

Resolución Expediente SAN 6/2015 BALEARIA

D. Francisco González Castilla, Presidente

Dña. María José Vañó Vañó, Vocal

Dña. María Estrella Solernou Sanz, Vocal

En Valencia, a treinta de noviembre de dos mil dieciséis.

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Francisco González Castilla, ha dictado la presente Resolución relativa al Expediente SAN 6/2015, incoado tras escrito de denuncia presentado por XXX XXX, en nombre y representación de la mercantil Innova Cruceros, S.L. contra Balearia por conductas supuestamente sancionables en el ámbito de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

I. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS

1. Con fecha 6 de agosto de 2015 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, escrito de la mercantil Innova Cruceros, S.L. en el que denunciaba que Balearia (*rectius*, Puerto Natura, S.A., sociedad cuyo único accionista es la mercantil Balearia Eurolíneas



Marítimas, S.A.) estaba ofreciendo de forma gratuita un servicio de paseo y transporte de viajeros por la dársena interior del puerto de Dénia desde el mismo punto de origen que la empresa denunciante hasta la terminal de pasajeros de Balearia (Balearia Port).

Según el denunciante al prestar de forma gratuita un servicio de transporte de pasajeros similar al suyo pero *«sin hacer figurar horarios, listas de precios, ni entregar billetes (...) incumpliendo además las normas de comercio legalmente establecidas y sin tener en cuenta los costes del servicio, embarcaciones, seguros, tripulaciones, mantenimiento, gestión, publicidad, etc.»*, Balearia incurría en un supuesto de *competencia desleal, abuso de posición dominante y dumping para el negocio de sus propias instalaciones [establecimientos de ocio y restauración], arrendadas a terceros, en detrimento de los otros locales del puerto «que no utilizan estos medios desproporcionados para aumentar su negocio»* (folio 3). En relación con ello solicitaba la denunciante que se adoptaran las medidas pertinentes en cumplimiento de la Ley y en particular la paralización inmediata de dicho servicio gratuito por las importantes pérdidas económicas que le estaba ocasionando.

2. Recibida la denuncia y analizado su contenido, en fecha 17 de septiembre de 2015 se solicitó subsanación de la denuncia en orden a su consideración formal como tal en el sentido de que se aportara la información que debe constituir su contenido mínimo según el art. 25 RDC. Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito con entrada en el Registro en fecha 27 de octubre (folios 11-23).

3. En cuanto a los trámites para la designación de órgano competente, mediante oficios de la Subsecretaría de la Conselleria y del Director de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fechas 3 y 20 de noviembre de 2015, respectivamente, se acordó que el conocimiento de los hechos en el marco de la LDC correspondía a los órganos competentes en materia de defensa de la competencia de la Generalitat atendidos sus efectos (Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia).

4. En fecha 15 de diciembre de 2015 se acordó la realización de una información reservada a fin de conocer en lo posible la realidad de los hechos para determinar si



podiera haber indicios de infracción que justifiquen la incoación de expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.2 y Disposición adicional octava LDC y el artículo 26 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

En el marco de este trámite se realizaron determinados requerimientos de información tanto a las partes directamente interesadas en el procedimiento como a la Subdirección General de Puertos, Aeropuertos y Costas de la Conselleria de Vivienda, Obras Públicas y Vertebración del Territorio, Administración de la que depende la ordenación administrativa de la prestación del servicio de transporte discutido en el puerto de Dénia. Dichos requerimientos fueron cumplidamente atendidos y aportaron al expediente los datos económicos y jurídicos necesarios tanto para el análisis de la actividad económica de transporte/paseo de pasajeros de Innova Cruceros y de Puerto Natura como para la determinación del mercado de referencia en este expediente (número de pasajeros y procedencia de los mismos, localización de los lugares de salida y destino, acuerdos en su caso con las empresas de restauración y ocio de las zonas afectadas, etc.).

5. El 7 de junio de 2016, el Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia trasladó a la Subsecretaría su informe y propuesta ex art. 49.3 LDC, en el que proponía el archivo y no incoación de procedimiento sancionador al considerar que no hay indicios de infracción de la LDC en las conductas denunciadas. El 15 de junio de 2016, la Subsecretaría de la Conselleria de Economía Sostenible elevó a esta Comisión de Defensa de la Competencia dicha propuesta de archivo y no incoación.

