

Roj: SAN 5204/2008
Id Cendoj: 28079230062008100553
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 188/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente por conductas prohibidas.

SENTENCIA

Madrid, a tres de noviembre de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 188/07 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional ha promovido FERROCARRIL DE SOLLER S.A. y Jose Francisco representados por la

Procuradora de los Tribunales Sra. Messa Teichman frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr.

Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de abril de 2007 relativa a

expediente por conductas prohibidas y la cuantía del presente recurso 318.365 euros para la primera recurrente y 6.000.000 para

la segunda recurrente. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

Segundo-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 24 de septiembre de 2007 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada.

Tercero-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Cuarto-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

Quinto-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 21 de octubre de 2008 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 3 de abril de 2007 en el expediente sancionador nº 611/06 (Expte. 2545/04 del Servicio de Defensa de la Competencia) 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 .

La parte dispositiva de dicha resolución tiene el siguiente tenor literal:

"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. Jose Francisco . una multa de 6.000 euros.

Tercero.- Intimar a Ferrocarril de Sóller, S.A. y a D. Jose Francisco . 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. Jose Francisco . 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. Jose Francisco . 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."

SEGUNDO-. Se declaran probados los hechos declarados como tales por la resolución impugnada, y en concreto esta Sala quiere resaltar los siguientes:

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

Excursiones Marítimas Puerto de 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 Jose Francisco , Jesús Carlos y Alfonso (31,45% cada uno) y Clara

(5,6%). Además, los dos primeros son los administradores solidarios de la sociedad, por acuerdo de la Junta General de 19/01/2002.

Ferrocarril de Sóller, S.A. es una empresa fundada en 1905 que posee la explotación en exclusiva de la concesión administrativa del servicio público de la línea ferroviaria Palma-Sóller-Puerto de Sóller, otorgada en 1908 con efectos de 1911 por 100 años, y renovada sin concurso hasta el año 2055 por Resolución del Director General de Obras Públicas y Transporte del Gobierno de las Islas Baleares de 30 de agosto de 2005 por otros 50 desde la fecha de publicación de la Resolución (BOIB núm. 133, de 08-09-2005). El tren o ferrocarril de Sóller consiste en un tren de vía estrecha desde la ciudad de Palma de Mallorca a la localidad de Sóller (27,3 Km.), y en un tranvía desde esta localidad al Puerto de Sóller (4,9 Km.). La concesión obliga a ofertar un mínimo de 4 frecuencias/trayectos diarios (transporte regular) a un horario y precio autorizado por el Gobierno balear, pudiendo la concesionaria establecer otras frecuencias/trayectos con precio libre (transporte discrecional). Los horarios de estos viajes discrecionales en mayo 2006 eran: 9,55; 10,20; 15,10; 16,10; 16,40 y 17,10; y en los meses de junio y julio de 2006 fueron: 9,55; 10,20; 15,10; 15,40; 16,10; 16,40 y 17,10. El volumen de ingresos en 2005 ascendió a 6.367.309 #.

Ferrocarril de Sóller constituyó en 2004 la sociedad "Tren de Sóller, SAU" (de la que es socio único y administrador único), con el objeto de poder llevar a cabo actividades complementarias a la explotación de la concesión y completamente desafectadas de la misma

Tren de Sóller es titular del 80% del capital social de "Vall de Sóller Services, S.L.", correspondiendo el 20% restante a Barcos Azules. Jose Francisco es administrador único de Vall de Sóller, que tiene por actividad la prestación de servicios turísticos en la Isla; entre otros, la oferta de excursiones tanto a agencias como al público, en cuya realización participan sus accionistas.

