

RESOLUCIÓN (Expte. 633/07, “CREUERS DE SÓLLER”)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. Maria Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 9 de junio de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera Dña. M^a Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador nº 633/07 CREUERS DE SÓLLER, S.L. (Expte. nº 2677/06 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio o SDC, ahora Dirección de Investigación, DI), que trae causa del testimonio deducido por el SDC de un número de folios del expediente nº 2.545/04 del SDC, en los que se ponían de manifiesto determinadas conductas que podrían constituir una infracción de la LDC por parte de las empresas “TRAMONTANA, S.A.”, “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.” y “CREUERS DE SÓLLER, S.L.”.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de julio de 2004 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia denuncia presentada por D. J.L.M.P., en nombre y representación de la entidad “TRAMONTANA, S.A.” (también conocida como Barcos Rojos), contra la empresa “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.” (conocida como Barcos Azules) por presuntas conductas restrictivas de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), de 17 de julio. El Servicio abrió expediente con el número 2.545/04 que fue resuelto por el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia en Resolución de 3 de abril de 2007 (expediente 611/06).
2. Con fecha 8 de marzo de 2006, el Servicio procedió a deducir testimonio de una serie de folios del expediente anterior en los que se ponían de

manifiesto determinadas conductas que podrían constituir una infracción de la LDC por parte de las mismas empresas, “TRAMONTANA, S.A.” y “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.” y de la empresa “CREUERS DE SÓLLER, S.L.”.

3. Tras una Información reservada, por Providencia de 10 de noviembre de 2006, el Director General de Defensa de la Competencia acordó la incoación del correspondiente expediente por prácticas restrictivas de la competencia contra “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.” y “TRAMONTANA, S.A.” y le dio el número 2677/06, al que se incorporó todo lo actuado bajo el marco de la Información Reservada.
4. Por Providencia de 11 de abril de 2007 el Servicio formuló el Pliego de Concreción de Hechos en el que estima que ha quedado probada la existencia de una práctica concertada entre “TRAMONTANA, S.A.” y “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.”, que persigue la eliminación de la competencia en el mercado de excursiones marítimas a pie de embarcadero en la zona de Sóller (Palma de Mallorca) lo que constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1c de la LDC, concertación realizada a través de la creación por las empresas anteriores de la sociedad CREUERS DE SÓLLER, S.L.
5. Concluidas las actuaciones tras recibir las alegaciones al PCH, en fecha 4 de julio de 2007, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.3 de la LDC, el Servicio remitió al entonces TDC (ahora Consejo de la CNC) el informe propuesta en el que propone lo siguiente:

Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:

a)- Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la LDC, consistente en la creación de una empresa, CREUERS DE SÓLLER, S.L., creada al 50% entre TRAMONTANA, S.A. y “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. para repartirse el mercado de excursiones marítimas a pie de embarcadero en la zona de Sóller (Palma de Mallorca) entre ambas y eliminar así la competencia en el mercado.

Segundo.- Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el art.46 de la LDC.

6. Por Providencia de fecha 16 de julio de 2007, el Tribunal admite a trámite el expediente y da plazo a los interesados para propuesta de pruebas y

solicitud de celebración de vista. En el trámite de prueba y vista comparecen ambas partes interesadas con escritos recibidos los días 3 y 7 de agosto de 2007.

7. Por Acuerdo del Consejo de 20 de septiembre de 2007, en base al artículo 40 de la Ley 16/1989, se dispone la práctica de las siguientes pruebas:

- *Dar por reproducida toda la información que obra en el expediente e incorporar al presente procedimiento los expedientes 2.545/04 tramitado ante el Servicio y el 611/06 tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.*

- *Incorporar como prueba documental las cuentas Anuales de la empresa CREUERS DE SÓLLER, S.L. remitidas por EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. junto con su escrito de 3 de agosto.*

- *Requerir a la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE ACTIVIDADES MARÍTIMAS DE BALEARES, (APEAM) y a la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES DE BALEARES, (AVIBA) la siguiente información:*
 - a) *Número de empresas o empresarios, con su identidad, que realizan excursiones marítimas desde el Puerto de Sóller.*

 - b) *Datos estadísticos de los clientes de las excursiones marítimas que contratan directamente las excursiones y los que lo hacen a través de agencia de viajes. Los datos referidos a las Islas Baleares, la Isla de Mallorca y al Puerto de Sóller.*

- *Incorporar como alegación de parte la aportación de un informe sobre el mercado de excursiones marítimas en Mallorca, realizado por D. Á.D.C. a instancia de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S. L.*

- *Solicitar a los interesados información adicional sobre la evolución de las ventas de billetes y los ingresos de la empresa CREUERS DE SÓLLER, S.L., en particular sobre la importante variación que experimentaron tanto la venta de billetes como los ingresos en el año 2005, y sobre la*

justificación que a su juicio podría tener tal variación (folio 440 del expediente del SDC).