6. La Comisión de Defensa de la Competencia, en su sesión celebrada el 22 de junio de 2016 y en cumplimiento de las normas de reparto, procedió a nombrar como ponente del expediente a su Presidente, Sr. D. Francisco González Castilla.

II. PARTES INTERESADAS EN EL PROCEDIMIENTO



7. Es **DENUNCIANTE** Innova Cruceros, S.L. (Innova Cruceros) con domicilio social en Dénia, avda. Juan Fuster, 2. Bajo el nombre comercial de Mundo Marino, se integra en un grupo de empresas que prestan servicios náuticos de diversa naturaleza: rutas turísticas desde el puerto de Valencia, Costa Blanca y Costa del Sol, venta de material náutico, pupilaje en la marina seca y taller náutico para mantenimientos o reparaciones de embarcaciones, entre otros servicios (<http://eventos.mundomarino.es/>).

8. Es **DENUNCIADA** la entidad Puerto Natura, S.A., (Puerto Natura) mercantil con domicilio social en Dénia, Estación Náutica, cuyo único accionista es la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S.A., perteneciente al grupo de empresas Balearia. El grupo Balearia es una naviera española líder en el transporte de personas y mercancías rodadas en el Mediterráneo español. Realizan servicios regulares principalmente en Baleares, Estrecho de Gibraltar, y también en el Caribe. Operan los trayectos entre la Península (puertos de Barcelona, Valencia y Dénia) y las Islas Baleares, y las conexiones de estas islas entre ellas. El grupo Balearia es uno de los mayores operadores del Estrecho de Gibraltar donde mantienen en servicio las líneas Algeciras-Tánger y Algeciras-Ceuta. (<https://www.balearia.com>). La mercantil Puerto Natura tiene por objeto social, en general, todas aquellas actividades propias y necesarias de la actividad portuaria y del transporte marítimo y terrestre (folios 53-55).

III. MERCADO DE REFERENCIA

9. Como se ha expresado más arriba, este expediente trae origen de la denuncia de determinadas actuaciones supuestamente abusivas y desleales que afectarían a las empresas que operan servicios de transporte marítimo de viajeros por la dársena interior del Puerto de Dénia. Conforme a ello debemos determinar el mercado de producto y geográfico de referencia, previa caracterización de la actividad económica afectada por los hechos denunciados.

10. El *servicio de transporte interior de pasajeros* es una actividad regulada contemplada en la Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat. Se trata



de una actividad sometida a previa autorización por parte de la administración autonómica (art. 95) que permite a quien lo solicita el atraque en determinados puntos del puerto para la carga y descarga de pasaje. Obviamente la autorización administrativa se concede no sólo para usos o actividades comerciales –como las discutidas en este expediente– sino para otros tipos de usos que realizan transporte marítimo, como el sector pesquero y el deportivo.

De acuerdo con lo señalado por la Subdirección General de Puertos, Aeropuertos y Costas (folio 29), esta actividad no está sometida a ningún tipo de control o limitación administrativa en cuanto a los precios aplicados por los operadores. Se trata, por otra parte, de un mercado caracterizado por su elevada estacionalidad; de hecho la actividad del denunciante –conforme a su contestación al requerimiento de información del SGADC– se limita a los meses de julio agosto y septiembre (folios 44-45).

11. A efectos de la delimitación del *mercado de producto de referencia*, éste estará integrado por todos aquellos productos/servicios que el consumidor considere sustituibles entre sí por razón de sus características, su precio o el uso al que esté destinado.

En este sentido, la propuesta de resolución elevada por la Subsecretaria se cuestiona si los servicios ofrecidos por Innova Cruceros y Puerto Natura son sustituibles para el consumidor, en la medida en que sus transportes/paseos parten del mismo punto, pero tienen destinos distintos. En este sentido la propuesta de la Subsecretaría cita la reciente Resolución CNMC de 17 de marzo de 2016 (Expte S/SD/0566/15) donde se recuerda que existen diversos precedentes comunitarios que consideran la existencia de tantos mercados de producto como rutas entre dos puntos geográficos (origen/destino) se plantean. Sin embargo, como veremos más adelante al analizar la posición de dominio de Balearia, el hecho de que los puntos de destino de los dos operadores se encuentren separados en torno a unos 200 metros no determina, como veremos, que no sean sustituibles tanto para los pasajeros que desean acudir a esa zona de ocio como para los que simplemente quieren realizar un paseo de recreo.



