

RESOLUCIÓN (Expte. 611/06, Excursiones Puerto de Sóller)

Pleno:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a María Jesús González López, Vocal
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

Madrid, a 3 de abril de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador nº 611/06 (Expte. 2545/04 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio) incoado contra las sociedades FERROCARRIL DE SÓLLER, S.A. y EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER, S.L. (comercialmente conocida como BARCOS AZULES), en virtud de denuncia formulada por la sociedad TRAMONTANA, S.A. por la realización de presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los arts. 1 ó 6 la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de julio de 2004 tuvo entrada en el Servicio denuncia de “Tramontana, S.A.” contra “Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L.” (“Barcos Azules”), por considerar que esta sociedad estaba realizando conductas prohibidas por la LDC, consistentes en presionar a determinadas agencias de viajes clientes de la denunciante, que ofertan el producto turístico “Vuelta a la Isla”, para que contratasen el trayecto marítimo de esa excursión turística con la naviera denunciada, si querían tener la garantía de obtener plazas (cupos) en horarios preferentes para el tramo de dicha excursión que se realiza en el ferrocarril de Sóller.

2. Por Providencia de 12 de abril de 2005, el Servicio acordó la incoación de expediente sancionador contra la naviera “Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules)” y “Ferrocarril de Sóller, S.A.”, que es concesionaria de la línea de ferrocarril que une la ciudad de Palma de Mallorca y la localidad de Sóller. Concluida la tramitación del expediente sancionador, el 6 de abril de 2006 el Servicio lo remitió a este Tribunal acompañado del Informe a que alude el art. 37.3 LDC, en que se propone:

“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 subordinación de los horarios en el transporte por ferrocarril de Sóller en el tramo en tren de las 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.

b) Se tenga en consideración el papel protagonista que ha tenido en la realización de las conductas prohibidas D. F. M. M. y se proceda a la aplicación del art. 10.3 de la LDC”.

3. En el Informe-Propuesta de 4 de abril de 2006, a instancia de la denunciante, el Servicio también propuso al Tribunal la adopción de la medida cautelar consistente en *“requerir a Ferrocarril de Sóller S.A. y a Excursiones Marítimas Puerto de Sóller S.L. para que cesen en su conducta de subordinar la concesión de las plazas de tren en el tramo ferroviario de la excursión Vuelta a la Isla a la contratación del tramo en barco con la entidad Excursiones Marítimas Puerto de Sóller S.L.”.* Esta propuesta fue tramitada a través del Expte. MC 35/06, resuelto por Resolución de 30 de mayo de 2006, en la que el Tribunal adoptó la medida cautelar consistente en *“ordenar a Ferrocarril de Sóller, S.A. y a Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. que cesen en su conducta de subordinar la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren en el tramo ferroviario de la excursión Vuelta a la Isla a la contratación del tramo en barco con la naviera Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules)”.*

4. El mismo día 6 de abril de 2006 tuvo entrada el expediente del Servicio en el Tribunal, que lo admitió a trámite por Providencia del Pleno de 19 de abril de 2006. En esta Providencia notificada a las partes, el Pleno acordó dar audiencia al Servicio al entender que la cuestión sometida a su valoración pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación jurídica. En particular, a la vista de los hechos acreditados por el Servicio, el Tribunal apreció que existen vínculos personales y fácticos entre las dos sociedades imputadas que podrían anular la necesaria bilateralidad de voluntades propia de las conductas concertadas prohibidas por el art. 1.1 LDC, pero que la conducta de “Ferrocarril de Sóller, S.A.” podría constituir un supuesto de abuso de la posición de dominio prohibida por el art. 6 LDC, realizada desde la posición de dominio que ostenta como concesionaria exclusiva de la línea de ferrocarril que une Palma de Mallorca con la localidad de Sóller, que podría estar generando efectos restrictivos en el mercado configurado por el producto turístico “Viaje a la Isla”, ofertado por las agencias y mayoristas de viajes que operan en la zona de Sóller.

5. En contestación a la referida Providencia del Tribunal de admisión a trámite y nueva calificación, por escrito de la Directora General de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2006, el Servicio termina concluyendo que *“...la propuesta de este Servicio al Tribunal en el preceptivo informe propuesta de que se declare que la subordinación de los horarios en el transporte en ferrocarril de Sóller en el tramo en 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 es una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la LDC, no obsta, en opinión de este Servicio, para que en la fase ante ese Tribunal se llegara a acreditar que los imputados: Excursiones Marítimas Puerto de Sóller S.L. y Ferrocarril de Sóller S.A., no actúan con autonomía de decisión sino que por el contrario obedecen a una misma y única dirección, los hechos pudieran ser calificados como de abuso de posición de dominio por parte de Ferrocarril de Sóller, S.A., toda vez que como ha quedado acreditado en el expediente éste ostenta posición de dominio en el mercado definido como “Vuelta a la Isla” al explotar en régimen de concesionario en exclusiva el ferrocarril de Sóller.”*

6. Mediante Providencia de 29 de junio de 2006 y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 LDC, el Tribunal acordó poner el expediente de manifiesto a los interesados por el plazo de 15 días hábiles, para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimasen necesarias. A solicitud de las dos sociedades imputadas, mediante Providencia de 17 de julio de 2006, el Tribunal prorrogó este plazo por un periodo de 8 días hábiles y para todos los interesados en el expediente. En este trámite comparecieron las tres sociedades interesadas.
7. Por Auto de Prueba, Vista y Confidencialidad de 24 de octubre de 2006, el Pleno del Tribunal resolvió sobre la prueba propuesta por las partes; declaró la confidencialidad solicitada; ordenó la práctica de oficio de determinadas pruebas; y admitió la solicitud de celebración de vista oral.
8. Por escrito de 30 de noviembre de 2006 “Barcos Azules” da cumplimiento a la información requerida por el Tribunal, al tiempo que al amparo de los arts. 35.e) y 79.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC) solicita aportar al expediente dos documentos: 1) fotocopia de recorte de prensa de la publicación “La Veu de Sóller” en el que se da cuenta de que la denunciante “Tramontana” incorporará una nueva excursión que enlazará el puerto de Sóller y el puerto de Andratx (Anexo nº 1); 2) Fotocopia de Informe de 4 de septiembre elaborado, a petición de parte, por la consultora de transportes “CINESI”, titulado “Estadística de viajeros de Turismo Náutico en el Port de Sóller”. En este mismo escrito se solicita la declaración de confidencialidad, respecto de “Tramontana”, para las cifras en Euros del volumen de ventas de “Barcos Azules” en los años 2003, 2004, 2005.
9. “Ferrocarril de Sóller” da cumplimiento a la información requerida por el Tribunal por medio de escrito de 30 de diciembre de 2006. También al amparo de los arts. 35.e) y 79.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC) solicita aportar al expediente fotocopia de un folleto explicativo de la Agencia “Travelplan” en el que se detalla el programa de excursiones ofrecidas en la Isla de Mallorca en los meses de julio y agosto de 2006, en el que figura la excursión “Vuelta a la Isla” con dos opciones, una en barco y otra en tren y barco (Anexo nº 2). Por último solicita que el Tribunal

acuerde declarar la confidencialidad, respecto de “Tramontana”, del volumen de ingresos en Euros (totales y por agencias de viajes, y el porcentaje que estos representan sobre el total) correspondientes a los años 2003, 2004 y 2005. Posteriormente, y de nuevo al amparo de los arts. 35.e) y 79.1 LRJPAC, por escrito de 3 de enero de 2007, “Ferrocarril de Sóller” solicita aportar al expediente informe elaborado, a petición de parte, por los consultores “Montoro y Asociados Asesores, S.L.”.

10. Por escrito de 30 de noviembre de 2006 (con entrada en el Tribunal el 4 de diciembre siguiente) la sociedad “Vall de Soller Services, S.L.” procedió a dar cumplimiento a la información requerida por el Tribunal, solicitando la declaración de confidencialidad, respecto de Tramontana, de su escrito y de los dos documentos anejos.
11. Por escrito de 4 de diciembre de 2006 (con entrada en el Tribunal el 7 siguiente), “Tramontana, S.A.” dio cumplimiento a la información requerida por el Tribunal en su Auto de Prueba, Vista y Confidencialidad. Posteriormente, por escrito de 16 de enero de 2007 (con entrada en el Tribunal el 18 siguiente), Tramontana afirma que las sociedades imputadas no sólo no están cumpliendo las medidas cautelares acordadas en el expte. MC 35/2006 (y así se ha comunicado al Servicio), sino que le habrían sustraído un importante y tradicional cliente (“TUI España”), adjuntando información contable que demostraría la relevancia de este cliente dentro de su cartera de clientes. Por escrito de 22 de enero de 2007, y con el objeto de subsanar un error apreciado en la documentación adjuntada a su anterior escrito, solicita la incorporación al expediente de un fax dirigido por “Tramontana” a su representación jurídica en este expediente, dando cuenta de la pérdida del referido cliente.
12. Por Auto de Confidencialidad y Valoración de la Prueba de 8 de febrero de 2007, el Tribunal resolvió sobre la confidencialidad solicitada, ordenó la incorporación al expediente (como alegaciones o documentos aportados por las partes interesadas) de aquellos documentos adjuntos a sus escritos, así como conceder a las partes el plazo de diez días que dispone el art. 40.3 LDC para valoración de las pruebas practicadas. Plazo que, a

solicitud de Tramontana y para todos los interesados en el expediente, el Tribunal prorrogó por un periodo de 5 días hábiles mediante Providencia de 20 de febrero de 2007, en la que también se fijó como fecha de celebración de Vista el día 21 de marzo de 2007.

13. En el trámite de valoración de la prueba comparecieron Ferrocarril de Sóller y Tramontana. El representante de Ferrocarril de Sóller, por medio de escrito de 2 de marzo de 2007 alega, de forma resumida, que no existe conducta colusoria por cuanto las dos sociedades denunciadas (Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules) junto con Náutica Port, S.L. y Vall Sóller Services, S.L. formarían una unidad económica; que las sociedades denunciadas no ostentan posición de dominio en cualquiera de los mercados relevantes que se considere; que, en todo caso, no se ha probado la existencia de conductas que resultasen perjudiciales para el consumidor y para la competencia, por cuanto Tramontana ha incrementado desde 2005 tanto su facturación como su cuota de mercado. A este escrito de 2 de marzo de 2007 (anexos 1, 2, 3.a y 3.b) y a otro posterior pero de la misma fecha (anexo al Informe de Montero y Asociados Asesores S.L. de 26 de diciembre de 2006) se adjuntan diversos documentos, que se incorporan al expediente como documentos de parte. Tramontana evacuó este trámite de valoración de la prueba por medio de escrito de 2 de marzo de 2007 alegando, en resumen, que Ferrocarril de Sóller ostenta posición de dominio en el tramo ferroviario de la excursión Vuelta a la Isla, desde la que ha llevado a cabo conductas prohibidas por el art. 6 LDC, consistentes en condicionar o subordinar la obtención por las agencias de viajes de descuentos, cupos y horarios favorables en el tren a la contratación del tramo marítimo de esa excursión con la naviera Barcos Azules.
14. La Vista del presente expediente se celebró el día 21 de marzo de 2007, en la que comparecieron e hicieron uso de la palabra los representantes del Servicio, de Tramontana S.L., Ferrocarril de Sóller S.A. y Excursiones Marítimas Puerto de Sóller S.L. (Barcos Azules) para formular sus conclusiones, quedando el expediente visto para dictar Resolución. La Vista fue grabada en audio quedando las cintas incorporadas al expediente.

15. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en sus reuniones de los días 21 y 29 de marzo de 2007.
16. En este expediente son interesados:
 - Tramontana, S.L.
 - Ferrocarril de Sóller, S.A.
 - Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L.
 - D. F.J.M.M.

HECHOS PROBADOS

Como consecuencia de la investigación realizada por el Servicio, así como de las pruebas practicadas ante este Tribunal, han quedado acreditados los siguientes hechos:

- 1) 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.

- 2) Excursiones Marítimas Puerto de Soller, 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 F.J., O., S. (31,45% cada uno) y M.C.M.M. (5,6%). Además, los dos primeros son los administradores solidarios de la sociedad, por acuerdo de la Junta General de 19/01/2002 (folios 657 y s. expte. Servicio).

Barcos Azules posee el 50% del capital social de Náutica Port, S.L., ostentando D. L. y D. M.R.C. el 50% restante a partes iguales. D. F.M. es administrador mancomunado de Náutica Port (folios 1130 y s. expte. Tribunal).

- 3) 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 €

Su capital social está actualmente dividido en 100.304 acciones repartidas entre 682 accionistas. El principal accionista es Náutica Port con el 18,42% (entró en el capital en octubre de 2002), y entre los doce primeros accionistas se encuentra Tramontana con el 1,09% (folio 1131 expte. Tribunal). Son también accionistas (a 3/09/2005): D. F.M. con 4 acciones; D. O. y D. S.M. y D. L.R.C. con 1 acción cada uno; y D. M.R.C. con 71 acciones. El Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller acordó en sesión de 24 de septiembre de 2003 constituir en su seno una Comisión Ejecutiva integrada por: Presidente: F.J.M.; Vocales: D. V.S.C., D. M.R.C., D. O.M.; Comisión

Ejecutiva en la que se delegan todas las facultades que conforme a los Estatutos Sociales corresponden al Consejo de Administración (folio 469 expte. Servicio). Del examen de las Actas de las Juntas Generales de Ferrocarril de Sóller celebradas en los años 2003 a 2005, resulta que los miembros de la Comisión Ejecutiva acuden a la Junta con acciones propias y (especialmente) con acciones representadas que suman, en todas las Juntas, porcentajes de capital que se aproximan al 50% del capital social asistente.

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 (folios 481 y s. expte. Servicio y 848 del Tribunal).

Tren de Sóller es titular del 80% del capital social de “Vall de Sóller Services, S.L.”, correspondiendo el 20% restante a Barcos Azules. D. F.M. 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.

- 4) En la fase de diligencias previas, el Servicio solicitó de Barcos Azules información sobre la relación de clientes de Ferrocarril de Sóller indicando si existen diferencias entre ellos y el motivo de dicha diferenciación, en su caso, contestando aquella que “Debo reiterar lo manifestado en los puntos anteriores en cuanto a la falta de relación entre una y otra entidades y la lógica imposibilidad de aportar documentación o siquiera datos de una entidad ajena a la requerida (folio 196 expte. Servicio). En la misma fase del procedimiento, el Servicio también requirió información a Ferrocarril sobre la “Relación mercantil y de cualquier otro tipo entre Ferrocarril de Sóller y Excursiones Marítimas Puerto de Sóller”, contestando aquélla por boca del Secretario del Consejo que “La relación mercantil de Excursiones Puerto de Sóller, S.A. con Ferrocarril de Sóller S.A. es de cliente, empezando su relación a finales de febrero de 2003, hasta la fecha...”.

En el escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, Ferrocarril de Sóller insiste en que “nada tiene que ver con esta Sociedad [Barcos Azules] ni con el transporte marítimo”, negando así mismo que Barcos Azules participe en el 16% del Capital social de Ferrocarril de Sóller (folio 1072 expte. Servicio). Una participación accionarial que también negó Barcos Azules en su escrito de alegaciones al Pliego (folios 1126 ss. expte. Servicio).

Sin embargo, Barcos Azules es titular del 50% del capital social de Náutica Port, sociedad que adquirió el 18,4% del capital social de Ferrocarril de Sóller.

