

RESOLUCIÓN (Expt. R 733/07, GALILEO/AMADEUS)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 29 de julio de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 733/07, Galileo/Amadeus, de recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento de 23 de noviembre de 2007 de la Dirección de Investigación de la denuncia de Galileo España, S.A. contra Sistemas Automatizados para Agencias de Viaje, S.A. (Amadeus) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 LDC 16/1989 y por el artículo 82 TCE consistentes en la aplicación al Grupo Barceló (Barceló), cliente de Galileo, de condiciones “inusuales” por parte de Amadeus, con intención de colocar a Galileo, bien en situación desventajosa en el mercado español de prestación de servicios de reservas informatizadas (CRS) a las agencias de viaje, bien con intención de expulsarla de dicho mercado, y el que como consecuencia de dichas actuaciones de carácter desleal, se ha producido la terminación unilateral e injustificada del contrato suscrito entre Galileo y Barceló, por parte de éste.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 18 de diciembre de 2007, se recibe escrito en la CNC presentado en el Servicio de Correos el 14 de diciembre de 2007, calificado como confidencial, por el que Galileo recurre el Acuerdo de sobreseimiento de 23 de noviembre de 2007 de la Dirección de Investigación (DI).
2. El 20 de diciembre de 2007, la Secretaría de la CNC solicita a la DI, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 16/1989, informe

sobre el citado recurso así como el expediente seguido y no constando la fecha de notificación del Acuerdo recurrido, que se indique la misma.

3. El 14 de enero de 2008, se recibe el informe solicitado a la Dirección de Investigación, en el que se comunica que el recurso ha sido interpuesto en el plazo de 10 días establecido en el artículo 47 LDC, que figura acreditada en la documentación del expediente la representación de la recurrente, así como que sus alegaciones no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo recurrido.
4. El 16 de enero de 2008, se dicta Acuerdo de subsanación del recurso por el cual se concede un plazo de cinco días hábiles, a contar del siguiente al de la notificación de este escrito, para que se remita una versión no confidencial del recurso.
5. El 21 de enero de 2008, se recibe en la CNC el escrito de recurso de GALILEO contra el Acuerdo de sobreseimiento de 23 de noviembre de 2007 en versión no confidencial. En síntesis, expone lo siguiente:

Preliminar: se opone al sobreseimiento y analiza punto por punto los argumentos objeto de oposición siguiendo el orden de las alegaciones a la propuesta de sobreseimiento.

Primera. Indefensión: No contar con la información necesaria para desvirtuar las alegaciones de AMADEUS ocasiona indefensión. Se debe a que la DI entiende que no hay justificación para revelar los contratos suscritos por AMADEUS con las Agencias de Viaje (calificados como confidenciales) ya que no implican a GALILEO, pero conocerlos es necesario para demostrar la selectividad con la que se han dirigido a compañías y agencias de viaje (clientes que GALILEO ha perdido o con los que mantenía contactos) con ofertas en condiciones muy superiores a las habitualmente ofertadas.

Segunda: Falta de acreditación de los supuestos defectos del sistema GALILEO y de que ello motivó la resolución de BARCELÓ, así como de las premisas del Acuerdo de sobreseimiento.

Sostiene que el comportamiento de BARCELÓ es consecuencia directa del de AMADEUS, por lo que se necesita analizar el comportamiento de aquél para deducir el de éste. No se acepta la afirmación del Acuerdo de sobreseimiento de que los problemas técnicos de implantación sean

suficiente justificación objetiva para la rescisión unilateral del contrato con GALILEO por parte de BARCELÓ.

Además, no es cierto que el sistema GALILEO tuviera defectos, ya que no se han probado. El único indicio son una serie de e-mails que no acreditan la veracidad de su contenido, con independencia de que no consta que los problemas no hubieran sido o pudieran ser solventados o que los presuntos fallos fuesen debidos a errores de manipulación de los empleados de BARCELÓ.

No parece que los defectos se solventaran mediante un *Addendum* que contemplaba un pago adicional por parte de GALILEO, cuando en el mismo no se hacía ninguna referencia a la existencia de problemas, ni hay constancia tampoco de que el referido pago se debiera a una compensación de los problemas técnicos.

Después de los desarrollos de los productos específicos necesarios para BARCELÓ, se inició la implantación del sistema estándar GALILEO, sosteniendo la Agencia de Viajes que hubo problemas en el sistema de migración, lo cual se niega, ya que el sistema funciona en 155 países y más de 25.000 agencias, por lo que en todo caso se trata de incidencias normales. El artículo 10.3 del contrato de 4 de marzo de 2005 permitía su resolución por incumplimiento de cualquier obligación esencial que no se remediara en 60 días, previa notificación por escrito, lo que nunca se produjo.

No se detallan ahora las alegaciones de BARCELÓ sobre los problemas en la migración, que ya se rechazaron con profusión de datos y detalles en el apartado 3.3 del escrito de oposición a la propuesta de sobreseimiento. Según el artículo 1119 del Código Civil, se tendrá cumplida la obligación cuando al obligado se le impidiese su cumplimiento, por lo que debe entenderse jurídicamente cumplida la migración.

BARCELÓ resolvió el contrato en base a su artículo 10.8 sin causa justa ya que se exponía al pago de una indemnización millonaria, no aceptándose la afirmación de la DI que ello no prueba la existencia de otras circunstancias. BARCELÓ no resolvió el contrato por defectos técnicos ni “asustado” por su posible existencia.

Tercera. Incoherencia del relato de los hechos de AMADEUS y BARCELÓ.

Estima que la historia de AMADEUS y BARCELÓ se ha narrado a su forma y conveniencia, ya que analizando los periodos temporales se encuentra lo siguiente:

En el año 2004 se constata: 1) AMADEUS no estaba interesado por mejorar los términos del contrato de 2003 con BARCELÓ, cuya duración era de dos años, prorrogable tácitamente por periodos de un año, de forma que no hizo ninguna oferta a pesar de la amenaza cierta que representaba GALILEO; 2) AMADEUS dejó que el contrato de 2003 se prorrogase automáticamente a partir del 1 de enero de 2005; 3) BARCELÓ en todo 2004 no enfrenta a AMADEUS y GALILEO para ver de quién consigue más.