12. Siguiendo con la delimitación del mercado de referencia, cabe mencionar que Innova Cruceros señala en su escrito que la actividad denunciada ha sido también objeto de protestas por el sector del taxi. Aunque el denunciante no concreta en qué medida este hecho incide en el análisis de las conductas denunciadas, cabría plantearse la existencia de una *competencia intermodal* en la medida en que se considere que el mismo trayecto realizado en taxi es una alternativa al trayecto realizado por vía marítima –y por tanto forma parte del mismo mercado de producto–. Sin embargo, como señala la citada Resolución CNMC de 17 de marzo de 2016, la Comisión Europea ha descartado expresamente la existencia de competencia intermodal cuando las diferencias de precios y duración son muy significativas, cual sería el caso.

13. Desde el punto de vista geográfico, el mercado afectado por este expediente se limita claramente al puerto de Dénia y no alcanza como parece sostener, sin embargo, la entidad denunciada a todo el sistema portuario de la Generalitat Valenciana, pues claramente no son servicios sustituibles entre sí.

IV. HECHOS DERIVADOS DE LA INFORMACIÓN RECABADA

14. De los datos recabados en el procedimiento conviene destacar a los efectos de esta resolución los siguientes elementos:

15. En el mercado de transporte de pasajeros por la dársena interior del puerto de Dénia tienen autorización administrativa dos mercantiles: Puerto Natura e Innova Cruceros. En la imagen que se incluye en la página siguiente se representan los itinerarios de ambas operadoras, con sus puntos de embarque (común) y sus puntos de atraque o destino.

16. Puerto Natura opera en este tipo de actividad desde el 14 de agosto de 2013 con la embarcación «La Panseta». La autorización con la que opera le permite el atraque y transporte en dos puntos del puerto de Dénia: la nueva estación marítima y el pantalán del «Muelle del martillo» (ver folios 30,77) que representa el trayecto más corto. Según la administración autonómica competente, la mercantil denunciada tiene interés en realizar esta actividad para transportar clientela a la estación marítima y



aledaños desde donde embarcan pasajeros en la flota de Balearia con destino a las



islas y donde existe una importante oferta de restauración y ocio.

Fuente: Servicio de Explotación de Puertos. DG de Obras Públicas, Transporte y Movilidad

17. En cuanto a los datos de pasaje de Puerto Natura desde el inicio de su actividad de transporte de viajeros, según información aportada, son los siguientes:

	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	TOTAL
2013								6.163	9.215	2.789	2.111	2.325	22.603
2014	1.940	2.089	5.300	6.897	5.533	7.314	13.845	17.688	10.168	3.121	2.236	4.698	80.829
2015	2.263	2.421	5.656	7.783	5.251	7.414	14.768	35.367	14.644	8.273	4.308	11.932	120.080

18. Según Puerto Natura, este servicio de transporte es utilizado principalmente por sus propios trabajadores y los de la naviera Baleària Eurolíneas Marítimas, S.A., sociedad matriz de la denunciante, y por los pasajeros de los buques empleados para el servicio de transporte marítimo en las líneas regulares de cabotaje que presta la naviera entre la península y las Islas Baleares y en este sentido es calificado como un *servicio complementario de otros servicios*. También existe otro



segmento de pasajeros a los que se les facilita el acceso a la estación marítima y sus diferentes dependencias, en las que Baleària explota o tiene de forma compartida diversos intereses en negocios de ocio y restauración. A falta de datos comprobables puesto que no se sigue un cómputo detallado de los usuarios del servicio, la estimación de la denunciada sobre el peso de cada tipo de pasajeros que utilizan este servicio es la siguiente:

Un 30% de los trabajadores del Grupo Baleària

Un 45% pasajeros de las líneas regulares de cabotaje que presta la naviera Baleària, Eurolíneas marítimas, S.A., que provienen de la estación de tren y de autobuses ubicada en el caso urbano, siendo una travesía directa y en línea recta.

Un 25% de pasajeros lo constituyen clientes de otros servicios de ocio y restauración en la Terminal, bien explotados por la propia Baleària o de forma compartida con otras empresas.