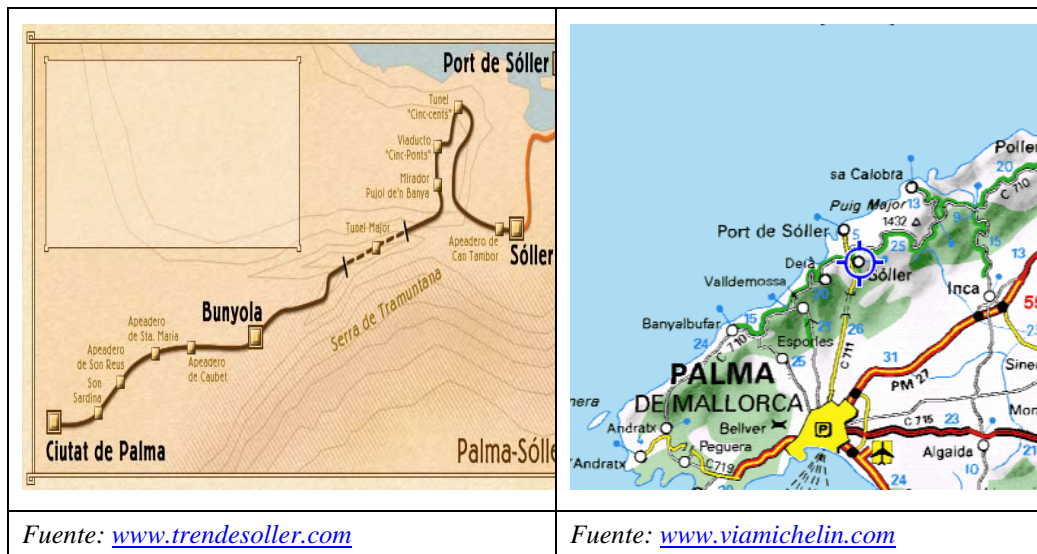
- 5) En 1996 Tramontana y Barcos Azules decidieron crear “Creuers de Sóller, S.L.”, entidad participada al 50% por las dos mencionadas, cuyo objeto social es el transporte marítimo de viajeros y la realización de excursiones marítimas (folios 57-60 y 120-165 del Servicio). Dicha entidad fue creada para 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%.

Según la denunciante, a partir de 1999 surgieron entre las matrices de Creuers de Sóller importantes divergencias que amenazaron la estabilidad y continuidad de la empresa coparticipada. Así las cosas, y tratando de zanjar dichas divergencias, Tramontana, según su propia declaración, realizó ciertas concesiones al respecto; en concreto, “cedió” algunos de sus clientes de agencia a Creuers de Sóller. En efecto, en las copias de las facturas enviadas por Tramontana se muestra que “Viajes Franco Española” fue cliente de Tramontana durante 1998, 1999 y 2000, pasando a ser posteriormente cliente de Creuers de Sóller en 2000, 2001 y 2002 (folios 23-29 expte. Servicio); “Viajes Soltour” fue cliente de Tramontana durante 1999 y 2000 pasando a serlo de Creuers de Sóller en 2000, 2001 y 2002 (folios 30-37 expte. Servicio); “Viajes Barceló” fue cliente de Tramontana en 1999 y 2000, y pasó a Creuers de Sóller en 1999, 2000, 2001 y 2002 (folios 37-43 expte servicio); y que “Santana Reisen”, “Viajes Trans World” o “Viajes Cesar y Helga”

fue cliente de Tramontana en 1999 y 2000 y de Creuers de Sóller en 2000, 2001 y 2002.

En la actualidad, todas ellas forman parte de la cartera de Barcos Azules, tal y como se observa en el listado de clientes aportado por la denunciada, en el que aparecen, entre otras 70 agencias, las siguientes: Viajes Barceló S.L.; Viajes San Francisco S.A.; Viajes Franco Española S.A.; Viajes Mijura S.A.; Viajes Soltour S.A.; Viajes Honderos S.L.; Viajes Trans World S.A. (folios 858-859 de expte. Servicio).

- 6) En el Pliego de Concreción de Hechos, el Servicio da cuenta que ha procedido a incoar expediente sancionador separado contra Tramontana y Barcos Azules por cuanto la constitución por ambas de la sociedad Creuers de Sóller, S.L. constituiría un acuerdo prohibido por el art. 1 LDC.
- 7) 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.
- 8) 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 por el Servicio incluyen un tramo en tren.



9) En el Acta del Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller de 19 de noviembre de 2002, en relación con el asunto 5º. Temas de gestión, se hace constar “una disminución de los ingresos acumulados en ... €... En gran parte es debido al tren de agencias que ha supuesto una disminución en los ingresos en estos diez meses de ... €. Asimismo se observa el efecto de la incorporación de un segundo tren turístico ya que los ingresos de este tren con respecto al año anterior han aumentado en ... €” (folio 449 expte. Servicio). En el Acta del Consejo de Administración de 10 de marzo de 2003, en el punto Segundo del Orden del día se recoge la afirmación del Presidente (D. F.M.) de que “Se incidirá sobre el motivo de este aumento de tarifas únicamente en los servicios turísticos ya que el público mayoritario es turístico y no tocaremos el servicio regular” (folio 459 expte. Servicio). En el periódico “*E de Mallorca*” de 10 de junio de 2004 se publica una entrevista a D. F.M., en calidad de representante de Barcos Azules y presidente de Ferrocarril de Sóller, en la que se puede leer “...la evolución del negocio [de Barcos Azules] está vinculada a las excursiones que venden las agencias de viaje y touroperadores en los hoteles”... En 2003, entramos en el ferrocarril de Sóller, fruto de la crisis profunda de la ‘Volta a L’Illa’”. La falta de turistas destapó lo deficitaria que es la línea regular del tren de Sóller...” (folio 110 expte. Servicio).

10) En la página Web de Ferrocarril de Sóller www.trendesoller.com (la propia denunciada ha declarado que esta página es de su titularidad: folio 1070 expte. Servicio) se afirma: “*Ferrocarril de Sóller S.A. es una empresa de capital privado..., dedicada al transporte regular ferroviario de pasajeros y que subsiste en la actualidad*

fundamentalmente gracias al especial atractivo que genera entre visitantes y turistas". En la página principal de esta web existe un enlace rotulado "Vuelta a la Isla"; si se entra en él se puede leer que ésta es "La excursión más popular y más espectacular de cuantas se pueden realizar en Mallorca", acompañada de unas fotografías ilustrativas y de la doble oferta tren+tranvía+barco y Microbús+barco (en ambos casos, con Barcos Azules), que se pueden contratar desde la propia página Web.

11) El Acta de la JG de 29 de mayo de 2004, recoge la intervención del accionista Sr. Z.M. que después de apoyar la gestión de Consejo, señala *"la importancia que tiene hoy en día desde un punto de vista turístico, el Tren de Sóller, ya que considera que la excursión Palma-Puerto de Sóller-Sa Calobra, es una de las excursiones más importantes que un turista puede realizar en visita a Mallorca. Por tanto anima al Consejo de Administración a que siga con la misma trayectoria y conserve el carácter que hasta ahora ha destacado al Tren de Sóller"*.

12) Según el Acta del Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller de 19 de noviembre de 1999, en esta fecha se nombraron por cooptación a D. F. y D. O.M.M. miembros del órgano de administración, y al primero de ellos además se le nombró Presidente del Consejo (folio 448 expte. Servicio). Meses más tarde habrían comenzado a producirse una serie de presiones por parte de estas dos personas sobre los gerentes y responsables de diversas agencias de viajes que, hasta ese momento, habían formado parte de la cartera de clientes de la naviera denunciante "Tramontana S.A.". Así, las agencias de viajes "Viajes RTS, S.L.", "Viajes Honderos, S.A. –ahora Transunion-", y "Club de Vacaciones", en documentos de julio y agosto de 2003 y mayo de 2004 dirigidos a Tramontana (y aportados por ésta al expediente; folios 61, 62, 70; también folios 653 y 689, todos del expte. Servicio), ponen de manifiesto haber sufrido presiones por parte de Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules para contratar el tramo marítimo de la excursión con Barcos Azules si quieren disponer de cupos/plazas y mejores precios en el Tren. En concreto, estas conductas consistieron en:

- En la copia de la carta fechada el 20 de agosto de 2003, enviada por D. A.R.H. (administrador de la extinta agencia de viajes "Viajes

RTS”) a D. J.A. (representante de “Tramontana”), señala lo siguiente: “[...] te envió ésta para concertar cita de forma oficial, para tratar sobre el tema de las veladas insinuaciones llegadas desde mi compañero M., a efectos de canalizar las reservas conjuntamente con Barcos Azules, para así obtener mejores precios y más facilidades en los cupos del Ferrocarril de Sóller. Asimismo, te hago saber que World Services, también me comentó P., se siente bastante descontento por los horarios que recibe del tren por utilizar los servicios de TRAMONTANA y no los de BARCOS AZULES [...]” (folio 61).

- En la copia de la carta fechada el 20 de julio de 2003 y remitida por D. A.G. (representante de Viajes Honderos) a D. J.A., se señala que: “[...] debido a ciertas exigencias, impuestas por parte del Ferrocarril de Sóller y con el fin de poder mantener los cupos de dicho tren, nos hemos visto obligados a ceder algunos grupos de Viajes Honderos, cuyo servicio hasta ahora te encomendábamos, para que realicen el transporte marítimo con la empresa Barcos Azules [...]” (folio 62).

- En la copia del correo electrónico remitido el 27 de mayo de 2004 por D. E.H. (de la agencia de viajes “Club de Vacaciones”) a D. J.A. a las 07:52h, se señala lo siguiente: “[...] para hoy día 27 de mayo teníamos reservado y confirmado un grupo de 52 personas [...] con salida del tren de Son Reus a las 10:20h. [...] Te paso el informe por escrito de las conversaciones mantenidas ayer tarde entre A.M. director comercial de Mallorca Visión, K. de AVIBA y yo: [...] sobre las 18:40h, me informa A.M. que le han comunicado del tren de Sóller que si no hacemos la travesía con las Barcas Azules no nos dan servicio de tren, le indico que eso es un chantaje y que nosotros no tenemos relación comercial con dichas barcas [...] y que tengo un acuerdo con Barcas Tramontana de un precio especial para dichos grupos, me contesta que eso no es problema, que me facturarán el mismo precio y mantendrán la misma hora salida de Pto. Sóller a las 11:40h. Tal como me indicaste, llamé a V.F., en AVIBA, sobre las 18:50h me atendió K. [...] le informé de lo que estaba ocurriendo, y me indicó que llamaría a J. (Tren de Sóller) [...] [Segunda llamada de A. [...] el cual me indica que le han llamado del tren y después de una llamada de AVIBA a los mismos, la hora de salida pasa a las 17:15h con salida de Sóller. Acto seguido me llama K. y me informa que le ha comunicado J. que

todo lo hablado anteriormente no es cierto y que al enterarse que el grupo era Club de Vacaciones, que no es cliente habitual, cambió la hora, ya que tenía clientes habituales y no tenía sitio para este grupo.” (folio 70).

Preguntada al respecto por el Servicio, la delegada de dicha agencia remitió el 26 de julio de 2005 un escrito de contestación en el que señala que: [...] *la problemática que se recoge es que Ferrocarril de Sóller se negaba a dar al grupo de Club de Vacaciones horario para trayecto en su tren en el momento que se supo que dicho grupo pertenecía a este Touroperador si no continuaban la excursión con el barco perteneciente a la empresa “Barcos Azules” con la cual Ferrocarriles Sóller tiene un acuerdo. [...] (folio 653).*

- 13) La denunciante prueba con la aportación de contratos y facturas que otras agencias eran clientes para la excursión Vuelta a la Isla: Viajes Franco-Española, Viajes Soltour, Viajes Barceló –ahora Hotel Beds-, y Viajes Trans World –también Santa Raisen y ahora Viajes César y Helguera-, Viajes Mijura. Actualmente todas ellas forman parte de la cartera de clientes de Barcos Azules (folios 858 y s. expte. Servicio). Tramontana alega que ha perdido estos clientes como consecuencia de las presiones ejercidas por las sociedades denunciadas, pero reconoce que no existen testimonios documentales de las mismas (folios 181 a 183 expte. Servicio). A este respecto y a requerimiento del Servicio (folios 588 a 590 expte. Servicio): Viajes Franco Española contesta que opera con las dos navieras desde que disolvieron su empresa conjunta “Creuers Sóller” a principios de 2003 (folios 656 y 681); Soltour afirma que actualmente solicita los servicios de Barcos Azules por “tener mejores precios y condiciones” (folio 679); Viajes Mijura afirma que contrata con ambas navieras según criterios de disponibilidad y horarios, pero la mayor parte de la contratación se realiza con Tramontana (folio 683); Hotel Beds informa que lo que motivó en 2002 el cambio de proveedor hacia Barcos Azules fue haber conseguido un mejor acuerdo económico (684); C. y H. afirman que tras la desaparición de Creuers Sóller se decidieron por Barcos Azules porque sería mejor para sus clientes (685); Transunion Mallorca (posee el 100% del capital de Viajes San Francisco o comercialmente Transtour, que a su vez adquirió en 2004 el fondo de comercio de Viajes Honderos) declara que pasó a contratar los servicios de Barcos Azules como consecuencia de las

presiones ejercidas por D. F.J.M. y para tener garantizadas plazas en el Tren (folios 687 y s. expte. Servicio).

- En particular, el 11 de agosto de 2005, D. M.F.M., en representación de "Transunión Mallorca, S.L." (empresa que controla la agencia "Viajes San Francisco S.A." -nombre comercial de "Transtours"- y que adquirió el 1 de marzo de 2004 el fondo de comercio de la agencia "Viajes Honderos S.A."), envió contestación a la solicitud de información formulada por el Servicio, en la que afirma: *"[...] En cuanto a la reunión celebrada por quien suscribe con el Sr. J.M.M., aproximadamente en fecha mes de marzo del año 2004, interesa manifestar lo siguiente: la reunión fue concertada por iniciativa del Sr. M. Mi participación en ella lo fue como legal representante de la compañía "VIAJES SAN FRANCISCO S.A." [...] El objeto único de la reunión y exclusivo interés del Sr. J.M. consistió en tratar de desviar la contratación de los clientes de VIAJES HONDEROS S.A. [...] de TRAMONTANA S.A. a favor de "EXCURSIONES MARITIMAS PUERTO DE SOLLER". Como argumento de fuerza y mecanismo de presión, el Sr. M. reiteró que la contratación de "EXCURSIONES MARITIMAS PUERTO DE SOLLER" para realizar el traslado en barco garantizaba la plaza en el tren (desde Sóller a Bunyola), en cambio la contratación de TRAMONTANA S.A. supeditaba la plaza de tren a que hubiera plazas excedentes no ocupadas por clientes de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SOLLER. Como consecuencia de esta reunión, y para tener garantizada la plaza del cliente (turista) en el tren, los antiguos clientes de "VIAJES HONDEROS S.A." en adelante, y por mi mediación, contrataron los servicios de EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SOLLER, dejando de contratar a TRAMONTANA S.A.. [...]"* (folio 687).

- El mismo día 11 de agosto de 2005, D. A.G.X., en nombre y representación de la compañía Viajes Honderos S.A., envió contestación a la solicitud de información remitida por el Servicio, señalando lo siguiente: *"[...] durante la temporada turística del año 2003 quien suscribe recibió presiones directas por parte del Sr. O.M. en orden a desviar la contratación de este transporte marítimo a favor de la compañía EXCURSIONES MARITIMAS PUERTO DE SOLLER. El Sr. M. argumentaba la conveniencia de contratar a esta última compañía porque con ello quedaba asegurada la plaza en el tren turístico que parte de Sóller, y especialmente en los tramos*

horarios más convenientes [...] como consecuencia de lo anterior, y a fin de tener aseguradas las plazas del tren, decidí desviar parte de la contratación que tenía concertada con la compañía TRAMONTANA S.A. a favor de la entidad EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SOLLER. [...] A lo anteriormente expuesto obedece la carta enviada a la compañía TRAMONTANA S.A. en fecha 20 de julio de 2003 [...]" (folio 689).