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

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

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

Todas las agencias que ofrecen esta excursión turística consultadas en el curso de la investigación llevada a cabo por las autoridades de Defensa de la Competencia en los periodos relevantes incluyen un tramo en tren. La empresa actora subordinó las tarifas y los horarios que podían obtener las distintas agencias en el tramo correspondiente al transporte en el tren de la excursión "Vuelta a la Isla" a la utilización de los barcos propiedad de "Excursiones marítimas Puerto de Sóller S.L." para la realización del tramo marítimo de dicha excursión turística. Contratando con esta empresa el tramo marítimo quedaba asegurada la plaza en el tren turístico que parte de Sóller, así como unos horarios razonables

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

1º. Nulidad por infracción del procedimiento legalmente establecido con vulneración de los derechos de defensa; a juicio de la actora la utilización por el T.D.C. de la facultad otorgada por el *art. 43 de la ley 16/1989* ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías de defensa, determinante de la nulidad de la resolución *ex artículo 62.1.a) de la ley 30/1992*.

2º. Error jurídico al considerar la existencia de un abuso de posición de dominio prohibido por el *art. 6 LDC* por producir el efecto de restringir la competencia en el mercado.

3º. Nulidad por incompetencia del Servicio de Defensa de la Competencia para tramitar el expediente, porque el mercado de referencia bien es el de las excursiones turísticas en la Isla de Mallorca o subsidiariamente el del Puerto de Sóller.

4º. Nulidad del acto sancionador.

CUARTO-. En cuanto al primer motivo de impugnación, la nulidad por infracción del procedimiento legalmente establecido con vulneración de los derechos de defensa, como consecuencia de la utilización por el T.D.C. de la facultad otorgada por el *art. 43 de la ley 16/1989* : a juicio de la recurrente, ello ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías de defensa, determinante de la nulidad de la resolución *ex artículo 62.1.a) de la ley 30/1992* .

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día veintisiete de Febrero de dos mil siete en el recurso de casación num. 7130/2005 interpuesto contra una sentencia de esta misma Sala y Sección de fecha 22-VII-2005 , razonó como sigue:

El procedimiento sancionador, que constituye un único procedimiento, se desarrolla en dos fases, la fase de instrucción que se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia, que asume las funciones propias de instrucción del expediente sancionador practicando los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, redactando un pliego de concreción de hechos que se notifica a las partes infractoras para que puedan formular las alegaciones que estimen oportunas, proponer las pruebas que consideren pertinentes y, cerrado el periodo probatorio, efectuar su valoración; y una fase de resolución ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en que se integra una fase probatoria y una fase de vista o escrito de conclusiones.

En este sentido, en la sentencia de esta misma Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003), dijimos:

"Ha de tenerse en cuenta que, frente a las afirmaciones de varias de las recurrentes, desde que se incoa el expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia hasta que dicta su resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia hay un solo procedimiento administrativo. Tal como resuelven varias de las Sentencias impugnadas, no puede considerarse que la fase ante el Servicio, en la que se realiza la instrucción y que finaliza con un informe propuesta ante el Tribunal, y la que se desarrolla ante éste, en la que hay trámite de alegaciones y prueba y se produce la resolución del expediente, constituyan dos procedimientos distintos. La sola descripción del contenido esencial de dichas fases pone de relieve que se trata de un único procedimiento administrativo sancionador que precisamente se escinde en esas dos fases ante órganos distintos en cumplimiento de la constitucionalmente preceptiva separación entre instrucción y resolución en un procedimiento sancionador».

En esta última fase resolutoria, se inserta la audiencia del Instructor caracterizada como una facultad del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya ratio es garantizar el derecho de defensa del presunto infractor, en su proyección al derecho de ser informado de la acusación, que debe acordar cuando concurren determinadas circunstancias, según dispone el *artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia* :

1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver.».

Debe significarse que la Sala de instancia acierta al valorar que la divergencia entre el criterio del Servicio de Defensa de la Competencia y el del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la intensidad del reproche que la conducta imputada merece, no es de carácter sustancial para incardinar el supuesto previsto en el *artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia* , que faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a que convoque al Instructor si estima que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha apreciado debidamente la cuestión sometida a su conocimiento, por ser susceptible de otra calificación, que autoriza a someter la nueva calificación a los interesados, al no haberse producido una extensión o ampliación del tipo ilícito en que es incardinable la conducta imputada.