8. El 10 y el 15 de octubre respectivamente se reciben las respuestas de AVIBA y APEAM.

Con fecha 15 de octubre de 2007 se recibe escrito de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S. L. adjuntando un informe de fecha 11 de octubre de 2007 realizado por el Sr. D.C. y el 29 de octubre, respondiendo a la información adicional solicitada sobre el incremento de ventas en el año 2005, adjunta nuevo informe del Sr. D.C. denominado "INFORME SOBRE EL INCREMENTO DE VENTAS DE LA SOCIEDAD CREUERS DE SÓLLER, S.L. EN EL EJERCICIO 2005: FACTORES DE DEMANDA Y DE OFERTA" acompañado del documento "Balance de Turismo en España 2005" del Instituto de Estudios Turísticos, así como una certificación de 18 de octubre de 2007 sobre disponibilidad de plazas en el año 2005 en el Ferrocarril de Sóller, S.A. Dichos informes se incorporan al expediente como documentos de parte.

TRAMONTANA, S.A. respondió en escrito de fecha 19 de noviembre de 2007 (entrada 22 de noviembre).

9. En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 40.3 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, el 23 de noviembre de 2007, por Acuerdo del Consejero Ponente y del Secretario, se puso el expediente de manifiesto a las empresas interesadas, con el objeto de que alegasen cuanto estimasen pertinente acerca del alcance e importancia del resultado de las pruebas practicadas. EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. remitió escrito de valoración de prueba el 12 de diciembre de 2007.
10. De conformidad con lo dispuesto por el art. 41.1 de la LDC y por Acuerdo de Ponente y Secretario el 15 de enero de 2008, se abrió plazo para que las partes formularan conclusiones, lo que hizo la representación legal de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. en escrito de 4 de febrero de 2008 y la representación legal de TRAMONTANA, S.A. mediante escrito de 8 de febrero, recibido el 12 de febrero de 2008.
11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en la sesión de 29 de mayo de 2008.
12. Son interesados en este expediente:
 - EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.

- TRAMONTANA, S.A.

HECHOS PROBADOS

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 "Badía 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 Publicas 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 circunscribe 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	% INCREMENTO	BILLETE IDA	% INCREMENTO
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 el 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”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio, es decir en base a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- El objeto de la presente Resolución es constatar si, tal como afirma el Servicio en su informe propuesta, entre TRAMONTANA, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L., ha existido un acuerdo colusorio de los prohibidos por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, concretado en la creación de una empresa en participación denominada CREUERS DE SÓLLER, S.L.

El Servicio en su informe propuesta de 4 de julio de 2007 dirigido al entonces Tribunal hoy Consejo, propone que, *“Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la LDC, consistente en la creación de una empresa, CREUERS DE SÓLLER, S.L., creada al 50% entre TRAMONTANA, S.A., y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. para repartirse el mercado de excursiones marítimas a pie de*

embarcadero en la zona de Sóller (Palma de Mallorca) entre ambas y eliminar así la competencia en el mercado”.

Previamente, en el Pliego de Concreción de Hechos el Servicio afirmaba:

- TRAMONTANA, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. son entidades competidoras independientes, dedicadas ambas al transporte marítimo de viajeros y a la organización de excursiones por la zona norte de la isla de Palma de Mallorca.

- La sociedad CREUERS DE SÓLLER, S.L. fue creada al 50% por las empresas anteriores, con el único objetivo de repartirse el mercado de excursiones marítimas a pie de embarcadero en la zona de Sóller (Palma de Mallorca) entre ambas y eliminar así la competencia en el mercado.