Periodo del 1 de enero al 4 de marzo de 2005. En el folio 1369 BARCELÓ afirma que el sistema GALILEO tiene defectos insalvables, lo que no se acepta, dado que eran desarrollos a realizar. El 4 de marzo se firma el contrato entre ambas, pudiendo constatarse que AMADEUS aun conociendo sin duda los contactos de GALILEO y BARCELÓ, no hizo ninguna oferta mejorada a esta última ni ella se lo pidió, así como tampoco la misma puso en subasta a GALILEO y AMADEUS.

Periodo posterior al 4 de marzo de 2005 y hasta el 1 de julio de 2005. AMADEUS en el folio 909 manifiesta que no conocía el anterior contrato, lo que se considera imposible (los empleados de BARCELÓ lo podían haber dicho, y GALILEO se mudó de oficinas y publicó un anuncio con ofertas de empleo), reconociendo sólo que estaba “recibiendo ofertas competidoras”. AMADEUS no había hecho hasta entonces ninguna oferta, contentándose con la renovación tácita contractual, pero de pronto el 10 de junio hace una oferta a BARCELÓ en mejores condiciones que las anteriores e incluso la mejora el 22 de junio, lo que se estima que se debe al conocimiento de que GALILEO había firmado un contrato con BARCELÓ. En el folio 1380, BARCELÓ reconoce que había decidido no renovar el contrato con AMADEUS, pero que “aun así” ésta le hizo una nueva oferta, lo que significa que ya conocía que BARCELÓ había optado por no renovar. En su opinión el acuerdo (precontrato) de 30 de junio de 2005 era un contrato entre AMADEUS y BARCELÓ para los años siguientes al 1 de enero de 2006.

Periodo entre el 1 y el 5 de julio de 2005. El 1 de julio de 2005, BARCELÓ envió carta de resolución del contrato con GALILEO, expresando su deseo de llegar a un acuerdo amistoso. Ante ello GALILEO trató de que se reactivara el contrato de 4 de marzo, lo que consiguió a través de un *Addendum* que implicaba un pago adicional “por nada”, además de ofrecer algún software

adicional, y en el que no se hacía referencia alguna a problemas técnicos o falta de desarrollos. Posteriormente BARCELÓ dejó sin efecto el precontrato con AMADEUS, lo que no se explica si en todo caso AMADEUS le garantizaba una “red de seguridad” al GDS por si fallaba GALILEO.

Periodo del 5 de julio de 2005 al 24 de octubre de 2005. El 21 de octubre se produce un acuerdo entre AMADEUS y BARCELÓ (según declaran en las mismas condiciones que el de 30 de junio y a raíz de los problemas de GALILEO) que se estima motiva la resolución contractual sin causa de 24 de octubre de 2005 que deja fuera de juego a GALILEO, cuando no se ha acreditado nada de lo que alegan, ya que los documentos presentados son de carácter privado y no constituyen prueba.

Lo expuesto prueba que hubo contratos entre BARCELÓ y AMADEUS durante la vigencia del contrato con GALILEO, contratos en los que se mejoraban las condiciones de BARCELÓ, sin ofrecerlas a otros clientes, con el fin de que se resolviera el contrato con GALILEO, no explicándose que se corriera el riesgo de tener que pagar una importante indemnización dos meses antes del final del periodo de migración, sin existir una causa justa.

GALILEO estima que los hechos probados son: 1) GALILEO firmó un contrato con BARCELÓ el 4 de marzo de 2005; 2) AMADEUS lo conocía; 3) AMADEUS hizo una oferta a BARCELÓ para que dejase de trabajar con GALILEO en junio de 2005; 4) AMADEUS mejoró esa oferta y firmó un precontrato con BARCELÓ el 30 de junio de 2005, del que no hay prueba de su contenido; 5) el 1 de julio siguiente BARCELÓ resolvió el contrato con GALILEO, sin motivo, contrato que se reanuda tras un pago económico adicional de GALILEO; 6) el 21 de octubre de 2005, BARCELÓ resuelve el contrato con GALILEO, sin motivo, dos meses antes de finalizar la migración; 7) GALILEO llevó a cabo los desarrollos pedidos por BARCELÓ y su sistema funciona. Estos hechos se estima que incitan a la infracción contractual y suponen presiones abusivas.

GALILEO solicitó en su denuncia que se practicarán una serie de pruebas que nunca se practicaron: inspección domiciliaria en las oficinas de AMADEUS, que se requiriera a ésta y a BARCELÓ para que aportasen información contable y dos pruebas testificales, por lo que se considera que no se ha hecho la investigación suficiente.

Cuarta. La conducta de AMADEUS sobrepasa su legítimo derecho a competir.

Ante la afirmación de la DI de que en un mercado con ciertas condiciones “...no es razonable impedir la personalización de la política comercial del suministrador, que dé lugar a precios y condiciones distintas para cada cliente... nada impide a GALILEO realizar ofertas competitivas a todas las agencias de viaje con lo que la selectividad que aplica AMADEUS a determinados clientes no puede entenderse como un cierre de mercado”, se alega que se desconocen las ofertas hechas por AMADEUS a todas y cada una de las agencias de viaje, que a BARCELÓ se le hizo una oferta exorbitante, que AMADEUS no hizo las mismas ofertas al resto de sus clientes y mejoró de manera importante las condiciones de BARCELÓ y que GALILEO no puede concurrir en igualdad de condiciones en un mercado cuando su cuota es de menos del 7% y la de AMADEUS del 93%.

No se comparte la conclusión a la que llega la DI de que la oferta de AMADEUS a BARCELÓ no puede considerarse abusiva sino “expresión del legítimo derecho a concurrir” ni que se ignoren las obligaciones específicas impuestas a las empresas dominantes para evitar que su conducta consistente en ajustar sus precios (no en superar por debajo) a los practicados por sus competidores sea abusiva, deben concurrir tres requisitos, ausentes en este caso:

1) Carácter defensivo del ajuste de precios

Alega que en el ámbito comunitario, el derecho a competir o doctrina de MCD es una defensa válida para un operador dominante sólo con respecto a ajustes de precios de carácter defensivo para conservar un cliente. El 30 de junio de 2005, cuando AMADEUS firmó un contrato con BARCELÓ con mejores condiciones que las ofrecidas en el pasado, esta empresa ya no era cliente de AMADEUS para el periodo posterior al 1.01.06, ya que por el contrato de 4 de marzo de 2005 lo es de GALILEO. Así, en parte de 2005 había una duplicidad de GDS.