El *artículo 20.3 del Reglamento* que aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por *Real Decreto 1398/1993*, que establece que «en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días», que constituye un desarrollo de lo dispuesto en el *artículo 138.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el caso del procedimiento con independencia de su diferente valoración jurídica, no ha sido infringido por la Sala de instancia, en razón de la coincidencia del contenido garantista de este precepto con lo dispuesto en el *artículo 43 de la LDC*, que resulta directamente aplicable en virtud del principio de *lex specialis*, y de las consideraciones jurídicas expuestas que evidencian la innecesariedad de conceder un nuevo trámite de audiencia cuando la Entidad financiera imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia ha conocido plenamente los hechos que se le imputaban y ha podido formular sin restricción alguna las alegaciones que para su defensa jurídica ha estimado oportunas.

Las garantías constitucionales consagradas en el *artículo 24.2 CE*, según se declara en la *sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo*, «son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, *STC 74/2004, de 22 de abril, F. 3*). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al *art. 24.2 CE* ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el *art. 24.2 CE* (por todas, *STC 59/2004, de 19 de abril, F. 3*) ».

Debe significarse que, según es doctrina de esta Sala expuesta en la *sentencia de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003)*, los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El *artículo 43 de la Ley 16/1989* le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

En consecuencia, proyectando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas a la presente litis, cabe rechazar que la Sala de instancia haya producido lesión de los derechos de defensa en la tramitación del expediente sancionador ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, vulnerando el *artículo 24* de la Constitución, al haberse respetado en la tramitación del expediente sancionador el derecho a no ser sancionado sin ser oído, el derecho a ejercer el derecho de defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento y el derecho a ser informado de la acusación, que impone que la persona imputada conozca los hechos y que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora.

Cabe concluir el análisis de este primer motivo de casación observando que el examen de las actuaciones procedimentales promovidas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, no revela que a la Entidad recurrente se le haya producido indefensión en su significado material que se caracteriza por suponer una privación o restricción sustancial del derecho de defensa, por significar un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes, que impide o dificulta gravemente la posibilidad de alegar y acreditar los derechos en el procedimiento, que produce que tenga relevancia *constitucional lesiva del artículo 24* de la Constitución, según aprecia el Tribunal Constitucional en la

sentencia 237/2001 (RA 2183/1997), porque ha podido participar en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, proponiendo pruebas y efectuando las alegaciones que estimó oportunas según se constata en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia."

Todos y cada uno de los razonamientos que recoge el Alto Tribunal son de aplicación al supuesto enjuiciado, debiendo resaltarse la identidad entre:

a) los hechos denunciados: explotación abusiva por la denunciada de la ventaja que le confería su participación en el capital social de Ferrocarril de Sóller S.A. debido a que esta es la única concesionaria de la línea ferroviaria Sóller-Palma de Mallorca.

b) Los hechos que se recogen en el pliego de concreción de hechos: que cualquiera que sea el recorrido concreto de la excursión "Vuelta a la Isla" siempre incluye un tramo en tren y otro en barco, y para la realización del tramo en tren solo se dispone del ferrocarril de Sóller, que es explotado por Ferrocarril de Sóller S.A. en exclusiva. A raíz de la entrada de Barcos Azules en el capital social de Ferrocarril de Sóller, concesionaria en exclusiva de la línea Sóller-Palma de Mallorca, empezaron a producirse presiones a las agencias de viajes para subordinar los horarios y las plazas del trayecto en tren de la excursión con Barcos Azules, ofreciendo igualmente mejores precios.

c) Los hechos que declarados probados por la resolución impugnada constituyen el fundamento fáctico por el que se declara cometida la infracción.

La diferencia está en que en el Pliego de concreción de hechos se considera cometida una infracción del *art. 1.1 LDC*, pero los interesados fueron oídos sobre la posible infracción del *art. 6 LDC*.