19. En cuanto al asunto de la gratuidad del servicio, la denunciada argumenta que su objetivo es aumentar el volumen global de ventas, tanto de los servicios de transporte marítimo como de las actividades de restauración y ocio. El transporte tiene un precio, porque tiene un valor y su coste se internaliza en los diferentes servicios prestados en el puerto. Se trataría de un servicio complementario, que busca, en definitiva, maximizar el beneficio global conjunto que hagan más atractivo todos los servicios prestados.

En esta línea argumental, Puerto Natura señala que esta práctica no tiene como finalidad eliminar a un competidor del mercado (Innova Cruceros, S.L.), entre otras razones porque no actuarían en el mismo mercado; según Puerto Natura la denunciante operaría en el mercado de paseos marítimos *ad intra* y *ad extra* del puerto de Dénia, así como excursiones, mientras que la mercantil denunciada se dedica a dar servicio al Grupo Baleària, tanto en relación a la línea regular de transporte marítimo como a los servicios de ocio y restauración. Sobre esta argumentación volveremos en el epígrafe siguiente.



20. En lo que respecta a Innova Cruceros, dicha sociedad explota desde el año 2011 la embarcación «Mundo Marino doce», con un servicio que une tres puntos distintos del interior del Puerto de Dénia, siendo dos de los puntos de atraque zonas en las que existe una importante actividad terciaria de ocio y restauración: la concesión de «El Portet» (contiguo a la terminal de pasajeros de Baleària) y la concesión «Marina de Dénia».

Según informa la administración portuaria, la embarcación de la denunciante lleva publicidad a bordo, banderolas de estas dos concesiones con las que comunica, («El Portet» y «Marina de Dénia»), circunstancia que le hace suponer a la administración sectorial que Innova Cruceros, S. L. tiene un contrato por el que percibirá unos ingresos, y es posible que esos ingresos sean también contraprestación por llevar potencial clientela a sus negocios.

El denunciante así parece reconocerlo cuando señala, como efecto derivado de la conducta denunciada, que se anula la competencia realizada por el servicio que ella presta a todas las distintas partes del puerto *«mediante acuerdos comerciales suscritos con la Marina de Denia y con el Portet»* (folio 18). Sin embargo, preguntada específicamente sobre este extremo, informa que no tiene acuerdo o contrato con los establecimientos de estas concesiones, salvo con la Gerencia de Marina de Dénia y la de «El Portet», referidos a los permisos de atraque en dichos puertos y a la necesaria comunicación con sus Capitanías para informarles de cualquier incidencia que surja (folios 85-86).

Según Innova Cruceros, aunque no existe coincidencia absoluta en el punto de destino de su servicio (Puerto deportivo «El Portet») y el de la denunciada (terminal de pasajeros de Baleària), estos dos puntos se encuentran a escasos 50 metros de distancia. La consulta al servicio de Google maps (folio 83) determina, sin embargo, una distancia de 210 metros entre ambos puntos.

21. Los datos aportados por Innova Cruceros para los años 2011-2015 en cuanto a volumen de pasaje y la tasa de variación anual de ellos derivada son los que constan en el cuadro adjunto, señalando la denunciante que la actividad denunciada ha ocasionado que hayan pasado de facturar en los meses de verano (julio y agosto) una media de 850 €/día a 150 €/día y en los meses de junio y septiembre una



pérdida media de 350€/día; informa asimismo, que han tenido que bajar los precios o tarifas a 2€ para poder competir, y estima en total unas pérdidas de negocio de 132.000€ atribuidos directamente a la actividad denunciada.

	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	TOTAL	VARIACIÓN ANUAL
2011	1.493	4.649	265	6.407	
2012	1.531	2.836	178	4.545	-29.06%
2013	1.952	5.215	705	7.872	73.20%
2014	1.306	3.304	197	4.807	-38.94%
2015	1.668	2.877	385	4.930	2.56%

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

22. Como ya hemos destacado, Innova Cruceros viene a afirmar en su escrito de denuncia, aunque no lo diga así expresamente, que la prestación de ese servicio de paseo gratuito por la dársena interior del puerto de Denia es una *conducta desleal subsumible en el ámbito del artículo 3 LDC*, al tiempo que un *abuso de posición de dominio materializado en una venta a pérdidas (transporte gratuito de pasajeros) con vocación de expulsar de ese mercado a Innova Cruceros*.

