



22 OCT 2009

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Sexta

Número recurso: 304/2008
Número Registro General: 3529/2008
Demandante: Excursiones Marítimas Puerto del Soller, SL
Procuradora: Gloria Messa Teichman
Demandado: Comisión Nacional de la Competencia
Ponente Ilmo. Sr. D.: José M^a del Riego Valledor

SENTENCIA N^o:

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Dña. Mercedes Pedraz Calvo

Magistrados:

D. José M^a del Riego Valledor

Dña. Concepción Mónica Montero Elena

Madrid, a 14 de octubre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 304/2008, se tramita, a instancia de Excursiones Marítimas Puerto del Soller, SL, representada por la Procuradora Doña Gloria Messa Teichman, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 9 de junio de 2008 (expediente 633/07), sobre infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 78.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Excursiones Marítimas Puerto del Soller, SL interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 31 de julio de 2008, y la Sala, por providencia de fecha 22 de septiembre de 2008, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

S Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba con el resultado que obra en autos, y quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 6 de octubre de 2009.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 9 de junio de 2008, cuya parte dispositiva contenía, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO.- Declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se concretó en la creación por parte de TRAMONTANA, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. de una empresa en participación al 50%, denominada "CREUERS DE SÓLLER, S.L.", con el objeto de repartirse el mercado de excursiones marítimas a pie de embarcadero en el Puerto de Sóller.

Se consideran responsables de la mencionada infracción del artículo 1 de la LDC a las empresas de transporte marítimo TRAMONTANA, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.

SEGUNDO.- Intimar a EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. y a TRAMONTANA, S.A., para que en el futuro se abstengan de realizar prácticas iguales o equivalentes a las sancionadas.

TERCERO.- Imponer a EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. una multa de 78.000 euros.

CUARTO.- Imponer a TRAMONTANA, S.A. una multa de 66.000 euros.

QUINTO.- Ordenar a las dos sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios, uno el de mayor circulación a nivel nacional y otro el de mayor circulación en la isla de Mallorca.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos declarados probados en la Resolución, que resultan del expediente administrativo, y que son los siguientes:

En la investigación llevada a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia (ahora Dirección de Investigación) y en las pruebas realizadas ante el Tribunal (ahora Consejo de la CNC) se han acreditado los siguientes hechos que constan en el expediente y que se consideran necesarios para la resolución del mismo:

1. "TRAMONTANA, S.A." -conocida como "Barcos Rojos"- es una empresa familiar fundada en 1966, 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 tour operadores

como a pie de la embarcación a clientes sin reserva. Su representante y consejero delegado mancomunado es D. J.A.A.M.

En el momento de la investigación disponía de tres embarcaciones: "Torrente de Pareis" y "Sóller Cat" -de 350 plazas cada una- y "Badia de Sóller", con 250 plazas.

2. "EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L." -también conocida comercialmente como "Barcos Azules"- es una empresa familiar que desde 1975 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 chárter náutico.

Como Administradores Solidarios de dicha entidad aparecen exclusivamente D. F.J.M.M. y D. O.M.M., y como únicos apoderados D. F.J.M.M. y D. O.M.M.

Contaba en el momento de la investigación con cinco embarcaciones: "N Cala Castell", con capacidad para 375 pasajeros; "N Cala Tuent", para 250; "J.Capapuig", para 421; "Calobra", para 90 y "Capapuig" para 11 pasajeros.

3. "CREUERS DE SÓLLER, S.L." es una sociedad de responsabilidad limitada creada en 1996 por TRAMONTANA, S.A. y "EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L." con un capital de un millón de pesetas -en cien participaciones sociales de 10.000 pesetas- suscrito y desembolsado al 50% por los dos socios fundadores y que estará regida por dos administradores que actuarán conjuntamente, siendo designados por unanimidad D. J.A.A.M. y D. F.J.M.M. respectivamente (folio 42). Según el artículo 2 de los Estatutos de la Sociedad (folios 48 a 70 del SDC) el objeto social de la misma es *"el transporte marítimo de viajeros y la realización de excursiones marítimas"*.