Es en la providencia de admisión a trámite y nueva calificación cuando el TDC se plantea que la cuestión sometida a su valoración pudiera no haber sido apreciada debidamente por el servicio al ser susceptible de otra calificación (folio 4 del Tomo I del expediente del TDC) y "de acuerdo con lo previsto en el *artículo 43.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, procede dar audiencia al Instructor del expediente tramitado ante el Servicio sobre esta nueva calificación por un plazo de diez días". Se señalan los interesados, y se ordena la notificación de la providencia, entre ellos están los hoy actores.

El día 21 de junio de 2006 (folio 13) la Directora General del Servicio de Defensa de la Competencia contesta que si en la fase ante el TDC 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 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".

En el escrito obrante al folio 26 y siguientes del referido Tomo I del expediente del TDC Ferrocarril de Sóller S.A. se defiende de la nueva calificación, y solicita en consecuencia ampliación del plazo para alegaciones, que es concedido por providencia de 17 de julio de 2006 (folio 63).

El día 2 de agosto de 2006 la actora presenta su escrito proponiendo prueba y solicitando la celebración de vista. Las pruebas documentales que aportan se extienden desde el folio 70 al folio 467 del expediente, y fueron admitidas por el TDC (acuerdo obrante en los folios 468 y siguientes).

Resulta en consecuencia a juicio de esta Sala que la aplicación del *art. 43 LDC* en el expediente origen de este litigio no ha supuesto la alegada disminución de garantías de defensa, debiendo desestimarse este motivo de impugnación.

QUINTO-. Se alega en segundo lugar error jurídico al considerar la existencia de un abuso de posición de dominio prohibido por el *art. 6 LDC* por producir el efecto de restringir la competencia en el mercado.

La actora sitúa, a juicio de esta Sala erróneamente, la infracción del *art. 6 LDC* en "llevar a cabo una conducta que podría haber tenido un efecto de cierre del mercado al impedir a las agencias de viajes operar en el mismo en condiciones de rentabilidad pues son las agencias de viajes las que realmente controlan el mercado" (pags. 10 y 11 del escrito de demanda).

La infracción de abuso de posición dominante, descrita en el *artículo 6 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)*, requiere como elementos característicos, la posición de dominio en un mercado y la explotación abusiva de esta última.

Del citado *art. 6 LDC* resulta: 1) La actividad prohibida lo es la explotación abusiva de la posición de dominio, requiere por tanto la acreditación de la posición dominante en todo o parte del territorio español y la prueba de la efectiva explotación abusiva de tal circunstancia. 2) Las condiciones ha de ser desiguales para prestaciones equivalentes -no se requiere que sean prestaciones idénticas, basta con que sean equivalentes-, y han de colocar a los competidores en desventaja. 3) Las prestaciones suplementarias impuestas no han de relacionarse con el contenido del contrato.

El *art. 10 LDC* permite concluir que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -, y por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el *precepto se refiere a un elemento intencional o negligente-*, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido mediante la explotación de la posición de dominio, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto o la explotación de tal posición, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

La posición de dominio no existe en abstracto, sino que debe proyectarse sobre un determinado mercado, por lo cual, con carácter previo hay que determinar los límites de este. En el supuesto enjuiciado se trata de un mercado muy reducido, pero no por ello menos necesitado de protección, cual es el de la excursión "Vuelta a la Isla" en Mallorca.

Esta Sala entiende que con las pruebas obrantes en el expediente se ha acreditado la existencia de una unidad de dirección económica entre las empresas Ferrocarril de Sóller y Barcos Azules, concretándose, como analiza el TDC en la resolución impugnada (fólios 23 y 24) en el hecho de que Barcos Azules puede ejercer una influencia decisiva sobre Ferrocarril de Sóller. Valorando la cuota de mercado, se comprueba que solo hay un ferrocarril: para poder realizar el viaje de vuelta a la Isla, incluyendo el tramo en el tren, si para realizar el tramo en tren hay dos empresas, para realizar el tramo en autobús hay varias empresas, para realizar el tramo en tren solo hay una, que además es titular de una concesión administrativa.