- En noviembre de 2005, "Hotel Beds" remitió al Servicio su contestación a la solicitud de información formulada por aquél, en la que afirma: *"[...] El cambio de proveedor de TRAMONTANA SA a EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SOLLER por parte de HOTEL BEDS obedeció a que EXCURSIONES MARITIMAS DE SOLLER como única explotadora de la red de tren a Sóller reservaba para sí y ofrecía a sus clientes directos preferenciales mejores horarios y tarifas que los que podía ofrecer a quien en el mercado opera como mero intermediario."* (folios 887-890).

14) En las listas de precios para las temporadas 2004/2005 y 2005/2006 enviadas por Barcos Azules (y firmadas por F.J.M.) a Viajes Soltour se afirma: *"En los cupos de tren, tendréis garantizado el viaje por la mañana, salvo causas de fuerza mayor o por acuerdo de ambas partes..."* (folios 825 y 861 expte. Servicio). Esta misma garantía se encuentra en el documento que el mismo D. F.J.M., pero ahora en calidad de representante de Ferrocarriles de Sóller envió a la misma agencia Viajes Soltour comunicándole la tarifa a aplicar para la temporada 2005/2006 (folio 947 expte. Servicio).

15) Con posterioridad a la denuncia que motiva este expediente, al menos las agencias Viajes San Francisco y Travelplan (folios 806 y 848 expte. Tribunal) ofertan la excursión "Vuelta a la Isla" con la opción del tramo en tren o en autobús. Viajes San Francisco afirma que el itinerario de la Vuelta a la Isla sin tren depende del horario que le facilite el Tren de Sóller, pues el grupo que realiza el desplazamiento desde Son Reus (ciudad de Palma de Mallorca) hacia Sóller debe esperar al que viene en tren, para luego embarcar todos en las barcas hacia Sa Calobra. El precio, duración y viajeros transportados de la opción sin tren (en autobús) son muy diferentes:

	Excursión con tren	Excursión sin tren
Precio	62 €	42 €
Duración	50 minutos	25 minutos
Número viajeros (entre 1/4/06 al 31/10/06)	15.354	1.294

Según la copia del folleto de la Agencia Travel Plan esta oferta la excursión “vuelta a la Isla” sin tren (no todos los días de la semana), con un precio notablemente inferior a la opción en tren: adultos 42 € (60 € con tren) y niños 21 € (30 € con tren).

16) Según documento aportado por Tramontana (folios 936 y 1076 expte. Tribunal) su facturación generada por el producto “Vuelta a la Isla” ha sido la siguiente:

	2003		2004		2005		2006 (de enero a septiembre)	
	pasajeros	facturación	pasajeros	facturación	pasajeros	facturación	pasajeros	facturación
Cientes habituales	125.800	647.757,89	116.800	594.111,34	104.812	547.653,99	92.053	480.172,08
Cientes nuevos	0	0	0	0	36.077	198.822,88	46.335	264.546,45
TOTAL	125.800	647.757,89	116.800	594.111,34	140.889	746.476,87	138.388	744.718,53 Todo el año: 845.805

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el Pliego de Concreción de Hechos el Servicio concluye que ha quedado probada la existencia de una práctica concertada entre Barcos Azules y Ferrocarril de Sóller, que persigue la expulsión del mercado de la única competidora de la primera (Tramontana), lo que constituye una conducta prohibida por el art. 1 LDC. Así mismo, considera que D. F.J.M.M. ha tenido un protagonismo claro en la

realización de dichas prácticas gracias a las funciones que posee en las dos empresas que representa, conducta que se considera sancionable en virtud del art. 10.3 LDC. Conclusión que es coincidente con la propuesta que formula a este Tribunal en su Informe-Propuesta de 4 de abril de 2006, de que *“Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la LDC, consistente en la subordinación de los horarios en el transporte en ferrocarril de Sóller en el tramo en 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”*.

Sin embargo, ya en la Providencia de admisión a trámite del expediente, el Tribunal haciendo uso de su facultad de recalificación de los hechos recogidos en el Pliego que le reconoce el art. 43 LDC, valoró que los vínculos personales y fácticos entre las dos sociedades imputadas apreciados por el Servicio podrían anular la necesaria bilateralidad de voluntades propia de las conductas concertadas prohibidas por el art. 1.1 LDC, pero que la conducta de Ferrocarril de Sóller podría constituir un supuesto de abuso de la posición de dominio prohibida por el art. 6 LDC, realizada desde la posición de dominio que ostenta como concesionaria exclusiva de la línea de ferrocarril que une Palma de Mallorca con la localidad de Sóller, que podría estar generando efectos restrictivos en el mercado configurado por el producto turístico “Viaje a la Isla”, ofertado por las agencias y mayoristas de viajes que operan en la zona de Sóller.

A esta apreciación del Tribunal, en escrito de la Directora General de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2006, el Servicio termina concluyendo que *“...la propuesta de este Servicio al Tribunal en el preceptivo informe propuesta de que se declare que la subordinación de los horarios en el transporte en ferrocarril de Sóller en el tramo en 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 es una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la LDC, no obsta, en opinión de este Servicio, para que en la fase ante ese Tribunal se llegara a acreditar que los imputados: Excursiones Marítimas Puerto de Sóller S.L. y Ferrocarril de Sóller S.A., no actúan con autonomía de decisión sino que por el contrario obedecen a una misma y única dirección, los hechos pudieran ser calificados como de abuso de posición de dominio por parte de Ferrocarril de Sóller, S.A., toda vez que como ha quedado*

acreditado en el expediente éste ostenta posición de dominio en el mercado definido como “Viaje a la Isla” al explotar en régimen de concesionario en exclusiva el ferrocarril de Sóller.”.

Por tanto, en esta fase del procedimiento ante el Tribunal, el expediente sancionador se ha tramitado por presunta infracción de los arts. 1 ó 6 LDC, y el Tribunal ordenó en su momento la práctica de oficio de diversas pruebas que tenían como objetivo aportar información al expediente, que permitiese discernir en la Resolución final si la colaboración entre las imputadas Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules había alcanzado tal grado de integración que, de hecho o de derecho, se pudiese concluir que existen vínculos suficientes para afirmar que ambas sociedades, pese a ser dos personas jurídicamente distintas, responden a una misma dirección económica.

Concluida la tramitación del expediente, éste es el momento procesal en el que procede abordar de forma definitiva este dilema jurídico que ha recorrido y, en cierto modo, complicado la instrucción, por cuanto es doctrina consolidada de este Tribunal que no es posible aplicar cumulativamente ambas prohibiciones de la LDC a unos mismos hechos; esto es, en caso de *aparente* concurso de ilícitos antitrust es necesario dilucidar cuál de ellos es el realmente aplicable. Baste citar, a modo de ejemplo de esta doctrina, la Resolución de 3 de abril de 2002 en la que el Tribunal afirma que no cabe “la posibilidad de sancionar un mismo hecho por dos diferentes preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia” (Expte. R 483/01, FD 3º).

La cláusula general del art. 1.1 LDC prohíbe todo pacto lesivo de la competencia, cualquiera que sea la forma que adopte la colusión, pero no todo pacto o acuerdo en sentido técnico jurídico resulta incardinable en esa prohibición, pues ésta tiene como presupuesto el concurso de dos o más voluntades económicamente independientes. No basta, pues, con que desde una perspectiva jurídico formal existan o concurren dos agentes jurídicamente independientes, porque lo esencial del concepto económico de acuerdo del art. 1.1 LDC radica en que la colusión debe ser el resultando de un concurso de voluntades materialmente (y no sólo formal o jurídicamente) autónomas y diferenciadas. Una bilateralidad económica o material de voluntades que se debe descartar que exista cuando las partes, aun jurídica y formalmente independientes y autónomas, actúan bajo una misma dirección económica.

Como sucede a menudo en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, dilucidar cuándo junto a la autonomía formal de las partes del acuerdo hay también concurso de voluntades materialmente autónomas o, en realidad, una única voluntad de la empresa que ejerce la unidad de dirección económica, o que están organizadas en forma de unidad económica, depende de las circunstancias de cada caso en concreto.

En el presente caso, el Servicio, en el Informe-Propuesta, imputó a Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules la autoría de una conducta concertada prohibida por el art. 1.1 LDC que, ante la insistente negativa de las sociedades sobre cualquier relación mercantil entre ellas distinta a la típica de cliente, ha inferido o presumido de la estrecha relación que existe entre ambas sociedades basada en los hechos siguientes:

Los hermanos D. F.J. y D. O.M.M. son los administradores solidarios y apoderados únicos de Barcos Azules y, al tiempo, Presidente y miembro del Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller y de su Comisión Ejecutiva. Los Estatutos de Ferrocarril de Sóller otorgan al Presidente del Consejo de Administración amplias funciones en materia de administración, gestión y representación, con independencia del número de acciones del que sea propietario. Ambas empresas realizan campañas publicitarias de manera conjunta en diversos medios informativos. Incluso en la página web de “Ferrocarril de Sóller” existe un enlace directo a la página web de Barcos Azules. Barcos Azules tiene la capacidad de garantizar los viajes en tren de la excursión Vuelta a la Isla en determinados horarios (salvo causas de fuerza mayor) cuando anuncia las tarifas a aplicar sobre sus agencias clientes al inicio de cada temporada turística.

Las dos empresas imputadas han mantenido a lo largo de la tramitación del expediente ante el Servicio que eran empresas jurídica y materialmente autónomas y diferenciadas. Como ya se ha expuesto, el Tribunal en la Providencia de admisión a trámite del expediente consideró que esos hechos que servían al Servicio para presumir una práctica concertada, podían más bien inducir a que ambas empresas conforman una unidad económica o de dirección que destruyese la bilateralidad de voluntades materialmente autónoma que exige la prohibición de acuerdos del art. 1.1 LDC. Por ello, en la fase de prueba ordenó de oficio la solicitud de determinada información, resultando:

- Las Actas de las Juntas Generales de Ferrocarril de Sóller celebradas en los años 2003 a 2005, muestran que los cuatro miembros con derecho de voto (D. V.S., D. M.R. y D. O. y D. F.J.M.—éste Presidente y los otros nombrados consejeros a propuesta del presidente- folio 456 expte. Servicio) de la Comisión Ejecutiva (que adopta sus acuerdos por mayoría simple y en la que el Consejo de Administración ha delegado todas sus funciones delegables por Ley; folio 844 expte. Tribunal), a través de acciones propias pero, sobre todo, de acciones representadas, alcanzan sistemáticamente porcentajes cercanos al 50% del capital social asistente a esas Juntas Generales. En particular, F.M.M. acude siempre a la Junta General portando las acciones de Náutica Port, S.L. (+18% del capital social), sociedad participada al 50% por Barcos Azules y por los hermanos R.C. (25% cada uno), uno de los cuales (M.) es miembro de la Comisión Ejecutiva de Ferrocarril de Sóller (folio 1034 expte. Tribunal. 1034).
- Ferrocarril de Sóller ha constituido, es socio y administrador único de la sociedad “Tren de Sóller Complements, SAU, que tiene por objeto el comercio al por menor de artículos de menaje, adorno o reclamo.
- Tren de Sóller Complements y Barcos Azules han constituido en septiembre de 2005 la sociedad “Vall de Sóller, S.L.”, ostentando la primera el 80% del capital y la segunda el 20% restante, siendo su administrador único D. F.J.M.M. Esta sociedad tiene por objeto la comercialización de excursiones con la participación de sus dos socios, y por manifestación del representante legal de las dos imputadas en el acto de Vista, comercializó la excursión Vuelta a la Isla hasta noviembre de 2006. Desde su constitución y hasta septiembre de 2006 había comercializado 133.556 excursiones (folios 896 ss. expte. Tribunal).

A la vista de estos datos, algunos declarados no confidenciales por el Tribunal, la representación de Ferrocarril de Sóller (en el escrito de valoración de la prueba) y de Barcos Azules (en la misma Vista) varió de estrategia y manifiesta que sí existe una evidente unidad de decisión entre las empresas Ferrocarril de Sóller, Barcos Azules, Náutica Port y Vall de Sóller (también con Tren de Sóller Complements), que se manifiesta en los órganos de administración de las citadas sociedades, apoyada a su vez en las participaciones accionariales, y que reside en D. F.J.M.M.: presidente del Consejo de Administración y de su Comisión Ejecutiva de Ferrocarril; administrador único de Vall de Sóller y de Tren

de Sóller Complements; administrador solidario (junto con su hermano O.) de Barcos Azules; y administrador mancomunado de Náutica Port.

Según información aportada por Ferrocarril de Sóller (folio 1131 expte. Tribunal), Náutica Port es su principal accionista con el 18,34% del capital social. Porcentaje que en la Junta General está representado por D. F.M. El segundo mayor accionista ostenta el 6,47% del capital, siendo sólo 10 socios, de un total de 682, los que superan el 1% del capital social.

El conjunto de todos estos datos sobre cruces de participaciones sociales y acciones, de representación de accionistas en la Junta General de Ferrocarril por personas que son socios de Barcos Azules y/o de Vall de Sóller y, sobre todo, el hecho de que una misma persona ostente las facultades de administración, gestión y representación de las cinco sociedades señaladas, así como las conductas de mercado que llevan o han llevado a cabo las empresas imputadas (publicidad conjunta; vinculación de tren + Barcos Azules a las agencias, tanto por Ferrocarril como por Barcos Azules; la posibilidad de contratar la excursión Vuelta a la Isla en la modalidad de tren + Barcos Azules a través de la pág. Web de Ferrocarril de Sóller www.trendesoller.com) conducen a la convicción de que existe unidad de decisión económica entre ambas empresas.

En la Vista, y a diferencia de las partes comparecientes, el Servicio ha mantenido su valoración jurídica, porque entiende que las participaciones cruzadas no son por sí solas suficientes para atribuir unidad de dirección, ni existen precedentes comunitarios o nacionales que así lo afirmen.

Pero, a juicio de este Tribunal, la existencia de unidad de dirección económica entre dos o más empresas jurídicamente distintas no exige necesariamente que una ostente la totalidad o la mayoría de capital social de la otra. Ese control también se puede adquirir poseyendo un porcentaje minoritario del capital social, pero suficientemente relevante en comparación con el resto del capital social, repartido entre numerosos pequeños accionistas. Así sucede en este caso, en el que de los 682 accionistas de Ferrocarril de Sóller, 672 tienen acciones que no alcanzan el 1% del capital, sumando todos ellos el 47,55 % del capital.

Frente a esta dispersión, los hermanos F. y O.M.M., sólo á través de la sociedad interpuesta Náutica Port, controlan más del 18% del capital social de Ferrocarril de Sóller. Porcentaje que representa más del doble del que ostenta el segundo accionista en importancia (6,47%). Además, ambos hermanos son los administradores solidarios de Barcos Azules y, al mismo tiempo, miembros de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración de Ferrocarril, cuyos dos miembros restantes han sido nombrados a propuesta del F.M., uno de los cuales (D. M.R.) también es socio de Náutica Port (25%). El cuarto miembro de esta Comisión, D. V.S., acude a la Juntas Generales de Ferrocarril de Sóller representando (entre otros socios) al tercer (6,35%) y al cuarto (5,5%) accionista en porcentaje de capital. Una Comisión Ejecutiva en la que el Consejo de Administración ha delegado todas las funciones que son legalmente delegables, y que adopta sus decisiones por mayoría simple. Además, conviene resaltar el hecho constante (al menos en los años 2003 a 2005) de que los cuatro miembros de la Comisión ejecutiva acuden a las Juntas Generales representando siempre porcentajes de capital conjunto cercanos al 50% del capital presente o representado en cada Junta. En definitiva, globalmente valoradas el conjunto de las circunstancias de hecho y derecho puestas de manifiesto, el Tribunal no puede sino concluir que éstas confieren a Barcos Azules la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de Ferrocarril de Sóller, que se ejecuta a través de los hermanos D. F.M. y D. O.M..