Según declaración de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. (folio 284), *"La facturación de la Sociedad se distribuía en proporción al porcentaje del capital social del que era titular cada uno de sus accionistas y a las aportaciones realizadas por cada uno de ellos a la Sociedad para que ésta pudiera realizar sus actividades, consistentes en la prestación del trayecto en barco Puerto de Sóller-Calobra (y viceversa) en la isla de Mallorca"*.

4. Las razones para la creación, en 1996, de la sociedad conjunta "CREUERS DE SÓLLER, S.L." las explica TRAMONTANA, S.A. en su escrito de 13 de julio de 2004, a la Consellería de Obras Públicas y Transportes que consta en el expediente (folios 7 y 8), cuando dice que las dos empresas, aunque en rivalidad comercial *"también adoptaron acuerdos de colaboración que satisfacían a ambas entidades..."* y añade que,

"La creación de esta nueva sociedad obedecía a la necesidad de gestionar las ventas directas de excursiones marítimas en el Puerto de Sóller, ventas que no procedían de agencias ni paquetes de excursiones sino de particulares, ya fueran nacionales o extranjeros que, de motu proprio, decidían contratar una excursión en barca en el Puerto de Sóller. La captación de dichos clientes era verdaderamente disputada por ambas empresas, por lo que, de común acuerdo, decidieron unir sus fuerzas en aras a ofrecer un mejor servicio [..]."

Así se estableció que la actividad de "CREUERS DE SÓLLER" se circunscribiría al establecimiento de un punto de venta, a pie de las dos flotas de embarcaciones para proceder a la venta de productos que los clientes, sin reserva previa, desearan adquirir, siendo transportado por cualquiera de las embarcaciones que se hallaran a punto de realizar el trayecto.

Según la propia TRAMONTANA, S.A. la *"armonía entre las empresas -TRAMONTANA S.A. y BARCOS AZULES- se mantuvo únicamente durante 3 años, puesto que en 1999 surgieron divergencias..."*. Y cuando hubo divergencias que ponían en peligro la nueva sociedad, TRAMONTANA, S.A. a fin de zanjar dichas divergencias, efectuó *"concesiones, cuales fueron, la de aportar como clientes de la empresa conjunta, CREUERS DE SÓLLER, parte de la propia cartera de clientes de TRAMONTANA, S.A., clientes que en absoluto podían configurarse como minoritarios, más bien al contrario, importantes clientes dentro de la estructura de TRAMONTANA, S.A., como eran: Viajes Franco Española; Viajes Soltour; Viajes Barceló; Viajes Santana Reisen.*

A pesar de tratarse de clientes propios de TRAMONTANA, S.A. los servicios que requerían eran realizados indistintamente, eran facturados a través de CREUERS DE SÓLLER, la cual facturaba también las ventas al contado. Al final de mes, TRAMONTANA, S.A. y Barcos Azules expedían las correspondientes facturas en un porcentaje, igualitario, del 50%".

Y sigue TRAMONTANA, S.A. en dicho escrito, "(h)asta tal grado de colaboración llegaron entre ambas empresas que, con independencia de la actividad generada a través de CREUERS DE SÓLLER, incluso el programa diario de cada una de ellas se unificaba de tal forma que TRAMONTANA, S.A. transportaba clientes de Barcos Azules y viceversa". (Folio 8 del SDC).

5. A preguntas del Servicio sobre las actividades de la Sociedad CREUERS DE SÓLLER, S.L. el número de embarcaciones que utiliza y el catálogo de servicios que presta, etc., los interesados declaran que la creación de la empresa CREUERS DE SÓLLER, S.L. no conlleva ninguna inversión en medios de transporte pues la sociedad no dispone de flota de embarcaciones propia ni tiene asignadas embarcaciones, tampoco da lugar a la creación de una actividad nueva o de nuevos servicios, pues el transporte de sus clientes -tanto de los clientes de venta directa como de los de Agencias- lo realizan las empresas matrices TRAMONTANA, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. en los barcos y horarios ya existentes:

TRAMONTANA, S.A. responde (folios 194 y ss) que, "b) Las embarcaciones utilizadas, pertenecían a EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER S.L. y a TRAMONTANA, S.A., esto es utilizaban las mismas embarcaciones que componían sus respectivas flotas, no se compró, ni se adquirió embarcación alguna conjuntamente destinada a este fin. Y se utilizaban tantas embarcaciones como eran necesarias, dependiendo de la demanda siendo los horarios habituales a las 10, 11.30, 13 y 15 horas, desde el Puerto de Sóller y regresos a las 12.00, 14, 15 y 17 horas, desde La Calobra.

c) No existía catálogo de servicios diferente. CREUERS DE SÓLLER, S.L., sólo efectuaba un único trayecto Puerto Sóller-La Calobra. Y el trayecto de CREUERS DE SÓLLER, S.L. incluía única y exclusivamente salida desde Puerto de Sóller, sin recogida en ningún otro punto, normalmente se utilizaba CREUERS DE SÓLLER S.L. para la venta directa, a pie de barco, pero insistimos NO SE UTILIZABAN BARCOS DIFERENTES PARA ELLO y NO EXISTE EMPRESA ALGUNA QUE REALICE ESE TRAYECTO de forma alternativa en toda la isla de Mallorca".

Según respuesta de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. (folio 283 SDC), "La Sociedad no dispone de ninguna embarcación. Tampoco realiza ninguna actividad al encontrarse en proceso de disolución".

En su escrito de 4 de febrero de 2008 de Conclusiones ante el Consejo (folio 130), EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER. S.L. dice que tras la creación de CREUERS DE SÓLLER, S.L. "Ambas sociedades, Barcos Azules y TRAMONTANA, S.A., permitían el uso recíproco del espacio disponible en sus barcos para optimizar el nivel de ocupación y adaptarlo a la demanda real de plazas de barco requeridas para realizar excursiones marítimas, en términos de ahorro, principalmente de carburante, y de mejora del servicio al cliente". Y añade más adelante "Barcos Azules y TRAMONTANA, S.A. unificaron su oferta comercial en CREUERS DE SÓLLER, S.L. en los siguientes términos:

(i) CREUERS DE SÓLLER, S.L. organizaba la cesión recíproca del uso del espacio disponible en los barcos de TRAMONTANA, S.A. y Barcos Azules, de modo que, en los horarios previstos de salida o llegada al puerto de Sóller, se acomodase la oferta de plazas disponibles en los barcos al número de servicios de transporte efectivamente requeridos. Así, las excursiones podían realizarse indistintamente con Barcos Azules o con TRAMONTANA, S.A. CREUERS DE SÓLLER, S.L. carecía de medios asignados para transportar a los turistas, y esta actividad la realizaban únicamente Barcos Azules y TRAMONTANA, S.A.

(ii) CREUERS DE SÓLLER, S.L. gestionaba la venta de billetes en la taquilla de venta situada en el Puerto de Sóller. Los billetes podían utilizarse de manera indistinta para viajar con Barcos Azules o con TRAMONTANA, S.A.

De la respuesta EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER. S.L. (folio 284) sobre el reparto de ingresos y gastos recogido en el punto 3 anterior y de las cuentas anuales de 2006 (folio 22 del Consejo) se deduce que, en efecto, la sociedad no tenía ni medios (barcos, etc.) ni personal, utilizando los de las matrices.

6. De acuerdo con la información remitida por TRAMONTANA, S.A., el 21 de marzo de 2007, (folio 374 SDC) en respuesta a pregunta del SDC, y confirmada por Barcos Azules que la utiliza en el Informe pericial remitido el 15 de octubre de 2007 (folio 61 ante el Consejo) las ventas de billetes e ingresos de CREUERS DE SÓLLER, S.L. en el periodo de actividad serían las que se recogen en el cuadro a continuación.

FACTURACION DE CREUERS DE SÓLLER, S.L.				
AÑO	VENTAS EUROS	%	Nº BILLETES	%
1996		51.757		5944
1997	69.204	33,7%	7575	27,4%
1998	63.748	-7,9%	6445	-14,9%
1999	93.095	46,0%	9328	44,7%
2000	93.503	0,4%	8537	-8,5%
2001	106.281	13,7%	8049	-5,7%
2002	103.304	-2,8%	7453	-7,4%
2003	109.781	6,3%	7906	6,1%
2004	118.414	7,9%	7897	-0,1%
2005	193.606	63,5%	11860	50,2%

Cuadro elaborado por el Consejo CNC

Es decir que en el periodo de actividad, CREUERS DE SÓLLER, S.L. ha incrementado la facturación todos los años con la excepción de 1998 y 2002, llegando al año 2005 con una facturación que casi multiplica por 4 la de 1996 en tanto que la venta de billetes sólo se ha duplicado. El ingreso medio por billete se ha duplicado en el periodo, pasando de 8 a 16 € por billete.