La valoración que realiza el TDC respecto al grado de sustituibilidad de la oferta, es igualmente compartida por esta Sala:

"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. "

En este caso el viajero no puede acudir a otra compañía para que le preste el servicio del tramo en tren, comprobándose la existencia tanto de una barrera natural y jurídica, ante la imposibilidad de construir otro ferrocarril y una barrera legal ante la existencia de una concesión administrativa sobre el ferrocarril existente.

Se ha acreditado en el expediente que para el periodo relevante, no era indiferente a los turistas la utilización o no del tren, ni el horario ni el precio del viaje a la Isla. La independencia de comportamiento que tiene la titular del ferrocarril ha quedado acreditada porque como también señala el Abogado del Estado, el tren por sus características, según las pruebas practicadas, no tiene sustituto, siendo único en su carácter y en su recorrido.

SEXTO-. Se alega por la actora la nulidad por incompetencia del Servicio de Defensa de la Competencia para tramitar el expediente, porque el mercado de referencia bien es el de la excursiones turísticas en la Isla de Mallorca o subsidiariamente el del Puerto de Sóller, con la conclusión de que "con independencia de la constitución o no de los correspondientes órganos de defensa de la competencia de las Illes Balears, al no cumplirse en el presente caso las previsiones legales, el expediente tramitado está viciado y la resolución que le pone término y que ahora se impugna es nula de pleno derecho".

Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia en su Disposición Transitoria Única establece:

"En tanto las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia, el Estado seguirá ejerciendo las competencias que les correspondan".

El hecho de que en las fechas relevantes la Comunidad Autónoma de Baleares, pese a la autorización contenida en la *ley autonómica 11/2002* no hubiese creado y regulado los órganos de defensa de la competencia de las Islas Baleares no supone la nulidad de la resolución del TDC impugnada.

SEPTIMO-. Se alega en último lugar la nulidad del acto sancionador.

En primer lugar sostiene que aún si hubiera existido la conducta anticompetitiva falta el elemento de la intencionalidad: como regla general las infracciones pueden cometerse por dolo o culpa, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto aplicando la diligencia debida.

En este caso es claro que la actora podía haberse informado o mostrado una mayor diligencia, a fin de conocer que la conducta vulneraba la legislación sobre defensa de la competencia. Aunque la intención directa no fuese el falseamiento de la libre competencia, tal circunstancia se produjo con la actividad descrita en los hechos probados del acto administrativo impugnado, siendo tal conducta imputable a la recurrente al menos a título de culpa.

En cuanto al error en el cálculo de la sanción, por parte del TDC se señalan los elementos tenidos en cuenta para calcular el importe de la multa, conforme a lo dispuesto en el *artículo 10 de la ley 16/1989* vigente en las fechas relevantes:

"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."

Ha quedado documentalmente justificada la base tenida en cuenta por el Tribunal de Defensa de la Competencia para determinar el importe de la sanción que a juicio de esta Sala es proporcionada a la vista de los elementos tenidos en cuenta para fijar su cuantía en relación con lo dispuesto en el *Art. 10 de la L.D.C.* En relación con la máxima cuantía de la sanción de multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia con carácter ordinario -hasta 901.518,16 # (hasta 150.000.000 de pesetas)-, si la dividimos para su aplicación en tres grados - máximo, medio y mínimo-, se aprecia que la sanción impuesta de 318.000 #, se encuentra en el grado mínimo en su tramo superior, lo que se ajusta a criterios razonables teniendo en cuenta la gravedad de la conducta.

Debe en consecuencia desestimarse el recurso.

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

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de FERROCARRIL DE SOLLER S.A. y Jose Francisco contra el Acuerdo dictado el día 3 de abril de 2007 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual

confirmamos por su conformidad a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial*.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.