Por tanto, a la vista de lo expuesto anteriormente cabe concluir que:

- Ha quedado probada la existencia de una práctica concertada entre “TRAMONTANA, S.A.” y “EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L.”, que persigue la eliminación de la competencia en el mercado de excursiones marítimas a pie de embarcadero en la zona de Sóller (Palma de Mallorca) lo que constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1c de la LDC.

TERCERO.- El artículo 1.1 de la LDC relativo a las “conductas prohibidas” define el ámbito de la prohibición, *“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 y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]”.*

De acuerdo con la literalidad del precepto y con la jurisprudencia sólidamente asentada, para que exista infracción de las normas de competencia es suficiente que el acuerdo, ya sea expreso o tácito, o la práctica concertada, cumpla una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el

“efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello.

Por tanto el Consejo está de acuerdo con la Dirección de Investigación en que el acuerdo entre TRAMONTANA, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER. S.L., que se plasmó en la creación de la empresa en participación, CREUERS DE SÓLLER, S.L. constituye una infracción del artículo 1.1 de la LDC.

La existencia del acuerdo de colaboración, plasmado en la creación de la sociedad conjunta, y el “objeto” del acuerdo está claramente descrito por las propias imputadas (Hechos Probados 4), “...*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 [..].* Es decir reconocen que el objeto del acuerdo era el reparto, al 50%, de las ventas de billetes para el paseo marítimo Sóller-La Calobra, a los particulares -turistas- que no contratan las excursiones con agencias de viaje sino que, por su cuenta, compran los billetes en el propio puerto.

Como ha quedado demostrado en los Hechos Probados, la empresa creada era meramente instrumental, no tenía medios propios, ni realizaba actividad ni prestaba servicio alguno diferente al de las matrices, más allá de organizar la cesión recíproca del uso del espacio de los barcos (Ver folio 131), puesto que según consta en el expediente ambas sociedades “*permitían el uso recíproco del espacio disponible en sus barcos*”.

Las razones reconocidas para el acuerdo entre las dos principales empresas del mercado de excursiones marítimas Sóller/La Calobra era, cuando menos, el reparto de la venta de billetes en puerto con el fin de no hacerse la competencia ni en servicios (se mantiene los servicios y se comparten barcos), ni en precios, en claro detrimento de los consumidores que posiblemente hubieran podido disponer de más y mejores servicios o menores precios de no haber eliminado la competencia del mercado y, en palabras de TRAMONTANA, S.A. haber mantenido la “disputa” por la captación de los clientes.

Y decimos cuando menos porque, aunque la imputación del Servicio se limita al reparto del mercado de excursiones a pie de embarcadero y a ello se atenderá este Consejo en la Decisión, en el expediente existe información sobre relaciones de la empresa CREUERS DE SÓLLER, S.L. con agencias de viajes, al menos desde el año 2000, que podría hacer pensar en un reparto de mercado más amplio que el de pie de embarcadero. Existen otros hechos en el expediente como el uso recíproco del espacio y lo que denominan programación diaria conjunta (4 y 5 de los HP) que apuntan igualmente la posibilidad de que el acuerdo tuviera un ámbito más amplio, el del mercado de las excursiones marítimas con salida del Puerto de Sóller, pero que al no ser necesario para la constatación de la infracción, no ha sido considerado por el Consejo ateniéndose a la instrucción realizada por el SDC y a la imputación del Informe Propuesta.

CUARTO.- En su escrito de Conclusiones BARCOS AZULES reconoce que existió acuerdo entre los dos competidores en el mercado para crear la sociedad conjunta pero explica que la actividad de CREUERS DE SÓLLER, S.L., “ *se limitaba a la comercialización conjunta de billetes a particulares en una sola taquilla y al uso recíproco de las embarcaciones de Barcos Azules y TRAMONTANA, S.A. en la prestación de sus servicios a particulares y agencias, sin que empresa alguna entendiese que afectaba a la competencia*” y que mantenían su propia política comercial con las agencias.