Esta evolución de los precios coincide con los datos remitidos por TRAMONTANA, S.A. y que se recogen en el Informe Propuesta en que tanto el billete sencillo como el de ida y vuelta prácticamente duplican su precio entre 1996 y 2005, a pesar de que en el año 1999 -en que según TRAMONTANA, S.A. hubo problemas en la aplicación del acuerdo- el incremento fue cero, al igual que en el año 2005, último de funcionamiento de la empresa y cuando ya estaban siendo investigados por el SDC.

PRECIOS COBRADOS EN EUROS POR LA EMPRESA CREUERS DE SÓLLER, S.L.				
	BILLETE IDA-VUELTA	% INCREM ENTO	BILLETE IDA	% INCREM ENTO
1996	10.8		6.5	

1997	11.4	5.5	6.8	4.6
1998	12	5.2	7.2	5.8
1999	12	0	7.2	0
2000	13.2	10	7.9	9.7
2001	15	13.6	9	13.9
2002	16	6.6	9.6	6.6
2003	18	12.5	10.8	12.5
2004	20	11.1	12	11.1
2005	20	0	12	0

Cuadro elaborado por SDC

La subida en el periodo fue de un 85%, según consta en el informe pericial remitido por EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. (folio 77 ante el Consejo).

7. El área de Sóller (Mallorca) es un enclave de gran interés turístico cuyo recorrido, en particular en barco, el incluido en el tour denominado "Vuelta a la Isla", es uno de los productos estrella ofrecidos por la práctica totalidad de agencias de viaje y mayoristas que operan en el mercado de turismo de la isla de Mallorca.

Según el informe pericial de D. Á.D.C. aportado por EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. en el trámite ante el Consejo (folio 63 y ss), las plazas de excursiones marítimas desde Puerto de Sóller en 2005 era de 1053 sobre un total en Mallorca, en los 43 puertos existentes, de 12.363 plazas, lo que demuestra la importancia de la excursión marítima con salida del Puerto de Sóller frente al resto de puertos de la Isla.

Los principales agentes -podría decirse que los únicos- que realizan esta excursión marítima del Puerto de Sóller son los dos imputados, puesto que, aunque AVIBA informa que existen otras tres empresas que operan en el Puerto de Sóller (folio 60 del Consejo) de la información remitida por EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. (folio 73) se deduce que la actividad de dichas empresas tenía que ser marginal. En efecto, según el informe del Sr. D.C., en 2005 los viajeros del Puerto de Sóller fueron 300.000, de los cuales 146.000 utilizaron los denominados Barcos

Azules, con unos ingresos de 1.201.259 €; 140.000 utilizaron TRAMONTANA, S.A. con unos ingresos de 1.002.354 € y 11.860 viajeros compraron sus billetes en CREUERS DE SÓLLER, S.L. proporcionándole unos ingresos de 193.606 €. Según esta información el ingreso por viajero de CREUERS DE SÓLLER, S.L. se entiende que por billete comprado a pie de embarcadero, sería el doble del ingreso por viajero de las ventas a agencias de viaje realizadas por las dos matrices.

8. La importancia del segmento de mercado de contratación de excursiones marítimas a pie de barco frente a la contratación vía agencia, varía según las fuentes, así AVIBA estima que un 95% de las excursiones se contratan con agencia y deja un 5% para los viajeros que se desplazan de forma independiente al Puerto de Sóller y allí contratan el viaje en barco hasta la Calobra. Por el contrario APEAM da como cifra de contratación a través de Agencia de viajes, para el conjunto de las Baleares, el 80%, quedando por tanto un 20% de contratación directa.