2) Buena fe del operador dominante

Considera incompatible con la buena fe que AMADEUS presentara una oferta *supra* competitiva a BARCELÓ cuando ya no era su cliente, por lo que necesariamente su deseo debía ser promover la ruptura del contrato en vigor entre esta empresa y GALILEO, contrato del que AMADEUS tenía que ser consciente.

- 3) La oferta del operador dominante puede igualar, pero no batir la del competidor

Estima que según se desprende, entre otros, del párrafo 18 de la propuesta de sobreseimiento, la oferta de AMADEUS supera a la de GALILEO, a lo que si se añade el efecto cartera y la dificultad asociada al cambio de sistema, resulta imposible que esta empresa pueda convertirse en un competidor creíble.

- 4) Concurren los requisitos que excluyen la doctrina del MCD

- a) Esta doctrina no puede invocarse por empresas “super-dominantes”

Señala que AMADEUS debe verse como una empresa superdominante, ya que su cuota en el mercado relevante de prestación de servicios GDS a las agencias de viaje es del 93% y en el mercado directamente relacionado aguas arriba, prestación de servicios de distribución a los proveedores de servicios de viaje, es del 53%. Estima que dichas cuotas, aparte de ser elevadísimas son incontestables, ya que como se afirma en el punto III C, página 8 de la propuesta de resolución de archivo, las barreras de entrada para nuevos oferentes son muy altas (necesidad de considerable inversión, dificultades de cambio de suministrador, complicaciones técnicas de implantación y necesidad de formación de los usuarios, aparte de tener que contar con un considerable número de agencias de viaje). Por considerar acreditado que AMADEUS es una empresa superdominante, se estima que no puede invocar la doctrina del legítimo derecho a competir.

- b) La doctrina no puede ser invocada ante ajustes de precios selectivos que se enmarcan en una estrategia tendente a excluir del mercado a un competidor

Se considera que no sirve para justificar la aplicación selectiva de precios y condiciones particularmente ventajosas por la empresa superdominante sólo a los clientes de su competidor o a aquéllos que no siendo todavía clientes están en vías de serlo. Dado que se niega el derecho al acceso a la información para confirmar este extremo por motivos de confidencialidad, estima que AMADEUS actuó con ánimo de expulsar a GALILEO del mercado español de servicios GDS a grandes clientes.

Quinta. AMADEUS ya cometió un primer abuso con la firma del precontrato de 30 de junio de 2005

Premisa esencial de la propuesta de sobreseimiento es que el precontrato entre AMADEUS y BARCELÓ de 30 de junio de 2005, no fue seguido de una resolución del contrato entre GALILEO y BARCELÓ, sino de una mejora de sus condiciones. No se comparte lo anterior, ya que BARCELÓ por carta de 1 de julio de 2005 manifiesta su deseo de resolverlo de forma amistosa, produciéndose la resolución definitiva por carta de 24 de octubre de 2005.

Señala que la DI en la página 25 del Acuerdo de sobreseimiento considera no acreditado que la conducta de AMADEUS supusiera una inducción a la resolución del contrato, con independencia de que conociera o no la relación contractual entre GALILEO y BARCELÓ, cuando en la página 27 considera no acreditado el alcance real de las relaciones de su cliente con el competidor, estimando que esa relación tenía que conocerla AMADEUS por los informes MIDT. Ante esta situación, GALILEO tenía la opción de dejar perder al cliente u ofrecer una cantidad de prestaciones económicas adicional a las del contrato inicial, que es lo que hizo. En todo caso, la conducta de AMADEUS es abusiva y dificultó la expansión de GALILEO en el mercado español como operador creíble (la táctica es o lo expulsa o incrementa sus costes).

Sexta. Otras prácticas exclusionarias de AMADEUS que detalla, aunque de forma confidencial

Séptima. Daño para el consumidor derivado de las prácticas de AMADEUS

La DI señala que las conductas analizadas en este expediente no lesionan el interés de los consumidores ni permiten presumir que se vean amenazados en el futuro previsible, lo que el recurrente cuestiona. En suma, GALILEO señala que hasta hace pocos años, las agencias de viaje cobraban una comisión de las aerolíneas, pero no del GDS; desde la entrada de GALILEO en el mercado español, aparte de la comisión que esas agencias cobraban de las aerolíneas, perciben un “*booking fee*” tanto de GALILEO como de AMADEUS. Este escenario ha cambiado con la entrada en el mercado de las aerolíneas de bajo coste e Internet, de forma que las principales líneas aéreas españolas han reducido sus comisiones a las agencias de un 7% al 0,4%, que deben seguir pagando los gastos de suscripción a un determinado CRS, lo que ha supuesto que tengan que compensar la pérdidas de ingresos cobrando a los viajeros un nuevo concepto, los cargos por emisión de billetes, que aumentan el precio que paga el viajero por el billete (AMADEUS reconoce que los precios de los billetes han aumentado y que los gastos de

emisión pueden llegar a 200 euros). El recorte de las comisiones por parte de las aerolíneas, ha llevado a las agencias de viaje, cuyo número se ha reducido, a aumentar sus precios al consumidor final a través de la introducción de los gastos de emisión.

GALILEO estima que si AMADEUS consigue excluirla del mercado o que no haga ofertas atractivas a sus clientes y deje de ser competencia, podrá reducir los *booking fees* que paga a las agencias o incluso su eliminación. Si se eliminan los pagos de los GDS, a las agencias de viaje no les quedará otra solución que subir los gastos de emisión al viajero, o cobrar otro nuevo concepto, de forma que subirá el precio final del billete.

Octava. Conclusión

Sobre la base de precedentes que se detallan (asuntos de la Compañía Marítima Belga, Irish Sugar y borrador del documento de discusión de la Comisión sobre aplicación del artículo 82 del Tratado), GALILEO deduce en el caso que se trata que existe una estrategia de exclusión del mercado que cabe presumir por la selectividad de la conducta desarrollada por la empresa dominante.