Segundo.- Resuelto que entre las sociedades imputadas en este expediente existe unidad de dirección económica y que, por ello, no resulta aplicable a las conductas imputadas la prohibición del art. 1.1 LDC, ahora corresponde analizar si las conductas que se consideran probadas, y por las que han sido imputadas Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules, pueden ser incardinadas en la prohibición de abuso de posición dominante del art. 6.1.a) LDC.

La constatación de una práctica de abuso de posición de dominio requiere, como primer paso, la delimitación del mercado relevante o de referencia en el que la empresa o empresas ostentan la posición de dominio, y en el que o desde el que se estaría realizado la supuesta conducta abusiva. Ésta ha sido una cuestión discutida en el presente expediente por parte de Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules, tanto en su dimensión de producto como geográfica.

El Servicio considera hechos acreditados que: *“El área de Sóller (Mallorca) es un enclave de gran interés turístico. Su recorrido es uno de los productos estrella ofrecido por la práctica totalidad de agencias de viaje y mayoristas que operan en el mercado de la isla de Mallorca. En efecto, entre los diferentes productos ofrecidos por dichas agencias y turoperadores se encuentra la excursión denominada “Vuelta a la Isla”. Se trata de 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. Cualquiera que sea el recorrido concreto de la excursión “Vuelta a la Isla” siempre incluye un tramo en tren y otro en barco. Para la realización del tramo en tren sólo se dispone del ferrocarril de Sóller que, como ya se ha señalado, es explotado en exclusiva por “Ferrocarril de Sóller S.A.”. A tenor de las declaraciones de las diferentes agencias de viaje consultadas, en el producto “Excursión Vuelta a la Isla” el tramo realizado en tren es una parte integrante de la misma. De hecho, todas las agencias de viaje que ofrecen esta excursión consultadas -en concreto Club de Vacaciones, Viajes Franco Española, Viajes Soltour, Viajes Mijura, Viajes Hotel Beds, Viajes César y Helgera y Transunión Mallorca- incluyen en dicha excursión un tramo en tren”.*

En atención a estos hechos acreditados, y para el supuesto de que se llegase a probar unidad de dirección entre las imputadas, en el escrito de la Directora General de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2006 dirigido a este Tribunal, el Servicio concluye que Ferrocarril de Sóller, *“ostenta posición de dominio en el mercado definido como ‘Vuelta a la Isla’ al explotar en régimen de concesionario en exclusiva el ferrocarril de Sóller”.*

Tramontana coincide con el Servicio en que la Vuelta a la Isla en su acepción tradicional constituye el mercado relevante, que describe como *“aquella en la que se utiliza una combinación de tres medios de transporte, un tramo por carretera, un tramo marítimo y un tramo ferroviario, desarrollado en un tramo geográficamente acotado que es la zona de Sóller”.*

Por el contrario, Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules afirman que el mercado relevante se identifica con el *“mercado de excursiones de Mallorca”*, que estaría controlado por las agencias de viaje, pues son ellas quienes ante la atomización del turista tienen plena capacidad para

diseñar, contratar, redireccionar y comercializar los diversos productos que ofertan a los turistas. La Vuelta a la Isla no sería más que un concepto de marketing en el que se incluyen diversos productos con un denominador común, una excursión por la costa norte de Mallorca, pero que se lleva a cabo bajo diversas modalidades de rutas y transporte. El hecho de que varias agencias oferten la excursión Vuelta a la Isla sin tren (en autobús) evidenciaría que sólo el autobús resulta imprescindible, ya que la utilización del barco está supeditada a que las condiciones del mar lo permitan. A este respecto, destaca el hecho de que las dos empresas de transporte por carretera más importantes de Mallorca (Transunión y Autocares Comas) forman parte del accionariado de Tramontana desde el año 2005. En el mercado geográfico relevante así definido, se afirma que existe un alto grado de sustituibilidad entre excursiones, constituyendo las plazas ofertadas por Tramontana y Barcos Azules sólo un 20% del total de plazas ofertadas por las empresas de “golondrinas” de Mallorca. Pero aun limitando el ámbito geográfico relevante al Puerto de Sóller, existiría un alto grado de sustituibilidad entre el tren y el autobús, tanto desde criterios de coste y de eficacia como por su atractivo turístico, como probaría el hecho de que el precio de la excursión sin tren que oferta la agencia Viajes San Francisco es sustancialmente más económico (42 € frente a 62 €) y que el tiempo empleado en el desplazamiento hasta Sóller es la mitad que en tren (25 min. frente a 50 min. del tren). Por último se destaca que el mercado de transporte marítimo en el Puerto de Sóller es contestable (como indicaría la evolución de las cuotas de mercado que refleja el Informe aportado al expediente) y porque su capacidad admite la entrada de nuevos competidores.

Expuestas sintéticamente las distintas visiones del mercado a tener en cuenta en este expediente, procede recordar siguiendo la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado relevante de 1997 que son tres las principales fuentes de presiones a las que se ven sometidas las empresas en materia de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial, siendo el primero de ellos, a juicio de la Comisión, el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto o servicio, teniendo por objeto identificar los productos que el consumidor considera sustitutivos.

Pues, bien, en el presente caso el consumidor o demandante a tener en cuenta para, desde su perspectiva, delimitar el mercado del producto de

referencia no es el turista consumidor final del producto turístico ofertado por las agencias de viajes, sino éstas en tanto que demandantes de los inputs que resultan necesarios para configurar su oferta turística. Las conductas que se imputan en este expediente afectan a la configuración por las agencias de viajes que operan en Mallorca de una determinada excursión turística, cuyo epicentro es la travesía o tramo marítimo que discurre entre los puertos de Sóller y Sa Calobra o a la inversa, que necesita -como complemento pero también como parte integrante e indisoluble de la misma- del concurso de otros medios de transporte que desplacen a los pasajeros desde su hotel hasta el Puerto de Sóller o, en su caso, hasta Sa Calobra si la excursión se inicia por este lado. En este sentido, la expresión “Vuelta a la Isla”, al margen de su incorrección respecto del producto realmente ofertado, es ciertamente el concepto de marketing utilizado por todos los agentes que participan en el desarrollo y ejecución de un único producto que, como bien ha subrayado el Servicio, es un viaje combinado, que puede ser realizado en los dos sentidos que permite la excursión y que puede presentar variaciones en los lugares concretos de inicio, parada o final del viaje, sin que estas circunstancias afecten a la unicidad del producto Vuelta a la Isla, ciertamente singular tanto por la extraordinaria belleza de los parajes por los que discurre como por las características intrínsecas de uno de los medios utilizados: el ferrocarril de Sóller (tren + tranvía).

Por tanto, la excursión intermodal comercializada como Vuelta a la Isla constituye el mercado en el que se tienen que observar y valorar las conductas imputadas, porque la cuestión no es si las demás excursiones turísticas que organizan o pueden organizar las agencias en la Isla de Mallorca son percibidas por ellas como sustitutivas de la Vuelta a la Isla, sino si las agencias de viajes como demandantes o clientes de los servicios (inputs) que son necesarios para conformar este singular producto turístico, disponen de alternativas de suministro que conduzcan a concluir que ninguno de los oferentes de los distintos servicios que integran la excursión turística disponen de posición dominante respecto de los inputs necesarios para la conformación del producto.

Para contratar el tramo marítimo, las agencias de viajes disponen de dos proveedores (Tramontana y Barcos Azules), y las propias denunciadas reconocen 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 en condiciones similares a las

empresas ya instaladas. En este mercado, que es aquí tenido en cuenta como input para la elaboración de un determinado producto, ninguna de las dos empresas presentes ostenta posición de dominio.

Para contratar el tramo o tramos en autobús, las agencias de viajes disponen de la amplia oferta de compañías que operan en la Isla de Mallorca. Aceptando los datos proporcionados por las imputadas, las empresas Transunión y Autocares Comas (accionistas de Tramontana) serían líderes en el sector de transporte discrecional y regular de pasajeros en Mallorca con una cuota de mercado conjunta superior al 50%, pero aun así difícilmente se podrá concluir que sus servicios de transporte constituyen para las agencias de viajes que ofertan la excursión Vuelta a la Isla un input no sustituible o replicable por los servicios de las demás empresas de transporte por carretera que operan en la Isla de Mallorca, en el supuesto de que aquéllas modifiquen al alza el coste de su servicio.

Para contratar el tramo en ferrocarril (tren + tranvía) desde Mallorca al Puerto de Sóller o en sentido inverso, las agencias sólo disponen de un oferente: la empresa Ferrocarril de Sóller S.A., concesionaria en régimen de exclusiva desde principios del Siglo XX de la explotación de las líneas de ferrocarril que unen la ciudad de Palma de Mallorca con Sóller y ésta con el Puerto de Sóller. Concesión administrativa de servicio público de explotación de línea ferroviaria que ha sido renovada, sin concurso público, en 2005 por otros 50 años.

Tramontana y Barcos Azules alegan que “existe un elevado grado de sustituibilidad entre el tren y el autobús, tanto por criterios de coste y eficacia como por su poder turístico”, y que esta sustituibilidad se pone de manifiesto por el hecho de que algunas agencias de viajes (entre ellas, Viajes San Francisco) ofertan la Vuelta a la Isla sin tren, a un coste y con una duración significativamente inferiores a la opción con tren, concluyendo que el autobús es el único medio imprescindible.

No se puede compartir esta alegación. Resulta obvio que los pasajeros pueden ser trasladados en autobús desde la ciudad de Palma a Sóller o al Puerto de Sóller (o a la inversa), pero la cuestión es si ese mismo trayecto realizado en el Ferrocarril de Sóller es para las agencias un input imprescindible e irreplicable en la conformación del producto Vuelta

a la Isla. A este respecto, procede recordar que, para determinar qué productos el consumidor considera sustitutivos, el precio ciertamente es un indicador importante, y aquí sucede que la presencia o ausencia del tren (*rectius*: del Ferrocarril de Sóller), como input conformador del producto Vuelta a la Isla, determina que el precio de la excursión (del producto final), con o sin tren, varíe significativamente. El significado de esta diferencia no tiene el valor que le atribuyen las empresas imputadas sino el contrario; que la excursión sin tren (barco + autobús) es un producto distinto, que no es percibido por las agencias de viajes como sustitutivo de la excursión con el Ferrocarril de Sóller (que siguen ofertando), de ahí que su precio sea sensiblemente inferior (42 € frente a los 60 € ó 62 € que ofertan las agencias Travel Plan y Viajes San Francisco, respectivamente). La distinta duración del tramo en autobús (25 minutos) y en tren (50 minutos), la importante diferencia en el número de turistas que han contratado una y otra excursión (1294 en autobús frente a los 15354 en tren, entre los meses de abril a noviembre de 2006, según datos de la agencia San Francisco), el hecho de que se afirme que el itinerario de ésta es “siempre dependiendo del horario que nos facilite el Tren de Soller” (manifestación de Viajes San Francisco), o que la agencia Travel Plan sólo oferte la Vuelta a la Isla sin tren tres días a la semana, confirman que se trata de productos diferentes. Y la diferencia radica en que el tramo entre la ciudad de Palma y Sóller-Puerto de Sóller o a la inversa se realice en el Ferrocarril de Sóller o en autobús. A mayor abundamiento, conviene subrayar que la oferta de la excursión sin tren por las dos agencias citadas es posterior a la denuncia que origina este expediente y, desde esta perspectiva temporal, el fracaso de esta iniciativa (1294 contratos frente a 15354 de la excursión con tren) no es sino la prueba palmaria de que el Ferrocarril de Sóller es un input imprescindible (y no replicable), que atribuye a la concesionaria del servicio público de explotación de la línea ferroviaria independencia de comportamiento frente a los competidores y a las agencias demandantes. Por ello, todas las agencias de viajes consultadas por el Servicio ofertan la excursión Vuelta a la Isla con el Ferrocarril de Sóller.

Y esto es así, tanto porque el propio Ferrocarril de Sóller (tren+tranvía) es algo más que un simple medio de transporte, como por el hecho de que las vías del tren y del tranvía de Sóller atraviesan parajes de singular belleza paisajística, sin que ni uno ni otro factores de gran relevancia turística puedan ser comparables o sustituibles, en una excursión turística, con hacer ese mismo viaje en autobús y por la carretera C-711 que une la ciudad de Palma con Sóller. La propia

concesionaria oferta en su página web la excursión Vuelta a la Isla tren+tranvía+barco (nótese, que la oferta no incluye autobús) con las palabras siguientes: “Suba al famoso y centenario tren de madera, realizando un asombroso recorrido a través de las montañas y túneles, es realmente magnífico a su llegada al precioso pueblo de Sóller, encontrará varias salas de exposición con obras de arte de MIRO y de PICASSO. A continuación, un tranvía de principios del Siglo XX les llevará en un recorrido inolvidable entre huertos de naranjos y torrentes, hasta el Puerto de Soller”. En esa misma página de Internet se puede leer que “el ferrocarril de Sóller destaca por el especial y atractivo trayecto que realiza superando una barrera natural que supone la Sierra de Alfàbia, con sus 2,8 Km. de ancho y 496 metros de alto. Para ello el ferrocarril... atraviesa trece túneles... sobrepasa varios puentes, el viaducto del ‘cinc-ponts’ de cinco arcos con luces de 8 metros de altura y cuantiosas curvas, algunas con radios inferiores a los 180 metros”. Por el contrario, cuando se describe la excursión Vuelta a la Isla en Microbús+barco ninguna referencia se hace al trayecto que se realiza por carretera. Además, de esta doble oferta que realiza Ferrocarril de Sóller a través de su página web podría extraerse una conclusión distinta a la manifestada en sus alegaciones en el expediente, en el sentido de que tampoco el autobús es un medio de transporte imprescindible para realizar esta excursión.

En este mismo sentido caminan las afirmaciones realizadas por D. F.J.M.M. en un semanario mallorquín en junio de 2004. “La evolución del negocio [de Barcos Azules] está vinculada a las excursiones que venden las agencias de viaje y touroperadores en los hoteles... En 2003, entramos en el ferrocarril de Sóller [a través de la sociedad interpuesta Náutica Port, S.L.], fruto de la crisis profunda de ‘Volta a l’illa’. La falta de turistas destapó lo deficitaria que es la línea regular del tren de Sóller...”. Todavía más, en las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, Ferrocarril de Sóller afirma que “...Uno de los pilares sobre los que se basa actualmente el atractivo que genera el Ferrocarril de Sóller... es su autenticidad y antigüedad. El Ferrocarril de Sóller es un tren y un tranvía de principios de siglo XX que evoca entre los viajeros un auténtico viaje al pasado. Este atractivo ha cobrado protagonismo durante las últimas décadas de manera exponencial: Cuantos más años tiene el ferrocarril mayor es su atractivo...”. Una idea que no es exclusiva del Sr. M.M. sino que también es compartida por otros accionistas de Ferrocarril de Sóller; así en el acta de la Junta General de 29 de mayo de 2004 se recoge la opinión de un accionista en el sentido de “la importancia que tiene hoy en día desde un punto de vista turístico, el Tren de Sóller, ya que

considera la excursión Palma-Puerto de Sóller-Sa Calobra, es una de las excursiones más importantes que un turista puede realizar en visita a Mallorca”. Una opinión personal que es una realidad como recoge el acta del consejo de administración de Ferrocarril de Sóller, donde el consejero responsable deja constancia de que la disminución de los ingresos es debido en gran parte al denominado "tren de agencias" (Hecho Probado 9).