Para Innova Cruceros, como consecuencia de esta actividad de Balearia (i) se debilitan sus ingresos (ii) se confunde a los turistas con servicios similares, uno de pago y otro gratuito y exclusivo de Balearia, (iii) se anula la competencia realizada por el servicio que la denunciante presta a todas las distintas partes del Puerto, mediante acuerdos comerciales suscritos con la Marina de Dénia y con el Portet, y (iv) se redirecciona a los posibles clientes hacia su propia zona de negocio, gestionada por Balearia o empresa de su grupo, en detrimento de los otros focos de interés turístico y comercial del resto del Puerto.

23. En relación con lo expuesto, esta Comisión deberá analizar la concurrencia de los elementos necesarios para poder apuntar a la existencia de indicios de comisión I) bien de un abuso de posición de dominio y, II) de un acto de competencia desleal que afecte al interés público.



A) En torno al presunto abuso de posición de dominio de Puerto Natura (Baleària) al prestar el servicio de transporte gratuito de pasajeros en la dársena interior del puerto de Dénia.

24. El tipo de abuso de posición de dominio del artículo 2 LDC exige la concurrencia de dos elementos:

(i) posición de dominio en un determinado mercado de referencia o relevante; entendida como la situación que permite a quien disfruta de ella comportarse de manera independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, sus clientes y, en última instancia, tampoco a los consumidores; y,

(ii) un abuso de esa posición de dominio, es decir, un comportamiento que restrinja o pueda restringir la competencia en ese mercado definido (o en mercados conexos a él) y que no sea razonable por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico (v. STS 1 de junio de 2010 Rec 4222/2007).

La Comisión Europea, en las Orientaciones sobre aplicación del art. 82 TCE (actual artículo 102 TFUE) señala que empresas con cuotas inferiores al 40% en el mercado de referencia en principio no son susceptibles de ejercer un poder de mercado, habiendo señalado la jurisprudencia que existe una presunción de la existencia de una posición de dominio cuando la cuota de mercado supere el 50%.

Como anticipamos en el epígrafe anterior, Puerto Natura argumenta que ambas empresas no son competidoras, en tanto que no operan en el mismo mercado: una en el mercado de paseos marítimos «ad intra» y «ad extra» del puerto de Dénia, la otra dando servicio al Grupo Baleària, tanto en relación a la línea regular de transporte marítimo como a los servicios de ocio y restauración; sin embargo, a los efectos de este expediente sí cabe analizar una coincidencia del ámbito de actuación entre ambas entidades, que se desarrolla precisamente en el servicio de transporte de pasajeros por la dársena interior del Puerto de Dénia.

25. Ello no obstante, la propuesta de resolución elevada por la Subsecretaría discute si estamos realmente ante un mismo mercado de producto. La razón es que los servicios de ambas compañías no serían sustituibles, al estar separados los lugares



de destino unos 210 metros (aunque el denunciante señala que no son más de 50 metros). Sin embargo, dado que la zona de ocio en la que atracaba el servicio prestado por Innova Cruceros es adyacente a la terminal de Baleària parece que la distancia no es suficiente para impedir que estamos ante un mismo mercado de producto.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tipo de pasajero para el que se presta el servicio Baleària y el lugar de destino del transporte, seguramente la elasticidad de la demanda tanto de los trabajadores de la propia terminal (30% del total según Baleària) como de los viajeros que se disponen a embarcar en los buques de líneas regulares de cabotaje (45%) sea nula y, en consecuencia, no formarían parte del mismo mercado de producto.

Sin embargo para el 25% restante de usuarios (clientes de la zona de ocio y restauración de la terminal de Baleària) y para los usuarios que tienen por destino «El Portet» los servicios de denunciada y denunciante sí son sustituibles, en tanto la distancia entre esos puntos no se considere un dato esencial.

26. Conforme a lo expuesto, y en sintonía con lo argumentado en la propuesta de resolución elevada a esta Comisión, tenemos un mercado de producto operado hasta 2013 en exclusiva por el denunciante quien, desde que el denunciado comenzó su actividad en 2013, habría experimentado, según alega, un descenso en sus ingresos debido directamente a la actividad del denunciado.