GALILEO afirma que no se opone al derecho de AMADEUS a competir lealmente, pero considera que hay poderosos indicios de que un operador superdominante, ofreciendo condiciones inusuales y exorbitantes, incita a un cliente a resolver un contrato firmado con el único competidor viable en España en plena fase de migración, lo que acompaña con prácticas de “*bundling*” en mercados conexos y exclusivas de contenido. Por ello, considera que es necesario una investigación profunda de los hechos y una valoración jurídica por parte del Consejo, tras la debida instrucción.

Por todo lo cual solicita que se revoque el Acuerdo de sobreseimiento de la DI de 23 de noviembre de 2007 y continúe el procedimiento con los actos de instrucción necesarios para su esclarecimiento.

6. El 24 de enero de 2008, se dicta Acuerdo por el que se incorpora al expediente el recurso en versión no confidencial, se acuerda la confidencialidad solicitada por el recurrente formando pieza separada de la versión confidencial, se admite a trámite el expediente, se nombra Ponente y se acuerda poner de manifiesto el mismo a los interesados a fin de que en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación,

formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

7. El 7 de febrero de 2008, se recibe escrito de AMADEUS de solicitud de ampliación del plazo concedido para alegaciones, comunicándose por Acuerdo de prórroga la concesión de un plazo adicional de ocho días hábiles.
8. El 26 de febrero de 2008, se recibe escrito de alegaciones de AMADEUS.

Después de exponer en los Antecedentes de Hecho la denuncia de GALILEO e instrucción del expediente, los hechos acreditados y lo relativo al conocimiento por AMADEUS de los hechos, en síntesis, expone los siguientes extremos:

Primero: Posición dominante de AMADEUS

Delimita el mercado a partir de los servicios de desarrollo y explotación de sistemas informatizados de reserva, y dentro de éste, el mercado de suministro de servicios GDS a las agencias de viaje, cuyo ámbito geográfico es nacional, en tanto las condiciones de venta varían en cada país y las agencias de viaje operan en mercados nacionales, siendo su cuota de mercado del 93%. En lo esencial, la DI coincide con esta delimitación, según lo decidido en la concentración *Travelport/Worldspan*, operación que implicó la compra por el propietario de GALILEO del sistema GDS *Worldspan*. Para la DI, las agencias de viaje disponen de pocas o ninguna alternativa al uso GDS y para los usuarios finales son difícilmente sustituibles. AMADEUS discrepa de esta valoración, ya que el desarrollo de Internet y los avances tecnológicos han permitido la aparición de nuevos canales de acceso a las reservas para las agencias de viaje al margen de GDS.

Muchas compañías aéreas de tipo *low-cost* han implantado modelos de distribución directa a través de sus páginas *web*, y las compañías tradicionales desarrollan modelos alternativos de distribución (las reservas directas sin uso de los CRS han aumentado en el periodo 2002-2006 del 23% al 36%, y para 2009, estima el número de dichas reservas superior al 40%). De forma complementaria señala que muchas agencias de viajes cuentan hoy con conexiones directas al inventario de las aerolíneas, lo que les permite prescindir del uso del GDS, y hay diversos motores de búsqueda que permiten prescindir del uso de GDS dirigidos a todos los operadores del sector viajes.

Incluso si se parte de la delimitación de mercado propuesta por GALILEO, AMADEUS rechaza que disponga de poder de mercado elevado calificado incluso de superdominante, lo que la DI rechaza por exigir la superdominancia, además de una alta cuota de mercado que la misma fuera incontestable, lo que no concurre en este caso. Así, AMADEUS señala que se enfrenta por el lado de la oferta a proveedores de GDS, como GALILEO o SABRE, empresas con una elevada capacidad financiera y ha de competir con proveedores de viajes, en particular, las líneas aéreas, que venden sus servicios a través de sus páginas *web*. Por el lado de la demanda, los proveedores de GDS se enfrentan a los propios prestadores de servicios, que han desarrollado herramientas de negociación para que los GDS bajen sus precios a cambio de contenidos de viaje completos, así como a las agencias de viaje que negocian agresivamente sus condiciones.

En su opinión, los hechos acreditados han demostrado que AMADEUS no tiene capacidad para actuar con independencia del mercado, por lo que no puede hablarse de superdominancia, resultado que se deduce del razonamiento de la Comisión Europea en el asunto *Travelport/Worldspan* cuando entiende que existían suficientes elementos para contrarrestar el efecto potencialmente perjudicial de la fusión entre GALILEO y *Worldspan* (importante posición de las agencias de viaje, incentivos de los GDS para competir en mercados nacionales, incluso con presencia de elevadas cuotas de mercado y poder compensatorio de los proveedores de viajes) y ello a pesar que la entidad resultante de la fusión tendría cuotas que llegaban al 70-80% en algunos Estados Miembros.

Segundo. Infracción del artículo 6: abuso de posición de dominio

Para GALILEO, AMADEUS habría infringido el artículo 6 al tratar de interferir en su relación contractual con Viajes BARCELÓ, aparte de haber realizado ofertas selectivas a favor de Viajes BARCELÓ y otros clientes importantes.

En la denuncia de GALILEO se imputa a AMADEUS la comisión de un acto de competencia desleal por inducir a la terminación de su contrato con Viajes BARCELÓ, que al haber sido cometido por una empresa en posición dominante sería un abuso de dicha posición, citando la doctrina del TDC en el asunto *Eléctrica Curós*, que ha sido corregida entre otras Sentencias, por la del TS de 20 de junio de 2006, *Revisión/Telefónica (Planes Claros)*. Para el TS la realización de un acto desleal por un operador dominante (lo que se estima no concurre en el presente caso) no califica la conducta como abusiva,

ya que se requiere demostrar que concurren los requisitos del artículo 6 o en su caso, del artículo 7 LDC.