En definitiva, 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), tanto por las importantes diferencias turísticas que presentan ambos medios de transporte y los trayectos desde Palma a Sóller en autobús y en el tren+tranvía de Sóller, como porque la línea del Ferrocarril de Sóller está explotada en régimen de concesión administrativa, al menos, hasta el año 2055.

Tercero.- Una vez que se ha concluido que en el mercado de inputs necesarios para la oferta del singular producto “Vuelta a la Isla”, Ferrocarril de Sóller monopoliza legalmente el input de servicio público irreplicable o no sustituible tren+tranvía que cubre el tramo Palma de Mallorca-Sóller-Puerto de Sóller de esa excursión intermodal o combinada, procede analizar si los hechos declarados probados pueden ser calificados jurídicamente como un abuso de posición dominante prohibido por el art. 6 LDC.

A la vista de los hechos acreditados en el Pliego de Concreción de Hechos, el Servicio consideró que se podía presumir la concertación entre Barcos Azules y Ferrocarril de Sóller para condicionar la garantía de horarios favorables en el trayecto en tren de la excursión Vuelta a la Isla a la contratación del tramo en barca con Barcos Azules. Por el contrario, en el fundamento de derecho primero de esta Resolución, el Tribunal ha considerado que la actuación conjunta de ambas empresas respondía a la unidad de dirección económica existente entre ellas, residencia en D. F.J.M.M. Por tanto, en la medida en que la conducta imputada consiste en subordinar la obtención de los mejores horarios del tren a la contratación de otro servicio distinto, es a Ferrocarril de Sóller a quien se debe imputar la autoría de la misma.

El Servicio considera probado que existe empaquetamiento o vinculación de productos por parte de Ferrocarril de Sóller, y que esta empresa discrimina a sus clientes (las agencias de viajes) en la asignación de los horarios del tren en función de si contrata sólo el tramo en tren o también el tramo en barca con su naviera Barcos Azules. Fundamenta esta afirmación en las declaraciones que contienen las cartas y correo electrónico enviadas a Tramontana por los representantes de las agencias Viajes RTS, Viajes Honderos y Club de Vacaciones (recogidas en el Hecho Probado 12). Hechos que fueron confirmados, a requerimiento del Servicio, más tarde tanto por la agencia Club de Vacaciones como por parte de D. A.G. en representación de Viajes Honderos. También consta en el expediente documento de D. M. F. (en representación de Transunión Mallorca S.L., accionista único de la agencia Viajes San Francisco, que había adquirido en marzo de 2004 el fondo de comercio de Viajes Honderos) en el que se denuncian las mismas presiones. En un sentido similar contestó el representante de Hotel Beds en noviembre de 2005, justificando el cambio de proveedor marítimo en que “Excursiones marítimas de Sóller como única explotadora de la red de tren a Sóller reservaba para sí y ofrecía a sus clientes directos preferenciales mejores horarios y tarifas que los que podía ofrece a quien en el mercado opera como mero intermediario”. La veracidad de estas presiones ejercidas sobre las agencias para contratar el “paquete de servicios” está reforzada por el hecho acreditado en el expediente, a través del documento remitido al Servicio por la agencia Viajes Soltour, que es fotocopia del escrito que le había enviado Barcos Azules anunciando los precios para la temporada 2004/2005, en el que bajo la firma de D. F.J.M.M. se afirma que “...En los cupos de tren, tendréis garantizado el viaje por la mañana...”. Garantía que también presta Barcos Azules en el escrito que envía a la misma agencia para la temporada siguiente 2005/2006.

Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules consideran que no se puede dar por probadas estas presiones de Ferrocarril de Sóller S.A. sobre las agencias para contratar conjuntamente el tramo en tren y el trayecto marítimo con Barcos Azules. Para ello han alegado la falta de representatividad de cuatro agencias sobre el total (180) de las que actúan en la Isla; que el Sr. G. está vinculado con la denunciante en la medida en que vendió a Viajes San Francisco (perteneciente al grupo Transunión) el fondo de comercio de Viajes Honderos y directamente a Transunión el fondo de comercio de Autocares Grimalt; que la credibilidad de Viajes RTS (desaparecida) era nula debido a que le adeudaba una cantidad de dinero; que las otras dos agencias nunca se

habían quejado del trato dado por Ferrocarril de Sóller y que los pasajeros que aportaban suponen un porcentaje muy pequeño.

El Tribunal coincide con el Servicio en que el hecho de que una agencia adeude dinero al Ferrocarril de Sóller (cuya veracidad no forma parte de este expediente), o que no se hayan quejado previamente del trato comercial recibido por la imputada, son circunstancias irrelevantes a los efectos de cuestionar la verosimilitud de sus declaraciones; no prueban la falta de veracidad (ni invalidan) de unas declaraciones que son coincidentes con las de los otros terceros. Por lo demás, el Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas alegaciones en la Resolución que puso fin al expte. MC 35/06, en cuyo fundamento de derecho consideró que el hecho de que “Viajes Honderos esté controlada indirectamente por la naviera denunciante, y que exista controversia comercial entre ‘Viajes RTS’ y ‘Ferrocarriles de Sóller’, no privan de por sí de veracidad a sus manifestaciones que, además, son coincidentes con las de otras agencias. Tampoco se puede aceptar la alegación de falta de representatividad de las declaraciones de cuatro agencias de viajes en relación con el total de las que operan en Mallorca, pues no se trata aquí de establecer el alcance subjetivo de la restricción de la conducta sino su veracidad en un procedimiento sumario como el de medidas cautelares. Una veracidad que parece corroborarse con el contenido de los escritos enviados por la propia naviera ‘Barcos Azules’ a la agencia ‘Viajes Soltour’ garantizando el viaje por la mañana en el tren”.

En definitiva, a criterio de este Tribunal los documentos referenciados en el Hecho Probado 12 constituyen prueba directa y de cargo suficiente para considerar acreditada la conducta imputada a Ferrocarril de Sóller S.A., de subordinar la obtención de mejores horarios y plazas en el tramo en tren de la excursión Vuelta a la Isla, a la contratación del trayecto en barca de dicha excursión intermodal con Barcos Azules. Una conducta que, al estar realizada por una empresa concesionaria en exclusiva de la explotación de una infraestructura de servicio público, constituye una conducta ilícita, calificable de abuso de posición dominante.

La letra e), del núm. 2, del art. 6 LDC considera abuso de posición dominante la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con

arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. En el caso de autos, Ferrocarril de Sóller vende el input tren tanto sólo como conjuntamente con el input barco (Barcos Azules), por lo que más que ante un supuesto de empaquetamiento o *bundling* puro estamos ante una práctica de empaquetamiento o de *bundling* mixto. A estos efectos de la prohibición, es absolutamente trascendente la condición de Ferrocarril de Sóller S.A. de empresa concesionaria de una infraestructura de servicio público, que explota en régimen de exclusiva desde principios del Siglo XX, que ha sido prorrogada sin concurso público en el año 2005 por otros 50 años. Así instalada en el mercado, consciente de que su input es irreplicable por los competidores y no sustituible por las agencias de viajes por otros medios de transporte alternativos, se apalanca en su input para tratar de obtener (a corto plazo) una ventaja competitiva frente a su competidor (formalmente, de Barcos Azules) Tramontana en la comercialización del input tramo marítimo de la Vuelta a la Isla. Pero incluso en el supuesto de que no se considerara, en este caso y por las particulares circunstancias que concurren en el input tren, la misma práctica de *bundling* mixto como una conducta constitutiva de abuso de posición dominante, no cabe duda que la venta conjunta de ambos inputs a las agencias de viajes mediante presiones constituye una conducta prohibida por el art. 6 LDC, en tanto que 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 Vuelta a la Isla, que es el mercado relevante afectado por la conducta imputada.

Pero para calificar una conducta como de abuso de posición dominante es, además, necesario probar que ha producido o es potencialmente apta para producir estos efectos restrictivos, ya sea en el acceso al input tren o/y sobre el normal desarrollo de la lucha competitiva en el input tramo en barco de la Vuelta a la Isla.

Tramontana ha denunciado que las prácticas discriminatorias de Ferrocarril de Sóller también afectan a los precios, pues se estaría aplicando a las agencias que contratan el paquete tren-Barcos Azules un precio sensiblemente inferior al que se exige a aquellas que contratan el tramo marítimo con la naviera denunciante. Sin embargo, 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.

Cuarto.- Partiendo de la afirmación de que se han producido presiones por parte de directivos de Ferrocarril de Sóller a agencias de viajes para que contratasen el tramo marítimo con Barcos Azules, a continuación analizaremos si éstas han producido efectos, primero en el acceso al input tren, y luego en el mercado en el que compiten las dos navieras que ofertan el input tramo en barco de la excursión combinada Vuelta a la Isla.

Un primer efecto se puede deducir del hecho cierto de que determinadas agencias de viajes, que Tramontana probó que eran clientes suyas en los años precedentes a las prácticas imputadas, aparecen luego en la lista de clientes que Barcos Azules aportó al expediente. Alegan las empresas imputadas que también se ha producido un trasvase de clientes en sentido inverso, como prueba el documento de Tramontana titulado “facturación vuelta a la isla” (folio 936 expte. Tribunal), en el que se detallan los “nuevos clientes” ganados en los años 2005 y 2006. En efecto, nada hay que objetar a la captura de clientes del competidor, salvo que sea el resultado de actos de competencia desleal o de conductas anticompetitivas. Pero la relación temporal que esgrime el Servicio, puesta en relación con la existencia de presiones para cambiar de proveedor marítimo, constituye un indicio serio de que éstas han tenido efecto sobre, al menos, estas cinco agencias que se citan en el Hecho Probado 13 de esta Resolución.

Tramontana ha aportado al expediente una muestra (no muy amplia, ciertamente) de los horarios asignados por Ferrocarril de Sóller a las agencias de viajes que siguen contratando el tramo marítimo con ella. Para la naviera denunciante esta muestra de horarios de los trayectos en tren desde la ciudad de Palma a Sóller evidencia que los trenes de la mañana, que son los preferidos por las agencias para un adecuado desarrollo de la excursión en su conjunto, se reservan mayoritariamente para las agencias que han contratado el paquete tren+Barcos Azules, mientras que a los turistas de sus agencias se colocan mayoritariamente en los trenes de la tarde.

Ferrocarril de Sóller admite el hecho de que el reparto de plazas sea superior en los trenes de tarde respecto a la mañana, pero aduce que esta realidad no supone ningún tipo de discriminación o perjuicio, sino que “responde únicamente y exclusivamente a la mayor oferta de servicios y a la mayor demanda de los clientes. Los tráficos del tren para las agencias han sido siempre superiores por la tarde... debido a las limitaciones técnicas derivadas de tener una sola vía, a la pequeña capacidad del tranvía que une Sóller con el Puerto de Sóller, y a la obligatoriedad de cumplir determinados servicios para el tráfico regular de viajeros, requisito esencial del contrato de concesión. Asimismo, por cuestiones logísticas, hay una cierta preferencia en el mercado por iniciar la excursión con la ruta en autobús, continuar con el trayecto en barco, y finalizar con el trayecto en tren, ya que se adapta mejor al horario de visitas y comida a los deseos de los turistas. Así lo pone de manifiesto Transunión...”.

Sin poner en duda que es cierta la afirmación de que las limitaciones técnicas y las obligaciones que tiene Ferrocarril como concesionaria de un servicio público son la causa de que existan más frecuencias de tarde que de mañana, la conducta que imputa Tramontana es que los turistas pertenecientes a sus agencias se colocan mayoritariamente en los trenes de la tarde, mientras que los turistas que viajan por cuenta de las agencias que han adquirido el paquete tren+Barcos Azules son colocados sistemática y mayoritariamente en los mejores horarios que, según Tramontana, son los de la mañana para los trenes que parten de Palma y los de la franja horaria de las 16 a 17 horas para los que salen de Sóller (folio 46 expte. Tribunal), lo que niegan las empresas imputadas. Es cierto que, a la pregunta del Servicio sobre las características de la excursión Vuelta a la Isla, algunas contestan que la inician en autobús en dirección a Sa Calobra para terminar en el tren hacia la ciudad de Mallorca. Pero no lo es menos que otras agencias (incluida la propia Ferrocarril de Sóller en su página web) lo hacen en lo que se denomina la Vuelta a la Isla en su sentido tradicional, descrita (por ejemplo) por Viajes Soltour (cliente de Barcos Azules) a requerimiento del Servicio (folio 679 del expte.) como “consiste en una excursión con salida desde Palma en dirección a Sóller con el ferrocarril. Seguidamente y al apearse del tren se desplaza a los viajeros al Puerto de Sóller, donde se embarcan para realizar un crucero de 45 min. hasta Sa Calobra (si el estado de la mar lo permite). Finalmente se regresa por carretera pasando por la ciudad de Inca donde se realiza una parada en una de sus fábricas. Señalar que por necesidades de programación la excursión se puede realizar a la inversa”. En el mismo sentido la define

D. F.J.M.M. en sus declaraciones al periódico “E-de Mallorca” en junio de 2004: “la excursión consiste en la recogida en el hotel y transporte a la estación de Sóller. En esta localidad un autocar los transporta hasta el puerto donde se coge la barca en la que se transporta al pasaje de Sa Calobra. Allí suelen comer, suben al barco, vuelven a Sóller y en tren son transportados hasta la estación de recogida”.

Resulta evidente que si la excursión se inicia en dirección al Puerto de Sóller, los mejores horarios para una excursión de ocho horas como la Vuelta a la Isla son los trenes de la mañana, mientras que si la excursión se inicia en autobús en dirección a la cala de Sa Calobra, los mejores trenes serán los que salen a media tarde desde Sóller. De hecho, con toda probabilidad, la máxima rentabilidad de esta excursión intermodal se consigue cuando con una misma embarcación y los mismos (o los mínimos) medios de transporte terrestres se transportan a la vez los dos grupos de turistas; el que sale de Palma en tren para llegar a Sóller, embarcar en Sa Calobra y luego retornar en autobús, y el grupo que ha llegado en autocar a Sa Calobra, donde se embarca para ir al Puerto de Sóller y luego en tren a Palma de Mallorca. Prueba de ello es que Barcos Azules ha adquirido nuevos catamaranes de gran capacidad que “absorben sin dificultad a los pasajeros que llegan al Puerto de Sóller en tren o a Sa Calobra en autobús” (folio 1031 expte. Tribunal). Así las cosas, se puede concluir que los trenes de la mañana en dirección a Sóller y los de la tarde en dirección a Palma de Mallorca serán las mejores frecuencias para una planificación eficiente de la excursión.