Como primer elemento de análisis, deberá analizarse si la denunciada ostenta una posición de dominio en ese mercado definido como servicios de transporte de pasajeros por la dársena interior del Puerto de Dénia. Para ello se tomarán los datos de pasaje de denunciante y denunciada de los meses en los que el primero opera (según su información, en los meses de julio, agosto y septiembre) y, respecto de la denunciada, del 25% de los datos de pasaje aportados, pues el resto de pasaje (trabajadores y clientes de las líneas de cabotaje de Baleària) no se considerarían como clientes de ese mercado por su nula elasticidad, como se ha valorado anteriormente. Con estas premisas resulta que Puerto Natura, atendido exclusivamente el dato de cuota de mercado, ostentaría posición de dominio:



	2013			2014				2015			
	VII	K	TOTAL	VII	VIII	K	TOTAL	VII	VIII	K	TOTAL
INNOVA CRUCEROS	5.215,00	705,00	5.920,00	1.306,00	3.304,00	197,00	4.807,00	1.668,00	2.877,00	385,00	4.930,00
BALEARIA	1.540,75	2.303,75	3.844,50	3.461,25	4.422,00	2.542,00	10.425,25	3.692,00	8.841,75	3.661,00	16.194,75
TOTAL PASAJE	6.755,75	3.008,75	9.764,50	4.767,25	7.726,00	2.739,00	15.232,25	5.360,00	11.718,75	4.046,00	21.124,75
%INNOVA CRUCEROS	77,19	23,43	60,63	27,40	42,76	7,19	46,11	31,12	24,55	9,52	23,34
%PUERTO NATURA	22,81	76,57	39,37	72,60	57,24	92,81	68,44	68,88	75,45	90,48	76,66

27. Reconocida la posición de dominio en el mercado de referencia, hay que proceder al análisis de la presunta conducta abusiva denunciada.

A estos efectos, el control de las conductas abusivas excluyentes tiene por objeto velar *porque las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia* y, por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios superiores a los que hubiesen existido en caso contrario o por cualesquiera otros medios, tales como limitar la calidad o reducir las posibilidades de elección del consumidor; esto es, cuando existe un riesgo evidente de que se dé un *cierre anticompetitivo del mercado* (v. Comunicación de la Comisión C(2009) 864 final. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes).

En este sentido, afirma la propuesta de resolución elevada a esta Comisión que no toda exclusión de competidores es ilícita, pues es legítimo que una empresa dominante pueda, por razón de sus propios méritos, excluir a sus competidores menos eficientes; como señala la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012, el artículo 82 TCE en modo alguno tiene por objeto impedir a una empresa alcanzar, por sus propios méritos, la posición dominante en un mercado y tampoco pretende garantizar que competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante permanezcan en el mercado.

Insiste la propuesta de resolución de la Subsecretaría en que la jurisprudencia vertida sobre el artículo 2 LDC determina que el elemento abusivo de la conducta debe caracterizarse por una *carencia de justificación objetiva y que no dependa de la intencionalidad de la empresa dominante, debiendo valorarse de manera objetiva*. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 señala:



«Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo».

28. Teniendo en cuenta lo expuesto, una política de venta a pérdida (servicio gratuito, en este caso) tendría trascendencia en el ámbito del art. 2 LDC cuando, llevada a cabo por una empresa en posición de dominio, pretendiera un cierre anticompetitivo del mercado expulsando a sus competidores o dificultando la entrada de otros potenciales (precios predatorios). Conforme a ello, señala la propuesta de resolución, que en el análisis de esa estrategia tan decisiva es la existencia de los precios predatorios (elemento objetivo) como la finalidad que inspira el diseño y



aplicación de esta estrategia (elemento subjetivo), de tal manera que si la aplicación de esta práctica puede estar guiada por unos motivos distintos, razonables y objetivos, a los de cierre anticompetitivo, no habría conducta prohibida por el artículo 2. En definitiva la venta a pérdida debe estar orientada y ser efectivamente adecuada para conseguir la expulsión de los competidores del mercado o para alejar del mismo a potenciales entrantes, sin que tenga relevancia la pérdida de cuota de mercado y tampoco la pérdida de beneficios.