La supuesta realización de ofertas selectivas a favor de Viajes BARCELÓ y otros clientes, requiere para infringir el artículo 6.2 d) de la antigua LDC, la concurrencia de: a) existencia de transacciones equivalentes; b) la aplicación de condiciones desiguales; y c) existencia de una desventaja competitiva. A este respecto se señala que cada agencia de viaje presenta particularidades que pueden no ser replicables en las otras, lo que implica también necesidades distintas en cuanto al servicio solicitado. Así, no requerirá lo mismo una gran agencia que una pequeña, por lo que la respuesta de los distintos operadores a las necesidades de las agencias implica que cada contrato refleja diversos servicios y prestaciones. Se estima que la DI lo ha reconocido acertadamente al señalar que en un mercado en el que *“no son homogéneos ni los perfiles del servicio ni las necesidades de cada cliente, no es razonable impedir una personalización de la política comercial del suministrador, que de lugar a precios y condiciones diferentes...nada impide a GALILEO realizar ofertas competitivas a todas las agencias de viaje con lo que la selectividad que aplica AMADEUS a determinados clientes no puede entenderse como un cierre de mercado”*.

Respecto al tercer requisito, aunque ya no necesita considerarse, de los hechos resulta evidente que la oferta de AMADEUS a favor de Viajes BARCELÓ fue rechazada, por no considerarla suficientemente atractiva, por lo que estima difícil deducir que se colocara a GALILEO en situación excluyente o desventajosa.

Luego se comparte con la DI que el abuso de posición dominante no se ha acreditado.

Tercero. Justificación del derecho a competir

El denunciante ha alegado en su recurso la doctrina *“meeting competition defence”* (justificación del derecho a competir o derecho de la empresa dominante a reaccionar en el mercado con objeto de igualar las ofertas de las competidoras). AMADEUS podría haber violado el artículo 6 de la antigua LDC si hubiera ofrecido un precio abusivamente bajo (inferior a los costes variables medios o inferior a los costes totales medios si se prueba la intencionalidad) lo que no se ha acreditado en tanto AMADEUS presentó una oferta menos agresiva que la de su competidor GALILEO, por lo que es difícil que pudiera ser a pérdida.

El recurrente cita un artículo doctrinal cuyo autor propone reservar esta doctrina a los casos en que concurren: a) carácter defensivo del ajuste de precios; b) buena fe del operador y c) que la oferta no puede igualar ni batir aquélla del competidor. AMADEUS considera que en el expediente concurren estos tres requisitos: la oferta de AMADEUS el 30 de junio de 2005 era defensiva (dirigida a conservar el cliente, fue formulada de buena fe y fue rechazada al no igualar la del competidor).

AMADEUS duda de que tales requisitos sean correctos, señalando que no se han recogido en ninguna sentencia o resolución de autoridad de la competencia. Así, la reclamación de buena fe se basa en una cita de una sentencia del Tribunal de Justicia que no parece pretender el establecimiento de un requisito como tal. Exigir que la oferta iguale pero no supere la del rival, no es posible que se aplique preventivamente, ya que se ignora lo ofertado por sus competidores al realizar sus propuestas. Así, parece más adecuado acudir a la sentencia del TS de 20 de junio de 2006, Retevisión/Telefónica que parte de la necesidad de atender “a las características objetivas de los medios de reacción” en base a un criterio de “razonabilidad”. Así, el TS tiene criterios más flexibles que los señalados por GALILEO en relación a la “buena fe” del operador dominante, reconociendo que su intención es irrelevante y aceptando la posibilidad de que el dominante mejore las condiciones del rival.

Aún en el caso de comisión de un acto de abuso de posición de dominio, lo que no ha sucedido, estima que conforme a doctrina y jurisprudencia su reacción debe reputarse justificada por el derecho a competir.

Cuarto. Infracción del artículo 7 LCD: competencia desleal

Aunque en el recurso no se trata específicamente este motivo, considera oportuno examinarlo. Según la doctrina del TDC deben concurrir tres requisitos para que haya infracción: comportamiento desleal, que se afecte al interés público y que la afectación sea importante.

GALILEO estima que es un acto desleal la oferta realizada por AMADEUS a BARCELÓ el 30 de junio de 2005 por considerar que implica una inducción a la terminación de un contrato, pero debe reseñarse que no se sugería una relación contractual de carácter exclusivo y que la mera realización de una oferta ventajosa no es suficiente para entender producida esa inducción, ya que se necesita que la oferta se dirija específicamente a lograr el incumplimiento del contrato. Por otra parte, la “inducción” presupone un acto

objetivamente contrario a la “buena fe”, cometido sabiendo que hay una relación contractual que se desea romper, lo que se rechaza, pues AMADEUS no conocía la existencia de vínculo alguno, y menos aún de sus términos.

Está acreditado que la oferta de AMADEUS no fue aceptada al tiempo de su formulación, por lo que no tuvo efecto alguno, en tanto que el contrato no se resuelve hasta el 24 de octubre de 2005. En octubre, cuando BARCELÓ aceptó lo antes rechazado, no se aprecia que se tratara de una “inducción” a ésta para que finalizara su contrato con GALILEO, sino de una petición a AMADEUS basada, según lo manifestado por BARCELÓ, en graves problemas de migración. Así, no hubo un comportamiento activo para inducir a resolver un contrato, ya que se limitó a no negar el suministro a un cliente que invocaba el fracaso de su relación con otro proveedor.

Por lo anterior, se considera que nada justifica la aplicación de la LDC, por lo que no se estima necesario analizar el resto de los elementos, si bien en relación a la afectación del interés público, la propia DI reconoce que en nada se ha dañado el funcionamiento del mercado. La razón de ello es que GALILEO continuará siendo una empresa activa en el mercado (según reconoce la misma funciona en más de 150 países y tiene más de 20.000 clientes).

9. Transcurrido el plazo fijado no se recibe escrito de alegaciones por parte de GALILEO.
10. El 6 de junio de 2008 se recibe escrito de GALILEO al que adjunta fotocopia de la Sentencia 65/2008 de 9 de abril de 2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma de Mallorca, declarando que BARCELÓ y otros habían incumplido el contrato de fecha 4 de marzo de 2005 y su *Addendum* de fecha 5 de julio de 2005, y resuelto unilateral e injustificadamente el mismo, por lo que las condena al abono a GALILEO de la suma de 4.040.910€ en concepto de daño emergente y 1.000.000€ en concepto de daño moral.

Por ello, considera procedente realizar las siguientes alegaciones que, en síntesis, son:

Primera.- Supuestos defectos del sistema GALILEO según el Acuerdo del Director de Investigación de la CNC.