Sólo se dispone en el expediente de una pequeña muestra de los horarios del Tren en dirección a Sóller, correspondiente a ciertos días de los meses de abril a julio de 2006 (folios 50 a 53 y 730 a 732 expte. Tribunal), pero suficientes para extraer conclusiones sobre la existencia o no de efectos en el mercado de la conducta imputada. Sobre esta información, el Tribunal concluye que:

- Sólo el 22,7% de los turistas que contratan con Tramontana realizan la excursión por la mañana, la mitad de los que realizan la excursión entre 16:10 y 16:40 (el 41,6%).
- El horario en el que más turistas de Tramontana viajan en el tren es el de las 16:40, a pesar que en su orden de preferencia a la hora de

solicitar cupos a Ferrocarril de Sóller este horario ocupa el cuarto lugar en una escala de 1 a 5, donde 1 significa la mayor preferencia y 5 la menor. En esa escala el horario solicitado por Tramontana como número 1 es el de las 9:55, en el que, sin embargo, sólo consigue colocar al 12.4 % de sus clientes.

PORCENTAJE DE PLAZAS ASIGNADAS A TRAMONTANA EN LOS DISTINTOS TRAMOS HORARIOS EN TRAMO PALMA SOLLER (2006) SOBRE UN TOTAL DE 330 PLAZAS DISPONIBLES(*) POR TREN Y HORARIO															
	ABRIL (16 días)			MAYO (% el 1 al 5)			JUNIO (% 7 al 30)			JULIO (% (1 al 10))			TOTAL		
	Disponibles	Tramontana	%	Disponibles	Tramontana	%	Disponibles	Tramontana	%	Disponibles	Tramontana	%	Disponibles	Tramontana	%
9:55	1.980	907	45,8	1.650	593	35,9	6.270	1.576	25,1	2.310	608	26,3	12.210	3.731	30,6
10:20	3.960	667	16,8	1.650	205	12,4	7.590	1.656	21,8	3.300	568	17,2	16.500	3.125	18,9
15:10	1.650	832	50,4	1.320	342	25,9	3.300	1.961	59,4	1.650	864	52,4	7.920	4.038	51,0
15:40							6.600	2.737	41,5	2.640	1.004	38,0	9.240	3.760	40,7
16:10	4.620	2.063	44,7	1.650	500	30,3	5.610	2.320	41,4	2.970	887	29,9	14.850	5.836	39,3
16:40	4.290	1.801	42,0	1.320	667	50,5	6.270	2.862	45,6	2.640	1.338	50,7	14.520	6.740	46,4
17:10	1.320	419	31,7	990	349	35,3	2.970	1.513	50,9	1.320	640	48,5	6.600	2.951	44,7
Total	17.820	6.689		8.580	2.656		38.610	14.625		16.830	5.909		81.840	30.179	
mañana	5.940	1.574	26,5	3.300	798	24,2	13.860	3.232	23,3	5.610	1.176	21,0	28.710	6.856	23,9
tarde	11.880	5.115	43,1	5.280	1.858	35,2	24.750	11.393	46,0	11.220	4.733	42,2	53.130	23.323	43,9
Total	17.820	6.689	37,5	8.580	2.656	31,0	38.610	14.625	37,9	16.830	5.909	35,1	81.840	30.179	36,9

Fuente: Elaboración propia según datos del expediente

(*) Disponibles, se ha calculado como el producto de la capacidad del tren por el # de días que tramontana ha obtenido plazas en dicho tren

A la vista de este cuadro, si consideramos que el horario del tren preferido por las agencias de viajes es el de las 9:55 (junto con el de las 10:20) con salida desde Palma, observamos que aquéllas que contratan el tramo marítimo con Tramontana reciben un cupo, en media, del 30%, frente a un cupo del 51% en el horario de las 15:10, uno de los horarios menos adecuados para una excursión intermodal de un día como la Vuelta a la Isla. Igualmente, si se observa la evolución temporal (breve por la escasez de datos) se ve como en ese horario preferido el cupo de las agencias de Tramontana se ha reducido desde un 45.8% en abril, hasta un 26% en julio.

Quinto.- Una vez constatado que la conducta imputada ha producido efectos en el acceso al input de servicio público (prestado en régimen de exclusiva) Ferrocarril de Sóller, alterando las condiciones de competencia entre las agencias que ofertan la excursión Vuelta a la Isla, corresponde ahora analizar si esta conducta de empaquetamiento de inputs realizada por Ferrocarril de Sóller ha producido o puede producir efectos en el mercado del input tramo marítimo de la excursión Puerto de Sóller-Sa Calobra o a la inversa.

Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules, sobre la base de Informes de parte realizados por la consultora de transportes CINESI y por el despacho Montoro y Asociados Asesores, alegan que en relación con el producto Vuelta a la Isla es Tramontana quien ha incrementado en los últimos

años su cuota de mercado, tanto en número de pasajeros transportados como en facturación, mientras que, por el contrario, la cuota de mercado de Barcos Azules en ambas variables ha descendido, con lo cual quedaría demostrado la ausencia de efectos negativos para la competencia y los consumidores.

No obstante, los referidos informes contienen, a juicio de este Tribunal, determinados errores metodológicos que ponen en cuestión la exactitud de las conclusiones que se extraen de unos informes que, siendo de parte y al igual que los documentos aportados por los demás interesados, quedan a la libre apreciación del juzgador.

Sólo a título de ejemplo, en relación con el estudio elaborado por la consultora CINESI, que ha consistido en el recuento de los pasajeros que realizaron alguna excursión en barco (bien con Barcos Azules o con Tramontana) durante los días comprendidos entre el 8 y el 14 de agosto, ambos inclusive, a criterio del Tribunal, estadísticamente la elección de una semana entre 21, aun en el caso en que realmente fuese elegida al azar, no garantiza en absoluto la “insesgadez” de los resultados. Podrían darse circunstancias especiales durante esos días que hicieran no representativa esa semana y, en cualquier caso, el tamaño muestral 1 no es en general adecuado para una población de 21 elementos (semanas). Además, la semana elegida al azar, no es una semana cualquiera, sino una de las semanas en las que existe mayor tráfico turístico del año.

En relación con el Informe elaborado por Montoro y Asociados Asesores S.L., en la tabla 1, el número de turistas contratados por agencia con Barcos Azules desde la semana del 6 de junio a la semana de 24 de octubre, no coincide significativamente con los recogidos en la tabla 4, para las semanas del 15 de agosto a la semana del 3 de octubre (8 semanas sobre 21). Resulta imposible resolver cuáles son los datos correctos, porque Barcos Azules no ha aportado al expediente la información necesaria que permita resolver el dilema. Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules presentaron posteriormente otro informe de Montero y Asociados Asesores titulado “Anexo al informe elaborado a petición de Ferrocarril de Sóller” fechado el 2 de marzo de 2007, en el que utilizando los datos de facturación por clientes para la excursión Vuelta a la Isla para el periodo 2003-2006 (folios 936 y 1076 expte. Tribunal), se concluye que los mismos confirman las cuotas de mercado

estimadas sobre la base del Informe de CINESI, pues aunque existe una diferencia entre ellas del 2,4% ésta no es relevante estadísticamente, no siéndolo a su juicio tampoco que los periodos de tiempo a los que se refieren ambos datos no coincidan totalmente, por cuanto ambos contienen la temporada alta en la que se factura entre el 79-80% del total del ejercicio. En este anexo, en el gráfico A.3, sobre la base de las cuentas anuales de Barcos Azules que se aportan al expediente, se calcula la evolución de la facturación de Excursiones Marítimas Puerto de Sóller en el trayecto “Vuelta a la Isla” 2004-2006”. Este gráfico merece varios comentarios. Primero, los datos de las cuentas anuales no reflejan qué facturación proviene de la Vuelta a la Isla y cuál de otras actividades náuticas. En la nota entregada en la vista, pero sin mayor justificación documental, se afirma que el 94% de la facturación de barcos azules proviene de la Vuelta a la Isla. Segundo, la facturación que recoge este gráfico no coincide con la que se recoge en el Informe inicial, extraída al parecer del Registro Mercantil, en el que se depositan las cuentas anuales. Por último, este anexo al informe de Montoro y Asociados Asesores omite los datos relativos al año 2003, que indican para Barcos Azules una facturación de 1.039.999 € frente a los 1.274.006 € obtenidos en 2004, y para Tramontana una facturación de 647.757 € frente a 594.111 € facturados en 2004; periodo en el que se podría pensar tienen efecto las conductas imputadas. Así utilizando los distintos datos de facturación que constan en el expediente sobre las dos navieras, resulta:

	2003	2004	2005	2006
Tramontana	647.757,89 €	549.111,34 €	746.476,87 €	845.805,00 €
Barcos azules (datos cuentas anuales)	1.039.999 €	1.274.006 €	1.201.259 €	1.235.952 €
Barcos Azules (datos aportados a solicitud TDC, folio 808)	1.760.878 €	1.290.415 €	1.211.326 €	

El Tribunal, tomando la facturación aportada por Tramontana para la Vuelta a la Isla (folio 936), observa que en el periodo 2003-2006 esta naviera ha tenido un total de 35 clientes en la excursión Vuelta a la Isla (incluyendo nuevos clientes. Algunos nombres de clientes no se

entienden bien). Según su propia clasificación, los clientes ganados o nuevos representan una facturación y número de pasajeros mucho mayor.

	Año 2003		Año 2004		Año 2005		Año 2006 (hasta sept)	
	Pasajeros	Facturado	Pasajeros	Facturado	Pasajeros	Facturado	Pasajeros	Facturado
Cientes perdidos								
AIRTOUR	590	3.669,66 €	892	5.717,64 €				
BARCELO	545	3.387,30 €	38	243,57 €				
RTS VIAJES	999	6.214,57 €						
VIAJES HALCON	337	2.099,54 €	34	217,33 €				
HONDEROS	9421	58.599,56 €						
MUNDICOLOR	524	3.261,66 €						
SIMPATIA	908	5.650,80 €						
SIRIUS TOURS	26	161,71 €						
CESAR Y HELGA	291	1.808,02 €	367	2.351,11 €				
YOGUITOURS	56	348,31 €						
TOTAL	13697	85.201,13 €	1331	8.529,65 €				
Cientes nuevos								
SIDETOURLS					361	2.386,13 €		
TRANSACOBO					7866	43.260,75 €	10628	60.792,62 €
SAN FRANCISCO					15244	83.843,25 €	14792	84.607,38 €
SIMPATIA					12606	69.332,75 €	16303	93.252,51 €
ALLSUN							2530	14.191,39 €
EBUSUS							525	3.333,94 €
MALLORCA TOURS							560	3.508,42 €
TECHNOTOURS							996	4.860,19 €
TOTAL					36077	198.822,88 €	46335	264.546,45 €

- Asumiendo que estos clientes nuevos los ha ganado en función de la operación realizada de entrada de nuevos socios, la evolución de la facturación de Tramontana en ausencia de la operación societaria habría sido la siguiente:

EVOLUCIÓN TRAMONTANA CLIENTES HABITUALES

	2003	2004	2005	2006
Pasajeros	125800	116800	104812	
Facturación	647.757,89 €	594.111,36 €	547.653,99 €	549.516,00 €

- Supone una caída de ingresos de 15% en el conjunto del periodo 2003-2006 para clientes habituales.
- La ligera subida de 2006 en facturación de clientes antiguos se produce en buena medida por el tirón de TUI (crece un 11%), que representa una buena parte de los ingresos de Tramontana.

AMISTAD	116,00 €	0,01%
ADRAMAR	309,00 €	0,04%
CLUB DE VACACIONES	522,00 €	0,06%
UNIVERTOURS	1.009,00 €	0,12%
TRAVELPLAN	1.974,00 €	0,23%
EBUSUS	3.244,00 €	0,38%
SWISS UNIVERSAL	3.244,00 €	0,38%
MALLORCA TOURS	3.508,00 €	0,41%
IBEROSERVICES	4.158,00 €	0,49%
EUROMAR	4.367,00 €	0,52%
NORIS	4.560,00 €	0,54%
TECHNOTOURS	6.903,00 €	0,82%
VIAJES FRAM	14.760,00 €	1,75%
ALLSUN	15.758,00 €	1,86%
MIJURA	18.448,00 €	2,18%
SEHTS HOTELS	25.562,00 €	3,02%
SIDETOURS	28.100,00 €	3,32%
WORLD WERVICES	40.553,00 €	4,80%
TRANSACOBO	66.426,00 €	7,86%
SAN FRANCISCO	93.165,00 €	11,02%
TRAVELPLAN	104.551,00 €	12,36%
SIMPATIA	106.907,00 €	12,64%
ULTRAMAR EXPRESS (TUI)	297.592,00 €	35,19%
	845.620,00 €	100,00%

- Si atendemos a la evolución de los ingresos de los principales clientes de Tramontana, vemos que:
 - Varios de ellos son de los considerados clientes nuevos.
 - La facturación de Travelplan, tercer cliente de Tramontana, ha caído considerablemente de 2005 a 2006, casi un 20%.
- Los ingresos por pasajero se han mantenido relativamente estables en los últimos años, lo que indica una caída de ingresos por pasajero en términos reales dado el efecto de la inflación.

	2003	2004	2005	2006
€ por pasajero	5,15	5,1	5,3	5,4

- No podemos hacer un ejercicio similar para Barcos Azules porque no hay datos de facturación de esta naviera.

En definitiva, del análisis anterior, el Tribunal considera que las conclusiones extraídas de los informes aportados por las partes imputadas deben ser valoradas con bastante cautela a la vista de las contradicciones y de la falta de prueba. En todo caso, la distinta

información disponible sobre evolución del número de pasajeros y facturación de las dos navieras que operan desde el Puerto de Sóller, permite apreciar que en el periodo 2003 a 2006:

- Primero, que Barcos Azules obtiene un volumen de notablemente superior a Tramontana pese a que, según datos de las empresas imputadas, ésta tiene una cuota de mercado superior a aquélla, lo que indica una menor rentabilidad por pasajero.
- Segundo, que según los datos de las cuentas anuales de Barcos Azules y los de la Tabla 5 del Informe de Montoro y Asociados, su facturación disminuye desde el año 2000 hasta el año 2003, en el que se producen los hechos acreditados y objeto de imputación en este expediente, recuperándose significativamente en 2004 y volviendo a disminuir en los años siguientes (2005 y 2006), coincidiendo con la entrada de Transunión y Autocares Comas en el capital social de Tramontana, que reportó a ésta la ganancia como clientes de tres agencias de viajes pertenecientes al grupo Transunión.

En conclusión, es opinión de este Tribunal 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, en un mercado que, frente al del input tren, opera en régimen libre competencia. Esta 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, que le permite optimizar sus recursos, así como adquirir nuevas embarcaciones (la amortización de estas compras es la causa de que sus cuentas anuales registren pérdidas en los últimos ejercicios), de cabotaje suficiente para absorber todos los pasajeros que llegan al Puerto de Sóller en el tren o que esperan en Sa Calobra para embarcar. Ventaja competitiva que, a largo plazo (la concesión se extiende actualmente hasta 2055), podría situar a Tramontana en riesgo de expulsión del mercado de servicios marítimos desde el Puerto de Sóller, que es el efecto restrictivo que apuntada el Servicio en el Pliego de Concreción de Hechos.

A este respecto, se debe apreciar que Tramontana gana 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. Un hecho que únicamente prueba que Tramontana ha tenido capacidad de reacción a corto plazo, pero a costa de compartir su negocio con otros empresarios, y también de una menor rentabilidad por pasajero transportado como reflejan sus cuentas por comparación con la de Barcos Azules. Pero este hecho cierto no desvirtúa el objetivo apuntado de la conducta de apalancamiento, proporcionar a Barcos Azules una ventaja competitiva que, a medio o largo plazo, puede de por sí generar dificultades a Tramontana en tanto que no esté en condiciones de adecuar su oferta de servicios a las características de la demanda del producto Vuelta a la Isla.