29. No obstante, y a pesar de la argumentación que hace la propuesta de resolución de la Subsecretaría, debe destacarse que la jurisprudencia europea relativa a los precios predatorios ha mantenido que la existencia de *precios inferiores a la media de los costes variables del servicio* permitirían presumir el carácter eliminatorio de una práctica de precios, puesto que –como señaló la STJCEE de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión– es inconcebible que en dicho comportamiento exista algún objetivo económico que no sea la eliminación de un competidor (cada unidad producida y vendida supone una pérdida para la empresa). Cuestión distinta es la fijación de precios inferiores a la media de los costes totales, pero superiores a la media de los costes variables, respecto de los que el Tribunal de Justicia ha señalado que sólo pueden considerarse abusivos cuando pueda demostrarse que existe un plan destinado a eliminar a un competidor (v. Sentencia del Tribunal de Primera instancia de 30 de enero de 2007, France Télécom SA/Comisión; Sentencia AKZO/Comisión, apartado 100 supra, apartados 71 y 72; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/ Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartados 148 y 149, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, apartado 41).

Pero en todo caso lo relevante para esta Comisión es que estamos en presencia de un mercado bilateral en el que confluyen el transporte de pasajeros en la dársena interior del puerto y los negocios de ocio y restauración situados en los lugares de atraque de los barcos. Es evidente que cuantos más pasajeros usen esas embarcaciones, más valor representan éstas para los negocios de ocio y restauración, por lo que la discusión sobre la consideración de precio predatorio del transporte gratuito debe enmarcarse en ese mercado de referencia. Desde ese punto de vista, único razonable económicamente, la prestación gratuita del servicio



de transporte por Baleària no es sino un esfuerzo procompetitivo de dicho operador para atraer a los consumidores a sus negocios de ocio y transporte marítimo.

Más detalladamente, a la hora de valorar la concurrencia en el caso examinado de todas estas circunstancias, resulta indudable para esta Comisión que:

a) En primer lugar, y al menos en términos de pasaje, no se aprecia de manera clara e indubitada que la prestación gratuita del servicio de transporte por la denunciada en el mercado considerado sea la causa directa (relación de causalidad) del descenso de la actividad de la denunciada y, en consecuencia, de la situación de riesgo de expulsión del mercado.

En efecto, en el cuadro de evolución de pasajes del período 2011-2015 se observa cómo en la anualidad 2012 (cuando no había empezado a operar la denunciada) se produjo un descenso del 29% respecto al pasaje del año 2011; en el año 2013, cuando empezó a operar la denunciada, el pasaje de la denunciada aumentó en un 73% respecto al año anterior y los datos de 2015 indican un aumento del 2% respecto a los del año 2014 (aunque pudieran deberse al ajuste de los precios por las circunstancias del mercado). Tan sólo en el período 2013/2014 existe una disminución clara de pasaje (38,9%).

b) En cuanto al elemento objetivo (precio bajo coste o a pérdida) *en realidad, como expresamos en el párrafo anterior, el precio no sería cero, pues habría que atender a los precios y costes aplicados en los otros servicios de los que el transporte es complementario y accesorio.* Como señala la Comisión Europea en sus Orientaciones antes señaladas, en el caso de los mercados bilaterales¹ puede ser

1 Las notas básicas que definirían este tipo de mercados son: a) hay dos tipos de consumidores/clientes interconectados (viajeros/clientes de la zona de ocio y las empresas de la zona de ocio) y la plataforma (el transporte) los pone en contacto, de manera que la plataforma ofrece bienes/servicios a ambos grupos; b) el valor obtenido por los clientes de uno de los lados aumenta en función del número de clientes del otro lado (a los restauradores de la zona de ocio les interesa el mayor número de usuarios del servicio de transporte) y

c) la estructura de precio no es neutral, ya que la plataforma puede afectar el volumen de transacciones cargando más en uno de los lados y reduciendo el precio pagado por los clientes en el otro lado en una cantidad igual, esto es, se subvenciona a uno de los grupos (en este caso, los usuarios que utilizan el transporte para llegar a la terminal de Baleària y su zona de ocio). Ver Two-sided markets Policy Roundtables, OCDE 2009 <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>



necesario considerar al mismo tiempo los ingresos y costes de ambos lados. En estos mercados y por las externalidades que genera un grupo de clientes sobre el otro es habitual subvencionar a este grupo de clientes para conseguir ganancias en el otro. Esto es, los negocios de ocio y restauración (y esto sería aplicable tanto a los de la terminal de Baleària, como los de El Portet) se benefician del mayor número de pasajeros que transporten las embarcaciones que llevan hasta ellas; por lo tanto, un comportamiento lógico será fomentar a estos clientes, subvencionándoles el transporte y recuperar esa subvención por la parte de los otros clientes (los negocios de ocio y explotación) que verán incrementada su potencial clientela.