La DI considera que la resolución contractual de BARCELÓ no fue inducida por AMADEUS, sino motivada por la existencia de problemas técnicos en su sistema, por lo que era justificada. Sin embargo, de acuerdo con la Sentencia no queda demostrado un deficiente cumplimiento de GALILEO que legitime dicha resolución, por lo que considera que los argumentos que fundamentaron el sobreseimiento del expediente carecen de base alguna.

Segunda.- Inexistencia de defectos en el sistema GALILEO

Resalta un párrafo de la Sentencia en el se declara que “de la prueba presentada por BARCELÓ no puede desprenderse que el servicio prestado por GALILEO fuera deficiente, ni de que estaba incumpliendo sus obligaciones contractuales”, exponiendo otras consideraciones en el mismo sentido.

Tercera.- Invalidez del Acuerdo de sobreseimiento

Por lo expuesto, al no estar justificada la resolución contractual, resulta pertinente que se investiguen las causas reales de la misma. En su opinión, BARCELÓ resolvió el contrato forzada y presionada por AMADEUS.

Cuarta.- Anulación del Acuerdo de sobreseimiento y reanudación de las acciones de investigación

A la vista de la Sentencia considera procedente proseguir la investigación de las posibles causas de la resolución contractual, en tanto los motivos que fundamentaron el sobreseimiento del expediente han resultado totalmente infundados, por lo que solicita que se anule el mismo y prosigan las actuaciones.

11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en su sesión de 10 de julio de 2008.

12. Son interesados:

-GALILEO ESPAÑA, S.A.

-AMADEUS IT GROUP, S.A.

-SISTEMAS AUTOMATIZADOS PARA AGENCIAS DE VIAJE (SAVIA), S.A.
(AMADEUS)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.
2. La presente Resolución tiene por objeto dar respuesta al recurso planteado por GALILEO contra el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección de Investigación de 23 de noviembre de 2007 del expediente incoado por su denuncia.
3. En Decisiones de la Comisión Europea se ha establecido que las empresas de GDS actúan en dos mercados: a) el de servicios a compañías aéreas y, en general a proveedores de servicios de viaje (PSV), en el que el producto relevante es la gestión de la oferta, y en el que se relaciona a los operadores de servicios con los GDS, siendo su dimensión global; y, b) el de servicios a las agencias de viaje o a los consumidores, por medio de portales informáticos, cuyo producto relevante es la gestión de la demanda, que da acceso a la información que permite reservar vuelos, emitir pasajes, etc. Las agencias de viaje prácticamente no tienen ninguna alternativa a la utilización de GDS y en el mercado aguas abajo, el coste para las mismas es importante dentro de sus costes operativos, por lo que los precios de los GDS afectan a las condiciones de competencia.

En lo que respecta al mercado geográfico relevante, se considera que es de carácter nacional, aunque se aprecia una tendencia de las agencias de viaje a internacionalizarse.

4. Las conductas consideradas en este expediente se producen en el mercado de gestión de la demanda de servicios de viaje, en el que AMADEUS en el mercado español tiene una cuota del 93% (en el europeo algo más del 50%),

y tienen efecto aguas arriba en el mercado de gestión de la oferta de servicios de viaje y, aguas abajo, en el mercado minorista de servicios de viajes, entre las agencias y el público.

5. Las empresas de servicios informatizados de reservas (CRS) pasaron a llamarse GDS (Global Distribution System) cuando su actividad de reserva y venta de billetes de transporte aéreo se amplió a otros servicios de viaje (otros medios de transporte, plazas hoteleras y alquiler de automóviles). En 2007 operaban tres proveedores principales de servicios de distribución global: AMADEUS, GALILEO (grupo al que pasó WORLDSPAN) y SABRE. Aunque su poder de mercado era elevado, su importancia se ha reducido últimamente por la existencia de canales alternativos.

AMADEUS y BARCELÓ tenían en enero de 2003 un contrato de prestación de servicios de acceso al sistema informatizado de reservas GDS que continuó en 2004 y 2005 por aplicación de la prórroga contenida en el mismo. El 30 de junio de 2005 ambas entidades suscribieron un precontrato de prestación de servicios y tecnología, si bien BARCELÓ seguía accediendo al sistema de AMADEUS, puesto que como se ha dicho, se había prorrogado el contrato inicial de 2003. El 30 de junio de 2005 ambas empresas firmaron un precontrato, pero el 11 de julio siguiente BARCELÓ comunicó a AMADEUS que desistía del mismo; sin embargo, más tarde, el 21 de octubre siguiente se firmó un *Addendum* al mismo ampliando el plazo máximo contractual. Después de la ruptura con GALILEO, BARCELÓ vuelve a contratar el 2 de enero de 2006 con AMADEUS en las mismas condiciones que se habían ofrecido en el precontrato de 30 de junio anterior.

BARCELÓ y GALILEO después de una serie de contactos previos y la suscripción de un protocolo de intenciones el 25 de enero de 2005, firmaron el 4 de marzo siguiente un contrato que comprendía el suministro de equipos y de servicios informatizados de reservas de viajes CRS por GALILEO, así como el de otros productos y servicios adicionales, que fue calificado como confidencial. El 3 de mayo de 2005, BARCELÓ envió un correo electrónico a GALILEO en el que se exponían problemas en el sistema de autoreservas y en otro de 29 de junio siguiente, un informe describía los problemas detectados en la fase previa al inicio de la migración, que en opinión de BARCELÓ impedían acceder a la misma salvo que se solucionaran. Más tarde, el 1 de julio de 2005, BARCELÓ comunica a GALILEO su deseo de resolver, de forma amistosa, el contrato de 4 de marzo de 2005, solicitando que no se diera comienzo a la migración. Sin embargo, el 5 de julio de 2005, BARCELÓ y GALILEO suscribieron un *Addendum* al contrato de marzo por el