Argumenta que no existió afectación del comercio por lo que no puede existir infracción a las normas de competencia y niega que la creación de la sociedad tuviera por objeto restringir la competencia porque “no tenían incentivo”, ni que tuviera ningún efecto restrictivo. En apoyo de sus alegaciones explica que el nicho de mercado sobre el que actúa CREUERS DE SÓLLER, S.L. es residual porque se limita a la venta de billetes a particulares y sólo en el puerto de Sóller; que pueden realizarse excursiones desde otros puertos; que debido a las características de los clientes, turistas que llegan en avión y a que están dispersos y necesitan transporte para moverse por la Isla el control de las excursiones, incluidas las marítimas, es de las agencias de viajes y que todas las empresas que ofrecen servicios de excursiones turísticas están en situación de dependencia de las agencias; que en todo caso la constitución de la empresa tuvo beneficios en términos de eficiencia por lo que le sería de aplicación el artículo 3 de la Ley 16/1989 y que, además, la sociedad ya no está funcionando desde final de 2005. Finaliza argumentando que, en todo caso, la conducta está exenta de responsabilidad porque falta la intencionalidad y la culpabilidad.

El Consejo no considera necesario insistir, porque ya ha quedado evidenciado en las declaraciones de las partes recogidas en los Hechos

Probados y reiterado en el anterior Fundamento Tercero, que el objeto del acuerdo realizado entre Barcos Azules y TRAMONTANA, S.A. en 1996, era el reparto del mercado de adquisición de billetes por los particulares a pie de embarcadero, para evitar la competencia en la captación de esos clientes y que hubo por tanto intencionalidad. Pero es que además el instrumento en que se plasmó el acuerdo, la creación de la empresa conjunta, tiene claramente la “aptitud” para restringir la competencia en ese mercado e incluso en otros más amplios. Y ese reparto estuvo vigente mientras estuvo activa la empresa, hasta 2005, al margen de que existieran problemas entre ellos a partir de un momento determinado.

Pero sí es necesario hacer algunas aclaraciones sobre otras alegaciones de Barcos Azules.

Por lo que se refiere a la no afectación del comercio, parece existir una confusión con el sometimiento a la normativa comunitaria, que es obligatorio cuando la conducta pudiera afectar a los intercambios entre Estados miembros. Pero aquí lo que se aplica es la normativa nacional, artículo 1 de la LDC, que no exige afectación alguna de intercambios comerciales.

En cuanto a los efectos, aunque no sea necesario para calificar la infracción puesto que existe por “objeto” y “aptitud”, parece evidente que el acuerdo entre ambas competidoras, por el que se reparten el mercado de venta de billetes a particulares y se prestan el uso recíproco de las embarcaciones, ha congelado medios y servicios sin permitir que la competencia y la “disputa” por los clientes diera lugar a una oferta más variada de nuevos servicios u horarios o a mejores precios. Los efectos de un acuerdo que restringe la competencia no se pueden medir exclusivamente en una pérdida sobre lo que existía antes del acuerdo sino en impedir que existan mejoras, lo que podríamos considerar “lucro cesante” por ausencia de competencia. Y en cuanto a los aludidos beneficios en términos de eficiencia de la “integración de la oferta comercial” en CREUERS DE SÓLLER, S.L. que se entiende se refiere a ahorros de costes, etc., para las empresas, podrían haber sido tenidos en cuenta en caso de haber solicitado la Autorización Singular prevista en el artículo 3 de la Ley 16/1989, vigente en el momento en que realizaron el acuerdo, siempre que esos ahorros fueran trasladados en medida adecuada a los consumidores. Pero no existió tal solicitud de autorización del acuerdo que iban a celebrar y probablemente no se hubiera conocido de no haber existido problemas entre los dos sujetos de la colusión, por lo que en este momento resulta inaceptable la alegación de no responsabilidad.

QUINTO.- TRAMONTANA, S.A. pone en duda la existencia de un mercado de venta de billetes a particulares porque dice que el definido por el Servicio es un mercado minoritario y residual que no puede considerarse autónomo a los efectos del artículo 1.1 de la LDC y que el mercado relevante es el de excursiones marítimas desde Puerto de Sóller; que la venta a pie de embarcadero no es un recurso necesario para competir y que por tanto la creación de CREUERS DE SÓLLER, S.L. no permite distorsionar la competencia ni cerrar el mercado porque cualquier empresa podría competir vendiendo viajes en barco a las agencias y en cambio no podría hacerlo con sólo un punto de venta en el puerto; y finalmente, de forma subsidiaria para caso de que no sean aceptadas las dos alegaciones anteriores solicita que se aplique el artículo 1.3 de la Ley 16/1989 en consideración a la escasa talla del mercado afectado, si bien insiste en que es de forma subsidiaria puesto que someterse a dicho artículo supone aceptar que existió un acuerdo con Barcos Azules, lo que niega aludiendo a las malas relaciones entre ambos que se han materializado en el expediente 611/2005, que por denuncia suya ha resuelto el TDC, antecesor de este Consejo sancionando a Barcos Azules.