Como señala Puerto Natura, la prestación gratuita del servicio de transporte se utiliza por el Grupo de empresas Baleària *como precio de penetración y servicio complementario a los clientes de los otros servicios que ofrece en el puerto de Dènia, para aumentar el volumen global de ventas, tanto de los servicios de transporte marítimo, como de las actividades de ocio y restauración.* Es un servicio complementario, opcional y voluntario, de las otras unidades de negocio como son el servicio de transporte marítimo y las actividades de ocio y restauración. No es un servicio que tenga identidad y sentido económico considerado autónomamente.

c) El segundo elemento (elemento subjetivo) de una estrategia predatoria es la intencionalidad, en virtud de la cual la empresa que la aplica tenga una expectativa razonable de recuperar las pérdidas ocasionadas por su estrategia de pérdidas, una vez que haya eliminado a la competencia actual o potencial.

A falta de elementos probatorios directos de esta intencionalidad, cabe plantearse si es plausible que, una vez conseguido su objetivo, la empresa eleve sus precios totales en la cuantía y por el tiempo suficiente para recuperar esas pérdidas sufridas durante la aplicación de la estrategia predatoria (precios supracompetitivos) en ambos lados del mercado y no sólo en el lado que ha ocasionado la sospecha, en perjuicio del bienestar de los clientes.



Pues bien, esta Comisión comparte el criterio de la instrucción en el sentido de que dado el carácter instrumental y accesorio del transporte y su consideración como elemento de conexión en un mercado bilateral, no resulta razonable o presumible que la denunciada, una vez que hubiera eliminado eventualmente al denunciante del mercado, elevara sus precios a ambos lados del mercado para recuperar las pérdidas sufridas.

En consecuencia y atendido ese carácter de mercado bilateral, parece lógico considerar que la denunciada subvencione el uso de la embarcación para fomentar la clientela de la zona de ocio y restauración y el mismo esquema de comportamiento cabría aplicar al servicio de la denunciante respecto a la zona de ocio y restauración a la que lleva su embarcación (El Portet y la Marina).

En consecuencia, esta Comisión considera que no cabe apreciar la existencia de indicios de infracción por comisión de abuso de posición de dominio.

B) En torno a la posible presencia de un acto de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecte al interés público (art. 3 LDC).

Como es sabido, la doctrina del Tribunal Supremo en relación al artículo 3 LDC exige que la conducta analizada distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que «*esa grave distorsión afecte al interés público*» (SSTS de 8 de marzo de 2002, RJ 2002, 2615; 20 de junio de 2006, RJ 2006, 3542; 8 de julio de 2011, RJ 2011, 255426).

Las conductas desleales denunciadas infringirían la Ley de Competencia Desleal en cuanto se trataría de un supuesto de venta a pérdidas (art. 17 LCD). En este precepto se señala:

«1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un esta-



blecimiento ajenos.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado»

Por lo tanto la LCD no sanciona la mera venta a pérdida sino cuando forma parte – de manera similar a lo visto anteriormente en relación al artículo 2 LDC– de una estrategia dirigida a eliminar a un competidor. Por las mismas razones que entonces, a las que cabe remitirse íntegramente, no se puede considerar que la denunciante esté llevando a cabo una estrategia de venta a pérdida con la intención de eliminar al denunciante del mercado en cuestión.

Y todo ello sin perjuicio de que, asimismo, sea igualmente cuestionable la concurrencia del elemento de distorsión grave de las condiciones de competencia con afectación al interés público.

Conforme a lo expuesto, y considerando que el artículo 49.1 LDC dispone que *«la Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas»*, y que en el número 3 del mismo precepto legal se añade que *«el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículo 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley»* (preceptos son aplicables en virtud de la disposición adicional octava de la LDC a los órganos autonómicos de defensa de la competencia.

HA RESUELTO

Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de la denuncia presentada por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas.

En relación a la solicitud de paralización inmediata del servicio gratuito objeto de denuncia, cabe señalar que las medidas cautelares sólo caben una vez incoado expediente sancionador, de acuerdo al artículo 54 LDC.



Comuníquese esta Resolución al Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de acuerdo con el artículo 48.1 LDC, no podrá interponer en contra ningún recurso en vía administrativa, y que podrá interponer únicamente recurso contencioso administrativo de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.