De acuerdo con los datos que constan en el expediente, aportados por EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. (folio 73) las ventas a pie de embarcadero estimadas por los ingresos de CREUERS DE SÓLLER, S.L. en relación con los ingresos totales (suma de los ingresos de la empresa conjunta más los ingresos de Barcos Azules y Barcos Rojos) fueron del 3% en 1997 y los años sucesivos fueron 2,6%; 3,7%; 3,9%; 4,5%; 5,4%; 5,4%; 5%; y en el año 2005, último de existencia de la empresa en participación, alcanzaron el 8,1%. Se aprecia por tanto un crecimiento paulatino de la cuota de ingresos, en particular a partir del año 2000 en que según declaraciones de TRAMONTANA, S.A., ella aportó a la sociedad conjunta determinados clientes propios, y fundamentalmente en el año 2005, último de existencia de la sociedad conjunta. No obstante si tomamos la cuota en billetes vendidos, y también según datos aportados por Barcos Azules, en el año 2005 seguiría siendo inferior al 4%.

9. Aunque la sociedad CREUERS DE SÓLLER, S.L. seguía existiendo en 2007, según los imputados su actividad finalizó en 2005. En documentación remitida por EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. del Depósito de Cuentas anuales correspondiente al ejercicio de 2006 realizado en el Registro Mercantil de Mallorca el 27 de julio de 2007 (folio 16 del Consejo), se constata que mientras en el año 2005 los ingresos de explotación fueron 193.606,66 €, en el año 2006 los ingresos fueron cero. Las cuentas, firmadas el 1 de julio de 2007 por los dos

administradores mancomunados, D. F.J.M.M. (en representación de Barcos Azules) y D. J.A.A.M. (en representación de TRAMONTANA, S.A.) hacen constar en la memoria que *“Durante el ejercicio 2007 los administradores están procediendo a efectuar los movimientos necesarios para la disolución y liquidación de la entidad”*.

TERCERO.- La parte actora alega en su demanda: 1) existencia de defecto formal insubsanable por desconocimiento de la competencia de la Administración autonómica balear, 2) Naturaleza de Creuers de Sóller SL, 3) Inexistencia de concertación, 4) Inexistencia de Acuerdo de reparto del mercado, y 5) Nulidad del acto sancionador.

El Abogado del Estado contesta que las razones reconocidas entre las dos empresas del mercado de excursiones marítimas de Soller era, cuanto menos, el reparto de la venta de billetes en el puerto, con el fin de no hacerse la competencia, ni en servicios, ni en precios, en detrimento de los consumidores

CUARTO.- Como consecuencia obligada de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, fue promulgada la ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, que regula en su disposición transitoria única las situaciones en las que las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos en materia de defensa de la competencia, como es el caso de autos en la fecha de la resolución impugnada, estableciendo que en dichos supuestos el Estado seguirá ejerciendo las competencias que le correspondan.

Esta previsión de ejercicio de las competencias correspondientes a las Comunidades Autónomas por los órganos estatales hasta el momento en que aquéllas constituyan sus respectivos órganos de defensa de la competencia, en los casos de previsión estatutaria, tiene la finalidad lógica, reconocida en la Exposición de Motivos de la ley 1/2002, de evitar que un vacío normativo y orgánico impida la persecución de conductas que menoscaben la competencia en el ámbito autonómico.

QUINTO.- Como resulta de los hechos que se declaran probados, la empresa recurrente Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. y la empresa Tramontana, S.A., que se dedican a la organización de transporte de viajeros por vía marítima en el norte de Mallorca y compiten en dicha actividad, crearon en 1996 una sociedad,



denominada “Creuers de Sóller SL”, participada al 50% por ambas, según resulta de la escritura pública de constitución de la sociedad (folios 32 a 71 del expediente del SDC).

La creación de esta sociedad, según reconoce expresamente una de las entidades fundadoras –Tramontana, S.A.- en escrito de fecha de entrada en el SDC de 28 de julio de 2004 (folios 2 a 15, y especialmente 7 y 8 del expediente del SDC), obedecía a la necesidad de gestionar las ventas directas de excursiones marítimas en el Puerto de Soller, ventas que no procedían de agencias, ni de paquetes de excursiones, sino de particulares que, de motu proprio, decidían contratar una excursión en barca en el Puerto de Soller.