que se aumentaba la aportación inicial de ésta a la agencia, y se iniciaba el proceso de migración al sistema GALILEO. Más tarde, el 26 de julio de 2005, BARCELÓ reitera a GALILEO la urgente necesidad de instrumentar las reservas en la línea de las grandes cuentas y el 2 de agosto siguiente le comunica que se habían producido problemas en la utilización del sistema, lo que se rechaza por GALILEO, y el 13 de septiembre posterior denuncia que IBERIA no lee automáticamente los números de los billetes electrónicos emitidos por GALILEO, lo que reitera el 30 de septiembre siguiente, denunciándose también el 8 de octubre de 2005 un fallo del sistema en un billete físico. El 10 de octubre de 2005, BARCELÓ comunica a GALILEO que dos oficinas que ya trabajan con su sistema han tenido una reducción de ventas respecto al año anterior, así como la existencia de problemas sustanciales, y al día siguiente en otra nueva comunicación se hace una recopilación de los problemas encontrados en su sistema, advirtiendo que si no se solventan de forma inmediata, no sería viable seguir operando con el sistema. En el mes de octubre de 2005, BARCELÓ comunica a GALILEO su deseo de resolver de forma amistosa su contrato, con la indemnización pactada en caso de resolución unilateral injustificada.

El Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma de Mallorca ha dictado Sentencia, ante la demanda de GALILEO reclamando a BARCELÓ daños y perjuicios por la resolución injustificada del contrato entre ambas, condenando a ésta a indemnizar al demandante por 4.040.910 € en concepto de daño emergente y 1.000.000 € por daño moral.

GALILEO mantiene que AMADEUS conocía su relación contractual con BARCELÓ (por supuesta comunicación de sus propios empleados, así como por haberse mudado de domicilio y publicado un anuncio en la prensa solicitando ofertas de empleo y suponer que contaba con información de que tenían un contrato y trabajaban juntas por los MIDT o *market information data tapes*) y duda de que mantuviera su oferta inicial tras el abandono de la migración a GALILEO, lo que se rechaza por AMADEUS que considera que todo son suposiciones, con independencia de que los contratos de GDS no son de exclusividad y que en ocasiones las agencias de viaje operan con más de uno de ellos. GALILEO señala que el precontrato de 30 de junio de 2005 y el *Addendum* de octubre siguiente, se firmaron, respectivamente, la víspera y tres días antes, respectivamente, de que BARCELÓ resolviera por primera y segunda vez el contrato que mantenían.

6. GALILEO alega indefensión e investigación insuficiente por no haberse practicado una serie de pruebas solicitadas en su denuncia (inspección

domiciliaria, información contable y dos pruebas testificales), pero el Consejo considera que no hay obligación de llevar a cabo todo lo que se solicite, ya que sólo es necesario realizar las actuaciones que permita obtener la convicción de proseguir con un expediente sancionador o alternativamente el sobreseimiento del expediente, que es lo que se produjo en este caso. GALILEO alega que la declaración de confidencialidad de los contratos suscritos por AMADEUS relativos a compañías y agencias de viaje (clientes que ha perdido o con los que mantenía contactos), le produce indefensión ya que le impide demostrar la selectividad con que se han realizado y hecho ofertas en condiciones superiores a las habitualmente ofrecidas a las agencias de viaje. El Consejo considera que es legítimo que dichos contratos sean confidenciales y que no hay motivos para revelar a un competidor sus condiciones, aparte de que se basa en hipotéticas ofertas en tanto se desconocen esas mejores condiciones.

7. GALILEO no acepta la afirmación del Acuerdo de sobreseimiento de que los problemas técnicos de implantación de su sistema sea suficiente justificación objetiva para que BARCELÓ resolviera su contrato, con independencia de que no los considera probados, pues estima que una serie de correos electrónicos no acreditan su veracidad. Además, estima que tales problemas no parece que pudieran solventarse con un *Addendum* que contemplaba un pago adicional, pero en el que no se hacía referencia alguna a la existencia de problemas técnicos. Aparte de lo anterior, niega que hubiera problemas de migración, que en todo caso podían haberse resuelto dentro del plazo de 60 días que contemplaba el artículo 10.3 del contrato de 4 de marzo de 2005, previa notificación por escrito, lo que nunca se produjo. Así, estima que BARCELÓ resolvió el contrato sin causa justa y exponiéndose al pago de una indemnización millonaria, no aceptándose tampoco por GALILEO que pudieran existir otras causas, ya que su sistema funciona en 155 países y más de 25.000 agencias y la migración no se pudo realizar por impedirse su cumplimiento.

De acuerdo con la documentación existente en el expediente, el Consejo constata que existen diversas comunicaciones en relación a la implantación del sistema GALILEO (quejas de clientes, etc.), pero en la Sentencia 65/2008, de 9 de abril de 2008 se ha establecido que la resolución del contrato por parte de BARCELÓ ha sido injustificada. Además en el *Addendum* al contrato entre BARCELÓ y GALILEO de fecha 5 de julio de 2005 no se hace referencia alguna a defectos del sistema, y no hubo un requerimiento a GALILEO por incumplimiento de contrato, con independencia que en la carta de 24 de octubre de 2005 por la que se resuelve el mismo, se declara que no

existe causa justa para ello. En todo caso, incluso si se acepta que la ruptura de contrato por parte de BARCELÓ ha sido injustificada, ello no prueba que responda a una estrategia abusiva por parte de AMADEUS.

8. GALILEO sostiene que el relato de los hechos de AMADEUS y BARCELÓ no es coherente, basando su alegación en lo sucedido en el tiempo. Así, señala que AMADEUS no trató en 2003 y 2004 de mejorar su contrato con la agencia de viajes dejando que se produjera la prórroga automática del mismo. Sostiene que AMADEUS tenía que conocer el contrato que había firmado el 4 de marzo de 2005, y que el precontrato de 30 de junio entre BARCELÓ y AMADEUS para los años siguientes al 1 de enero de 2006, tenía que deberse a ello y ya fue un primer abuso, dado que AMADEUS en esa fecha había perdido a su cliente. En su opinión, el referido precontrato trataba de impedir su acceso al mercado, ya que como consecuencia del mismo, BARCELÓ con fecha 1 de julio de 2005 le anunció el deseo de resolver su contrato de forma amistosa, lo que no tuvo lugar al darle unas ventajas (un pago y software adicional) posterior a la agencia de viajes por la vía de un *Addendum*, aunque finalmente el contrato fue resuelto el 24 de octubre de 2005.

