incrementar la utilización de medios de transporte alternativos al tren para realizar el ulterior trayecto en barco desde el puerto de Sóller y completar de este modo la "vuelta a la isla".

Estas consideraciones abonan tanto la estimación del segundo motivo casacional, una vez descartado el factor clave sobre el que se basa la decisión administrativa impugnada, cuanto el acogimiento de la demanda. Razones de congruencia impiden que nos pronunciemos sobre la eventual tipificación de la conducta sancionada desde cualquier otro punto de vista: ni como práctica colusoria en el sentido que había propuesto el Servicio de Defensa de la Competencia, ni como eventual práctica de competencia desleal ni, en fin, como vulneración específica de las normas que regulan la prestación de un servicio público ferroviario.

**Séptimo.-** Ha lugar, pues, tanto a la estimación del recurso de casación como al contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

**FALLAMOS**



**Primero.-** Estimar el recurso de casación número 803/2009 interpuesto por "Ferrocarril de Sóller, S.A." contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en el recurso número 188 de 2007, sentencia que casamos dejándola sin efecto.

**Segundo.-** Estimar dicho recurso contencioso-administrativo número 188/2007 y anular la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2007, recaída en el expediente 611/06.

**Tercero.-** No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Pedro José Yagüe.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- María Isabel Perelló.- Rubricados.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

Lo preinserto con su texto bien y fielmente con su original al que me remito y para unir al rollo correspondiente, expido la presente que  
hago en Madrid, a 7 ABR 2012