Continúa explicando Tramontana S.A., en el indicado escrito, que la captación de dichos clientes “...era verdaderamente disputada por ambas empresas, por lo que, de común acuerdo, decidieron unir sus fuerzas en aras a ofrecer un mejor servicio...” .

La nueva empresa “Creuers de Soller, SL” ni adquirió ni dispuso de embarcación alguna, sino que su actividad se limitaba a vender billetes a particulares en taquilla, indistintamente para las embarcaciones de las dos empresas que se repartían su capital social. Como explica el citado escrito de Tramontana, SA., su nueva empresa “Creuers de Soller, SL” se limitaba a establecer un punto de venta, a pie de las dos flotas de embarcaciones, para proceder a la venta de los productos que los clientes, sin reserva previa, desearan adquirir, siendo transportados por cualquiera de las embarcaciones que se hallaran a punto de realizar el trayecto.

SEXTO.- El artículo 1 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (LDC), prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional

El acuerdo que hemos descrito anteriormente entre dos empresas competidoras, que decidieron crear, con igual participación, una nueva empresa a fin de dejar de competir y repartirse las ventas de billetes de excursiones en barco a los particulares que contratan directamente ese servicio en el puerto, es un acuerdo que con toda nitidez se encuentra entre los prohibidos por el artículo 1 LDC, pues su objeto es,

como se ha dicho, la sustitución de la competencia por el reparto del mercado entre empresas competidoras.

Las alegaciones de la parte actora no impiden a la Sala llegar a tal conclusión, pues aunque sea cierto que el mercado en el que se aprecia el reparto de las ventas no comprende todas las excursiones marítimas que organizan las dos empresas a que nos venimos refiriendo, y particularmente, no resulta afectado el mercado de las ventas de billetes a través de agencias de viajes, que es el más importante, y que el mercado afectado, de billetes adquiridos por los particulares directamente en el puerto representa tan sólo una cuota del 5% de las ventas de la recurrente, ello no impide la existencia de la práctica contraria a la competencia en ese limitado mercado. Esto es, que el mercado afectado sea más o menos reducido, no supone la inexistencia de la infracción, sino que tal menor extensión del mercado afectado en todo caso habrá de ponderarse en la graduación de las consecuencias sancionadoras de la infracción.

No puede tener acogida la alegación de la demanda de que el acuerdo no tiene por objeto restringir la competencia, cuando precisamente el objeto del acuerdo, según el reconocimiento expreso antes citado, es poner término a la disputa en la captación de clientes.

Tampoco se comparte el razonamiento de que la conducta examinada no haya tenido efectos reales sobre la competencia, y mucho menos que no sea apta para vulnerar la competencia, cuando el daño producido a la competencia es evidente y consiste en su eliminación, al ponerse de acuerdo las dos empresas competidoras en dejar de competir en los precios y también en los servicios que ofrecen. Precisamente este comportamiento es el primero de la lista de acuerdos que el propio artículo 1 LDC individualiza como ejemplo de práctica anticompetitiva, al referirse a "*...la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio...*"

SÉPTIMO.- La parte actora sostiene que la sanción impuesta es contraria a derecho, debido a una defectuosa, arbitraria e insuficiente motivación y por ser desproporcionada.



La Sala no comparte los anteriores argumentos, pues la Resolución impugnada dedica el Fundamento Jurídico Sexto a explicar los criterios que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de las sanciones, y así ha tenido en cuenta de forma particular circunstancias concurrentes, de agravación y atenuación de la responsabilidad, como la especial gravedad de la infracción cometida, su duración, el mercado afectado, de un lado, y la circunstancia de la falta de actividad de la empresa en participación desde 2005, de otro lado, por lo que ponderando unas y otras, cuantifica la sanción en un 6% del volumen de ventas de la recurrente, con un importe de 78.000 euros, que se encuentra dentro de los márgenes o límites establecidos por el artículo 10.1 LDC, que contempla multas por las infracciones de las prohibiciones del artículo 1 de hasta 900.000 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

OCTAVO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Excursiones Marítimas Puerto del Soller, SL, contra la Resolución del Consejo de de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 9 de junio de 2008, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-