Sin entrar en las contradicciones de estas alegaciones con los escritos presentados por TRAMONTANA, S.A. en el expediente 611/2005, que a petición suya ha sido aceptado como prueba documental en este expediente, es claro que en el momento del acuerdo de creación de CREUERS DE SÓLLER, S.L. las relaciones entre ambas no eran las que dieron lugar a la denuncia y como dice la propia TRAMONTANA, S.A. en aquellos momentos *“adoptaron acuerdos de colaboración que satisfacía a ambas entidades...”*, es decir, acordaron repartirse al 50% los clientes particulares e intercambiar asientos en las embarcaciones.

Por lo que se refiere al tamaño del mercado de venta a particulares en Puerto de Sóller, el que sea pequeño no impide que la existencia del acuerdo, el reparto al 50% de los clientes, haya suprimido por completo la competencia en el mismo y posiblemente afectado a la competencia más allá de la mera venta directa como se ha dicho anteriormente. Pero en todo caso ese tipo de acuerdos entre competidores de reparto de mercados o clientes se considera una conducta tan especialmente grave en sí misma que no resulta de aplicación las previsiones de la LDC para las conductas de menor importancia, quedando excluidas estas conductas de las exenciones generales, tal como recoge la Comunicación de la Comisión C-368/13, de 22 de diciembre de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia.

SEXTO.- El artículo 10 de la Ley 16/1989 de defensa de la Competencia faculta al Consejo para imponer a las empresas infractoras multas de hasta

901.518 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas de las mismas.

También estipula este artículo la forma de fijar la cuantía, atendiendo a la importancia de la infracción según la modalidad de la misma, el alcance, la duración, los efectos, etc.

Por tanto en la determinación de la cuantía de la sanción el Consejo ha tenido en cuenta que la conducta sancionada es un acuerdo de reparto de mercado, es decir una infracción de las más graves y lesivas para la competencia; que las dos empresas eran las únicas competidoras en el mercado de excursiones marítimas del Puerto de Sóller, importante en las excursiones marítimas de Mallorca; que el acuerdo, en forma de sociedad conjunta, por el que se repartían los clientes al 50% se mantuvo desde el año 1996 al 2005, aunque existieran diferencias entre ellos. Todo esto nos llevaría a una sanción en el máximo previsto en la Ley, es decir el 10% del volumen de ventas de las empresas, que consta en el expediente, correspondiente al último año de actividad de la empresa en participación.

En el expediente consta aportado por Barcos Azules, y no refutado por TRAMONTANA, S.A., que la facturación del último año de actividad de las matrices y de CREUERS DE SÓLLER, S.L. fue la siguiente: EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. 1.202.259 €, TRAMONTANA, S.A. 1.002.354 € y la conjunta 193.606. Teniendo en cuenta que el reparto de la facturación de CREUERS DE SÓLLER, S.L. era el 50% podemos considerar que la facturación de las matrices ha sido de 1.298.062 € y 1.099157 € respectivamente.

No obstante, además de los criterios anteriores de la LDC sobre la entidad de la infracción y las características del mercado, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, y al objeto de alcanzar la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el Consejo ha tenido en cuenta otras circunstancias atenuantes, que no eximentes, como que el acuerdo se ha roto y que la empresa en participación esté sin actividad desde finales de 2005, de forma que la sanción se vea minorada. Pero lo que no acepta el Consejo es la eximente por falta de responsabilidad alegada por una de las partes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y el hecho de que la conducta tuvo lugar en las Islas Baleares y en un ámbito, las excursiones marítimas, que afectan directamente al turismo, actividad fundamental de las Islas, el Consejo considera ajustadas a derecho, proporcionadas y disuasorias para las dos

implicadas las sanciones de 78.000 € para EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. y de 66.000 € para TRAMONTANA, S.A.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

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.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se les impondrá una multa de seiscientos euros (600 €), por cada día de retraso.

SEXTO.- Las dos sancionadas justificarán ante la Dirección de Investigación (antes Servicio de Defensa de la Competencia) el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEPTIMO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses desde su notificación.