Sexto.- En el Informe-Propuesta, el Servicio propone al Tribunal que “Se tenga en consideración el papel protagonista que ha tenido en la realización de las conductas prohibidas D. F.J.M.M. y se proceda a la aplicación del art. 10.3 de la LDC.

No obstante, ni el Pliego de Concreción de Hechos ni el Informe-Propuesta han sido notificados a D. F.J.M.M., y así lo hace ver el interesado en escrito de 17 de mayo de 2006 notificado al Tribunal en el marco del expte. MC 35/06 (incorporado al expte. sancionador en el folio 733 y s.), manifestado que la Providencia del Tribunal de admisión a trámite de ese expediente cautelar le ha permitido conocer que el Servicio, en el Informe-Propuesta del expediente sancionador, le imputa la responsabilidad personal del art. 10.3 LDC, y a este respecto termina alegando que tal omisión le ha generado una situación de indefensión.

En la Providencia del Tribunal de admisión a trámite de este expediente sancionador se considera parte interesada a D. F.J.M.M. y, como tal, se le han notificado todas las actuaciones realizadas en esta fase del procedimiento. Cualquier omisión acaecida en la instrucción del expediente ante el Servicio habría quedado sanada en el procedimiento seguido ante este Tribunal, en el que la parte ha podido defender plenamente sus intereses, aunque no ha ejercido este derecho en ninguna fase del mismo. Pero es que, además, el art. 10.3 LDC no condiciona la postestad sancionadora que reconoce al Tribunal a la existencia de una previa propuesta por el Servicio, por lo que cabe concluir que aquella falta de notificación apuntada no constituye

realmente un incidente calificable de irregularidad procesal en sentido estricto.

D. F.M.M., además de administrador solidario de Barcos Azules y Presidente del Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller (concesionaria de una línea de servicio público), es quien firma las cartas de Barcos Azules en las que se comunica a Viajes Soltour los horarios para la nueva temporada, en los que se garantiza plazas en el tren de Sóller. Esta misma persona es citada por algunos de los representantes de las agencias como autor de las presiones denunciadas. En fin, utilizando palabras de las empresas imputadas, es la persona en quien “reside la unidad de decisión” entre las empresas imputadas.

Por ello, atendiendo a las referidas particularidades que concurren en este caso, el Tribunal estima que se cumple el presupuesto del art. 10.3 LDC, por lo que procede la imposición de una sanción de 6.000 euros, que se puede calificar de mínima por referencia al límite de 30.050 euros que fija ese precepto.

Por último, aunque el Tribunal es consciente que la conducta del Gobierno de las Islas Baleares de prorrogar hasta 50 años más la concesión administrativa a la actual empresa concesionaria, sin mediar concurso público, tiene amparo en la legislación sectorial aplicable, quiere manifestar que no constituye la mejor de las prácticas a seguir desde la perspectiva de la libre competencia. La concesión administrativa coloca o instala a un empresario en el mercado, que queda así cerrado a la competencia hasta que, concluido el plazo por el que fue aquella otorgada, vuelve a convocarse concurso público, pudiendo de nuevo generarse una situación de lucha o competencia por el mercado. El otorgamiento de la concesión administrativa por un largo periodo de tiempo reduce de por sí los incentivos para que, cuando llegue su extinción, se genere competencia por el mercado, pero la renovación por 50 años y sin concurso público los elimina por completo, convirtiendo este mercado de servicio público en un mercado cautivo y privativo del actual concesionario.

Séptimo.- El artículo 10 LDC faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer a los agentes económicos infractores multas

de hasta 901.518 euros, cuya cuantía ha de ponderarse atendiendo la importancia de la infracción, para lo cual, añade el precepto, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Siguiendo esta doctrina, la Audiencia Nacional ha considerado, en numerosas sentencias dictadas en revisión de resoluciones de este Tribunal, que la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 LDC.

También ha señalado el Tribunal Supremo que al fijar la sanción ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que aun no expresado literalmente en el artículo 10 LDC, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 901.518 euros hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, y así lo ha afirmado la Audiencia Nacional, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del 'principio de proporcionalidad' en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992.

En atención a las consideraciones precedentes, para fijar la cuantía de la sanción el Tribunal ha tenido en cuenta: a) Que la conducta es realizada por una empresa concesionaria en régimen de exclusiva de una infraestructura de servicio público, que ha sido excluida del mercado por un largo periodo de tiempo; b) Que se ha utilizado este dominio legal de un input de servicio público para proporcionar a una empresa del grupo (Barcos Azules) una ventaja competitiva en un mercado que opera en régimen de libre competencia; c) Que es una conducta de abuso de posición dominante; d) Que la conducta se ha extendido durante varios años, desde el año 2003 hasta la actualidad; e) Que ha afectado a un mercado geográfico y de producto relativamente pequeño; f) Que los efectos de la conducta se producen en dos mercados distintos, y que sólo la apertura de Tramontana a otros socios ha permitido contrarrestar en parte y momentáneamente; g) Que el volumen de ingresos de Ferrocarril de Sóller en 2005 ascendió a 6.367.309 €; de los que el 36% correspondería por las plazas en el tren vendidas en agencias.

En estas circunstancias, el Tribunal estima prudente imponer a Ferrocarril de Sóller una sanción de 318.365 euros, que representa el 5% de sus ingresos en 2005.

En méritos a todo cuanto antecede, el Tribunal de Defensa de la Competencia, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, por mayoría

HA RESUELTO

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. F.J.M.M. una multa de 6.000 euros.

Tercero.- Intimar a Ferrocarril de Sóller, S.A. y a D. F.J.M.M. 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. F.J.M.M. 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. F.J.M.M. 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.

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ a la Resolución dictada por este Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expediente 611/2006 Excursiones Puerto de Sóller, al discrepar sustancialmente de lo en él resuelto.

VOTO PARTICULAR que desarrollo a lo largo de los siguientes apartados y en mérito a las siguientes consideraciones

I.-

El presente expediente se inicia a virtud de una denuncia presentada por TRAMONTANA S.A., contra Excursiones Puerto de Sóller S.L., (BARCOS AZULES) por considerar que esta Sociedad estaba realizando conductas prohibidas por la LDC, “consistentes en presionar a determinadas agencias de viajes, clientes de la denunciante, que ofertan el producto turístico Viaje a la Isla”.

Concluida la instrucción, el Servicio de Defensa de la Competencia el día 6 de Abril del 2006 remite a este Tribunal un Informe Propuesta en el que propone: 1) que se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el Artículo 1 LDC, consistente en la subordinación de los horarios en el transporte por ferrocarril de Sóller en el tramo en 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 marítima; 2) se tenga en consideración el papel protagonista que ha tenido en la realización de las conductas prohibidas D. F.M.M. y se proceda a la aplicación del Artículo 10.3 LDC.

El Servicio de Defensa de la Competencia en el Pliego de Concreción de Hechos concluye que ha quedado probada la existencia de una práctica

concertada entre Barcos Azules y Ferrocarril de Sóller, que persigue **la expulsión del mercado de la única competidora de la primera (TRAMONTANA)** lo que constituye una conducta prohibida por el Artículo 1 LDC. Asimismo, considera que D. F.M.M. ha tenido un protagonismo claro en la realización de dichas prácticas gracias a las funciones que posee en las dos empresas que representa, conducta que se considera sancionable en virtud del Artículo 10. LDC.

Sin perjuicio de ello, este Tribunal de Defensa de la Competencia en Providencia de admisión a trámite del expediente, haciendo uso de su facultad de recalificación que le reconoce el Artículo 43 LDC valoró que los vínculos personales y fácticos entre las dos sociedades imputadas, apreciados por el Servicio podrían anular la necesaria bilateralidad de voluntades propias de las conductas concertadas prohibidas por el Artículo 1 LDC, pero sí podría constituir un supuesto de abuso de posición dominante prohibida por el Artículo 6 LDC, que podría estar generando efectos restrictivos en el mercado configurado por el producto turístico Viaje a la Isla, ofertado por las agencias y mayoristas de viajes que operan en la zona de Sóller.

En el Acto de la Vista, con la asistencia de la totalidad de las partes, el Servicio de Defensa de la Competencia, a diferencia de lo opinado tanto por la denunciante como por las denunciadas, mantuvo su valoración jurídica imputando una conducta colusoria incardinable en el Artículo 1 LDC, así como una sanción de las previstas en el Artículo 10 LDC.

Este Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución dictada, **entiende definitivamente** que las conductas imputadas a Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules pueden y deben ser incardinadas en el abuso de posición dominante del Artículo 6 LDC y así lo resuelve en su parte dispositiva.

Por consecuencia de ello, este Vocal entiende que la Resolución dictada ha conculcado las norma de los Artículos 89 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al que se remite el Artículo 46 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, en relación y concordancia con lo dispuesto en el Artículo 218 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que abordan la necesidad de motivar las resoluciones.

Y decimos esto, por cuanto la Resolución dictada a los solos efectos de no vulnerar los principios de seguridad jurídica y legalidad contemplados

en el Artículo 9 de la Constitución Española, así como para dar fiel cumplimiento a lo dispuesto en el siguiente Artículo 24 del mismo Texto, debió **prima facie** “declarar la inexistencia de un pacto colusorio incardinable en el Artículo 1 LDC y, consecuentemente con ello, anular y revocar en todas sus partes lo instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia”.

Y a ello no empece que (como se establece en el Primero de los Fundamentos de Derecho) la Directora General de Defensa de la Competencia en escrito de 21 de Junio del 2006 concluya que “...la propuesta de este Servicio al Tribunal en el preceptivo informe propuesta de que se declare que la subordinación de los horarios en el transporte de ferrocarril de Sóller en el tramo en tren de la excursión Vuelta a la Isla a la utilización de los barcos propiedad de Excursiones marítimas Puerto de Sóller, para la realización del tramo marítimo de dicha excursión turística es una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el Artículo 1 LDC no obsta en opinión de este Servicio para que en la fase ante ese Tribunal se llegara a acreditar que los imputados ... no actúan con autonomía de decisión, sino que por el contrario obedecen a una misma y única dirección, los hechos *podieran* ser calificados como de abuso de posición de dominio ... toda vez que como ha quedado acreditado en el expediente éste ostenta posición de dominio en el mercado definido como Viaje a la Isla al explotar en régimen de concesionario en exclusiva el ferrocarril de Sóller”.

A todos los efectos, la Administración no puede y menos en un expediente sancionador “dejar simplemente enunciado un mercado” sin entrar a describirlo y valorarlo, pues ello acarrearía a las partes una indefensión en orden no sólo al conocimiento sino a la posibilidad de desvirtuar y combatir tal aserto.

II.-

Sentado lo anterior, procede ahora abordar los argumentos conceptuales que han conformado la Resolución dictada y con la que nos mostramos disconformes, tanto en lo concerniente al mercado, como a las agencias de viajes y en orden a las sanciones impuestas.

Empecemos por decir que asumimos los asertos que la Resolución establece en orden a la **unidad empresarial o toma conjunta de decisiones empresariales y societarias** entre las Empresas Ferrocarril de Sóller, Barcos Azules, Náutica Port y Vall de Sóller (también con el Tren de Sóller Complements) y citamos literalmente “que se manifiesta en los órganos de administración de las citadas sociedades, apoyada a su vez en

las participaciones accionariales y reside en D. F.M.M., que es el Presidente del Consejo de Administración y de su Comisión Ejecutiva de Ferrocarril, Administrador Unico de Vall de Sóller y de Tren de Sóller Complements, Administrador Solidario (junto con su hermano Ó.) de Barcos Azules y Administrador Mancomunado de Náutica Port”.

“Náutica Port es el principal accionista de Ferrocarril de Sóller con el 18,34% del capital social. Porcentaje que en la Junta General está representado por D. F.M.M.”.

Y continúa diciendo la Resolución que “a juicio de este Tribunal la existencia de unidad de dirección económica entre dos o más empresas jurídicamente distintas no exige necesariamente que una ostente la totalidad o la mayoría de capital social de la otra. Ese control también se puede adquirir poseyendo un porcentaje minoritario del capital social, pero suficientemente relevante en comparación con el resto del capital social, repartido entre numerosos pequeños accionistas. Así sucede en este caso, en el que de los 682 accionistas de Ferrocarril de Sóller, 672 tienen acciones que no alcanzan el 1% del capital, sumando todos ellos el 47,55% del capital. Frente a esta dispersión, los Hermanos D. F. y D. O.M.M., sólo a través de la sociedad interpuesta (**mejor decir participada**) Náutica Port, controlan más del 18% del capital social de Ferrocarril de Sóller. Porcentaje que representa más del doble del que ostenta el segundo accionista en importancia (el 6,47%). Además, ambos hermanos son los Administradores Solidarios de Barcos Azules y, al mismo tiempo, miembros de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración del Ferrocarril de Sóller, cuyos dos miembros restantes han sido nombrados a propuesta de D. F.M.M., uno de los cuales (D. M.R.) también es socio de Náutica Port (25%). El cuarto miembro de esta Comisión Ejecutiva es D. V.S. que acude a las Juntas Generales de Ferrocarril de Sóller representando (entre otros socios) al tercero (6,35%) y al cuarto (5,5%) accionista en porcentaje de capital”.

“Una Comisión Ejecutiva en la que el Consejo de Administración ha delegado todas las funciones que son legalmente deseables y que adopta sus decisiones por mayoría simple. Además conviene resaltar el hecho constante (al menos en los años 2003 a 2005) que los cuatro miembros de la Comisión Ejecutiva acuden a las Juntas Generales representando siempre porcentajes de capital conjunto cercanos al 50% del capital presente o representado en cada Junta. En definitiva, globalmente valorados el conjunto de las circunstancias de hecho y derecho puestas de manifiesto, el Tribunal no puede sino concluir que éstas confieren a Barcos Azules la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades

de Ferrocarril de Sóller, que se ejecuta a través de los hermanos D. F. y D. O.M.M.”.

A lo anteriormente transcrito, este Vocal entiende ser procedente hacer las dos adiciones siguientes:

1ª si bien la legislación española no contiene una expresa previsión sobre el grupo de empresas, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1990 “su innegable realidad, cada vez más acusada en el tráfico mercantil, ha forzado a la jurisprudencia, en su función integradora del Ordenamiento Jurídico ex Artículo 1.6 Código Civil, a elaborar su concepto. Y al efecto no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas frente a terceros, sino que se requiere inexcusablemente una confusión patrimonial, así como una utilización abusiva de la personalidad jurídica de cada una de las empresas que conforman el grupo; esto es, el que varias empresas llevan a cabo una política económica de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia, se requiere que el nexo y la vinculación reúnan ciertas características especiales, siendo la principal la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real en aras a una dispersión o elusión de responsabilidades”.

Nada de ello se produce en el grupo empresarial acotado anteriormente, por lo que no debería producirse demonización alguna, no sólo a los efectos de gestión y dirección empresarial, como tampoco a lo que se refiere a la sanción impuesta.

2ª las entidades mercantiles (anónimas, de responsabilidad limitada...) como entidades jurídicas dotadas de personalidad, necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa, y estos grupos sociales son personas físicas o pluralidades de personas investidas por la Ley con la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y de cumplir esa voluntad, desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales y, asimismo, como cualquier otra persona jurídica la sociedad necesita de órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos o negocios de relación con terceros a través de los cuales realiza su objeto social. Es claro, pues, que esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia esencia de la compañía mercantil, pues son inherentes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales

correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte integrante de la sociedad, de tal modo que la actuación de estos órganos es en definitiva la actuación de la propia sociedad.

Lo que dejamos, ahora, enunciado, a los efectos posteriores a desarrollar en orden a las sanciones impuestas.

III.-

El Segundo Fundamento de Derecho, cuya resolución discrepamos, establece que “resuelto que entre las sociedades imputadas en este expediente existe una unidad de dirección económica y que por ello no resulta aplicable a las conductas imputadas la prohibición del Artículo 1 LDC, ahora corresponde analizar si las conductas que se consideran probadas y por las que han sido imputadas Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules pueden ser incardinadas en la prohibición del abuso de posición dominante del Artículo 6 .1ª a) LDC.

Prima facie rechazar de plano la realidad de mantener las probanzas establecidas por el Servicio de Defensa de la Competencia en este expediente por él instruido, toda vez que su valoración jurídica viene basada en realidades controvertidas y desautorizadas por este Tribunal. De ahí que todo el expediente debe ser instruido desde el principio y valorado a la luz de las pruebas y manifestaciones vertidas en **el plenario** habido en el Acto de la Vista Oral.

Compartimos pues el aserto de la Resolución en cuanto a que “la constatación de una práctica de abuso de posición de dominio requiere, como primer paso, **la delimitación del mercado relevante o de referencia** en el que la empresa o empresas ostentan la posición de dominio y en el que o desde el que se estaría realizando la supuesta conducta abusiva; y ello, **tanto en su dimensión de producto, como geográfica.**

1º Paso previo ello, entendemos necesario fijar y concretar la realidad de los Agentes económico operantes.

Empezando por TRAMONTANA y sus accionistas decir que es una empresa dedicada al transporte marítimo desde el año 1966 y que opera en los puertos de Palma de Mallorca y Sóller; que durante el bienio 2003-2004 ha registrado beneficios antes de impuestos por un valor total acumulado de Euros 254.319,22.

Desde el año 2005 está integrada verticalmente en un holding turístico liderado por los grupos TRANSUNION y COMAS en un 46% y el restante 54 lo detentan el GRUPO MARCH, AGUILO y CORTES.

El Grupo Comas es titular de las Agencias de Viajes VIAJES SAN FRANCISCO, TRANSACOBO y VIAJES SIMPATIA, mientras que el Grupo Transunión es el líder en el transporte por carretera, tanto discrecional como regular en la Isla de Mallorca.

2º Por su parte, la denunciada Excursiones Marítimas Puerto de Sóller es una empresa familiar detentada en su totalidad por los hermanos M.M. (F., S. y O. en un 31,5% cada uno de ellos y el restante 5,5% por M. del C.).

Entidad que posee el 50% de Náutica Port y el 18,4% de Ferrocarriles de Sóller. Esta última una concesión administrativa de hace 100 años y vigente hasta el 2050; que en el año 2002 estaba en crisis y en graves pérdidas y que tras nuevos criterios de gestión e importantes inversiones está situada en beneficios de Euros 6,36.

El accionariado de Ferrocarriles de Sóller es variado, siendo el mayoritario en un 18,4% Náutica Port y el resto con participaciones del 1% y por debajo del 1% entre las que se encuentra la denunciante Tramontana

3º Finalmente, las Agencias de Viaje que son las que realmente controlan el mercado, con capacidad única y exclusiva para diseñar, contraer, redireccionar y comercializar la oferta para los turistas-consumidores finales.

Según AVIBA en este mercado existen y operan más de 180 Agencias de Viajes, que fijan el margen de beneficio, que trasladan posteriormente al turista-consumidor final de este producto.

En la excursión eufemísticamente denominada Vuelta a la Isla las Agencias del Grupo Transunión-Comas-Tramontana suponen un porcentaje importante de la facturación total, dada su integración vertical.

Así de entre las más de 50 excursiones organizadas en la Isla de Mallorca, la denominada Vuelta a la Isla conceptualmente así denominada como expresión de un marketing tiene lugar por la costa Noreste de la Isla de Mallorca, sujeta a diversas modalidades y rutas al combinar tren, barco y autobús.

Los anteriores asertos conforman parte del Informe aportado al expediente por las denunciadas (Informe Montoso y Asociados), con el valor documental propio, ***pero que fue reconocido por la denunciante y no desvirtuado en ninguno de sus extremos en el Acto de la Vista Oral.***

Asertos que, por otra parte, son también asumidos tanto por la denunciante Tramontana como por el Servicio de Defensa de la Competencia (página 17 *in fine* de la Resolución) al establecer que ambas coinciden en que la Vuelta a la Isla, en su acepción tradicional constituyen el mercado relevante que describe como “aquella en la que se utiliza *una combinación de medios de transporte, un tramo por carretera, un tramo marítimo y un tramo ferroviario*”, todo ello en un tramo acotado geográficamente que es la zona de Sóller.

De ahí que podamos concluir: a) las excursiones a la Isla de Mallorca son varias y diversas (hasta 50) en las que las denunciadas no tienen posición de dominio, antes al contrario, son las denunciantes las que monopolizan las mismas, al tener la integración vertical anteriormente descrita; b) no tenemos inconveniente en asumir, también un mercado relevante y geográficamente acotado en la Zona de Sóller, con las puntualizaciones y concreciones anteriormente establecidas.

Y por ello podemos asumir el texto de la Resolución (página 18 *in fine*) cuando dice que “las conductas que se imputan en este expediente afectan a la configuración por las Agencias de Viajes que operan en Mallorca de una determinada excursión turística, *cuyo epicentro es la travesía o tramo marítimo que discurre entre los puertos de Sóller y Sa Calobra o a la inversa, que necesita como complemento, pero también como parte integrante e indisoluble del concurso de otros medios de transporte que desplacen a los pasajeros desde su hotel hasta el Puerto de Sóller o, en su caso, hasta Sa Calobra si la excursión se inicia por este lado.* Y sigue diciendo en el primero de los párrafos de la siguiente página 19 *como bien ha subrayado el Servicio de Defensa de la Competencia es un viaje combinado, que puede ser realizado en los dos sentidos que permite la excursión y que puede presentar variaciones en los lugares concretos de inicio, parada o final de viaje, sin que estas circunstancias afecten a la unicidad.*

Por ello, la totalidad de las partes interesadas no dudan en reconocer que “*el mercado de transporte marítimo es contestable*”.

¿Y qué ocurre en el mercado del transporte por autobús?. Al entender de la Resolución que combatimos se nos dice que *“las Agencias de Viaje disponen de la amplia oferta de compañías que operan en la Isla de Mallorca y de todas ellas, las pertenecientes al Grupo de Tramontana (esto es Transunión y Autocares Comas) serían las líderes en el sector de transporte discrecional y regular de pasajeros en la totalidad de la Isla de Mallorca, con una cuota de mercado conjunta superior al 50%.*

Finalmente se aborda el tramo en ferrocarril (tren + tranvía) que sólo dispone de un oferente, la empresa Ferrocarril de Sóller S.A., concesionaria en régimen de exclusiva.

De ahí, que la Resolución *llegados a este punto* asuma los establecimientos de ambas partes interesadas, cuya literalidad transcribimos al decir que ***“Tramontana y Barcos Azules entienden que existe un elevado grado de sustituibilidad entre el tren y el autobús, tanto por criterios de coste y eficacia como por su poder turístico; y ello se pone de manifiesto por el hecho de que algunas Agencias de Viaje, entre ellas la más importante de todas por el número de viajeros transportados VIAJES SAN FRANCISCO, oferta la Vuelta a la Isla sin tren y a un coste y con una duración significativamente inferiores a la opción con tren, concluyendo que el autobús es el único medio imprescindible”.***

Por tanto resulta absolutamente increíble que en este expediente, el Tribunal de Defensa de la Competencia considere los siguientes mercados relevantes: **el primero** la totalidad de las excursiones a realizar en la Isla de Mallorca, en el que la entidad denunciante es monopolista en los tres medios de transporte; **un segundo**, la eufemísticamente y vía marketing denominada Vuelta a la Isla, en que el mercado es contestable, sustituible y en el que el único medio imprescindible es el autobús. Pero no contento con ello, abre ahora un **tercer mercado relevante** que lo concretiza y polariza en el transporte por tren. Obviamente acierta en la posición de dominio, como no podía ser de otra manera, **al tratarse de una concesión administrativa.**

No podemos asumir el criterio, por cuanto de hacerlo **llegaríamos a una atomización plena, llegando por ello a la conclusión SOFISTA de estar en presencia de una posición de dominio** como se hace en esta Resolución; pero de igual modo sofístico se podría llegar a la contraria, esto es, estar en presencia del mercado perfecto.

IV.-

Procede ahora abordar lo relativo a las declaraciones de ciertas Agencias de Viaje y horarios, que el Tribunal ha tenido en cuenta y valorado discriminatoriamente en relación al Informe de Montoso y Asociados, así como en orden a la representatividad alegada.

1ª el Tribunal en esta Resolución hace suyas las consideraciones del Servicio de Defensa de la Competencia y probada la existencia de un empaquetamiento o vinculación de productos por parte del Ferrocarril de Sóller y que esta empresa discrimina a sus clientes (las Agencias de Viaje) en la asignación de los horarios de tren en función de si contrata sólo el tramo en tren o también el tramo en barco con su naviera Barcos Azules. Esta afirmación la fundamenta en las declaraciones que contienen las cartas y correo electrónico enviados a Tramontana por los representantes de las agencias Viajes RTS, Viajes Hondero y Club de Vacaciones, así como el documento de D. M.F. en calidad de accionista único de Viajes San Francisco (página 22).

No podemos aceptar que el Tribunal dé pleno valor valorativo a tales declaraciones de tres Agencias de Viajes, cuanto aparece acreditado en el expediente que la totalidad de Agencias de Viajes superan las 180 en la Isla de Mallorca, de ahí que las mismas carezcan de representatividad y relevancia como medio probatorio pleno.

Y mucho más, cuando la propia Agencia Viajes San Francisco, según hemos establecido anteriormente (página 19 *in fine*) “*oferta la Vuelta a la Isla sin tren, a un coste y con una duración significativamente inferiores a la opción con tren, concluyendo que el autobús es el único medio imprescindible*”.

Lo que entraña una notoria y flagrante contradicción, que sin embargo ha sido asumida y valorada, como prueba plena por el Tribunal, discriminando el Informe Montoso y Asociados, aportado al expediente, **sin razón argumentativa alguna.**

2ª tal discriminación, *presumida pero no probada*, lleva al Tribunal a considerarla discriminatoria, por cuanto las Agencias de Viaje presionadas, incardinables curiosamente en el área de influencia de Tramontana (San Francisco, Transacobo y Viajes Simpatía, conjuntamente con Viajes Tuy) que copan la totalidad del mercado, “vendrían limitadas en su libertad a elegir, distorsionando la competencia, que no tendrían garantizadas las mejores horas en el tren; y consiguientemente con la repercusión en los

precios, sensiblemente inferiores al que se exige para aquellas otras que contraten el tramo marítimo con la naviera Tramontana”. Al final del argumento discriminatorio, concluye contrariamente al decir que “sin embargo no se han aportado al expediente pruebas directas, ni indirectas sobre esta práctica discriminatoria, que en todo caso estarían justificadas por el volumen o tipo de servicios que contratan”.

3º podemos asumir que la asignación de horarios y plazas, así como la fijación de los precios no supone una discriminación, sino que responde a evidentes limitaciones técnicas del tren (vía única), unidas a obligaciones propias de la concesión administrativa (servicios mínimos de viajeros residentes), capacidad, etc., no siendo menos relevantes las demandas oficiadas por las Agencias de Viajes como directoras y creadoras de las necesidades de los turistas-consumidores, así como la posibilidad de realizar la excursión partiendo de un punto y finalizando en otro y viceversa, dada la sustituibilidad del sistema, según se acredita a lo largo de la página 25 de la resolución combatida.

Es relevante, que tras acreditarse en la Resolución (página 26) que “sólo se dispone en el expediente de una pequeña muestra de los horarios del tren en dirección Sóller correspondientes a ciertos días de los meses de Abril a Julio de 2006” el Tribunal pueda hacer una extrapolación, no sólo abierta a todo el año, sino incluso a los anteriores años 2003 al 2005 y ello para concluir afirmando la existencia de una discriminación por parte de Ferrocarril de Sóller. Tal argumento y conclusión deben ser rechazados por pura lógica conceptual, al estar en presencia de simples presunciones.

4º finalmente, se nos dice en la resolución que combatimos que TRAMONTANA entidad mercantil denunciante tuvo pérdidas en el 2004, pero remontó notablemente en los siguientes años 2004 y 2005, debido a la incorporación de nuevos socios (los citados anteriormente) que lo hicieron no sólo mediante aportes dinerarios hasta un 46% del capital social, sino en lo que es más importante, aportando empresas: agencias de viajes y de transporte por carretera, en los que son líderes indiscutidos.

De ahí la sorpresa. Resulta que las denunciadas pierden poder, no obstante tener posición dominante en el mercado (¿en cuál de los tres mercados relevantes desarrollados en la resolución?), mientras las denunciantes que afirman la conducta seguida por las denunciadas tendentes a su exclusión de mercado “ganan cuota en el mismo”. Y ello viene corroborado por la documental aportada al expediente (Informe Montoso y Asociados) en la que se acredita indubitadamente que si bien en el año 2004 Barcos Azules era líder en el transporte de pasajeros, en el

2005 se equilibran la cifras, para en el año 2006 ponerse por detrás de Tramontana.

Esta realidad es valorada en la Resolución “como *un hecho que prueba que Tramontana ha tenido capacidad de reacción a corto plazo, pero a costa de compartir su negocio con otros empresarios*”. Pero esta es la ley del mercado, sin que tal evidencia pueda ser achacable a conductas abusivas. Y ello es tan cierto que la propia Resolución no tiene empacho en reconocer (viene obligada a reconocer) que **“la conducta de apalancamiento o bundling mixto de la concesionaria tenía por objeto, de forma inmediata y a corto plazo NO LA EXPULSIÓN DE TRAMONTANA DEL MERCADO sino una simple ventaja competitiva”**.

Ciertamente tras la anterior afirmación, no puede entenderse que la conducta narrada como presumible, pero nunca probada, pueda ser incardinada en el Artículo 6 LDC como abusiva de la posición de dominio y, por ello, sancionable. Razón suficiente y necesaria para discrepar de la Resolución.

V.-

Sólo nos queda por abordar el tema de las sanciones, tanto a la entidad mercantil, como al Administrador.

En cuanto a la Entidad Mercantil, al no quedar acreditado el abuso de posición dominante en ninguno de los tres mercados concretados en la Resolución, al no haberse acreditado que la conducta denunciada por Tramontana habría tenido la virtualidad de expulsarla del mercado, dado que a lo sumo se trataría de una simple ventaja competitiva, deviene obvio que la tal conducta no puede ser incardinada en la norma del Artículo 6 LDC y no puede ser sancionada.

Cuestión diferente, en todo caso, es la sanción impuesta al Administrador D. F.M.M. de una sanción ex Artículo 10.3 LDC por su intervención y conducta seguida. A los solos efectos de evitar innecesarias repeticiones, nos referenciamos al desarrollo de los Órganos Colegiados y de Administración de las Entidades Mercantiles, como necesarios para gestionar, administrar y regir los negocios sociales

De ahí que sancionar tal conducta, sería sorprendente por desconocer el desarrollo de tales actividades societarias, a la par que ello conllevaría una doble sanción por una misma conducta, que vulneraría Principios Generales del Derecho.

CONCLUYENDO entendemos que ante la inexistencia de conducta abusiva este Tribunal de Defensa de la Competencia debió **también** dictar Resolución expresa que la misma no era incardinable en el Artículo 6 LDC y, por ende, no sancionable, rechazando expresamente la denuncia presentada por Tramontana.

Así por este mi VOTO PARTICULAR lo pronuncio, mando y firmo.