El Consejo no comparte las alegaciones de GALILEO ya que no hay prueba que acredite que AMADEUS conociera el contrato de ésta con BARCELÓ, ni que la conducta de AMADEUS indujera a su terminación, así como tampoco que el precontrato de 30 de junio de 2005 la ocasionara, con independencia de que la resolución del contrato de GALILEO se produjo casi cuatro meses más tarde. Conociera o no AMADEUS su contrato con BARCELÓ, sólo la firma del referido precontrato no puede llevar al Consejo a considerar acreditado que su objetivo fuera impedir la entrada de un competidor en el mercado, con independencia de que en 2005 todavía seguía teniendo como cliente a BARCELÓ, aunque fuera por la vía de prórrogas. Por todo ello, el Consejo considera que no se prueba en el relato de estos hechos ninguna conducta anticompetitiva por parte de AMADEUS como tampoco que el comportamiento de BARCELÓ fuera consecuencia directa de su actuación.

9. GALILEO imputa a AMADEUS una infracción del artículo 6 LDC por abuso de posición de dominio consistente en la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes mediante descuentos selectivos que ponen en riesgo su permanencia en el mercado al arrebatarle clientes.

Lo primero que hay que analizar es si AMADEUS tiene posición dominante en el mercado relevante definido como el de acceso a la información para la gestión de la demanda de servicios de agencias de viaje. El Consejo considera acreditado su posición de dominio a la vista de su elevada cuota de mercado, su independencia de actuación y las barreras de entrada para el acceso al referido mercado (que son importantes por la elevada inversión y formación de personal necesaria). Pero constata que su independencia está condicionada por la existencia de competidores con recursos y capacidad técnica, como GALILEO, de clientes con poder negociador como BARCELÓ o el GRUPO GLOBALIA, de los propios prestadores de servicios de viaje y de la tendencia de aumento de canales alternativos, incluido el rápido crecimiento de los “prestadores.com” (Decisión de la Comisión, de 21 de agosto de 2007, asunto *Travelport/Worldspan*). Todo ello a su vez, cuestiona el que se pueda calificar a AMADEUS de superdominante.

10. GALILEO considera que la conducta de AMADEUS sobrepasa su legítimo derecho a competir, ya que hizo a BARCELÓ una oferta selectiva y exorbitante y mejoró las condiciones, lo que no fue extensivo al resto de sus clientes. En su opinión, para que su conducta de ajuste de precios a los de sus competidores no sea abusiva deben concurrir tres requisitos que en este caso no se dan: carácter defensivo del ajuste de precios (cuando el 30 de junio de 2005 firma el precontrato con BARCELÓ ya no es su cliente), buena fe del operador dominante (no lo aprecia ya que tenía que conocer su contrato con BARCELÓ), y la oferta del operador dominante puede igualar, pero no batir la de su competidor. Estima que AMADEUS debe contemplarse como empresa superdominante, por su elevadísima cuota de mercado, y las barreras de entrada para nuevos oferentes, por lo que no puede invocar la doctrina del legítimo derecho a competir cuando los ajustes selectivos de precios se enmarcan en una estrategia para excluir del mercado al competidor.

En el análisis de los descuentos para la exclusión de un competidor la Comisión Europea (*Caso T-203/01 Michelin II, Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Comisión*) exige que se pruebe el efecto excluyente potencial del descuento y que no tenga justificación objetiva. El Consejo no ve indicios que permitan mantener que AMADEUS ha cometido un abuso de estas características.

Respecto al efecto excluyente, no cabe concluir que la estrategia de AMADEUS tenga por objeto la exclusión de un competidor. En primer lugar, el Consejo constata el carácter objetivo de los descuentos que AMADEUS

aplica a sus clientes. AMADEUS ha aplicado a BARCELÓ y a otras agencias de viaje descuentos condicionados a los objetivos de cada agencia (precio decreciente por billete al incrementarse la media de billetes reservados por cada oficina, que puede llegar incluso a la gratuidad) así como el pago/promesa de pago de importantes sumas a tanto alzado, en el marco de cooperación técnica. Además de los contratos de BARCELÓ, la Dirección de Investigación ha analizado los celebrados con EL CORTE INGLÉS, HALCÓN, ECUADOR, el GRUPO GLOBALIA, MARSANS y Viajes IBERIA, comprobando que son descuentos vinculados a objetivos que no comprenden prestaciones equivalentes, ya que aparte de la reserva de billetes se asocian otras prestaciones, como servicios de informática, instalaciones, formación de personal, etc. e incluso se vinculan a la exigencia de un número mínimo de oficinas. En todo caso, cada agencia de viajes tiene unas particularidades y características que las diferencian de otras, por lo que las ofertas difícilmente son comparables por su heterogeneidad.

Por otra parte, el hecho de que la oferta de AMADEUS a BARCELÓ no fuera extensiva a toda su clientela, es la consecuencia lógica de la importancia de tener a BARCELÓ como cliente. Las mejoras o descuentos que aplica AMADEUS a clientes importantes, aparte de su dificultad de comparación, son el reflejo de la competencia que los GDS tienen frente a sus clientes, si bien ninguna supera la otorgada a BARCELÓ, por lo que no hay una estrategia selectiva, con independencia de que es una actuación que incide en la disminución de los costes operativos de las agencias de viaje, por lo que probablemente será beneficiosa para los consumidores.

Por otra parte, la calificación como exorbitante de la misma no se sostiene, ya que las condiciones que se pactaron no fueron significativamente diferentes a las de GALILEO y no existen pruebas de que su objetivo fuera la exclusión de un competidor como ya se ha señalado. Está acreditado que la oferta de AMADEUS a BARCELÓ fue rechazada y que no existen ofertas posteriores por parte de AMADEUS que la mejorasen, por lo que no puede considerarse su conducta como abusiva. Es más, la comparación de las ofertas de ambas empresas a la agencia de viajes BARCELÓ, con independencia de su dificultad, permite apreciar que las aportaciones dinerarias no difieren significativamente, mientras que las técnicas y no dinerarias difícilmente pueden compararse, pero cabe considerarlas como equivalentes por haberse aceptado por el cliente. Otros aspectos de las ofertas, se refieren al plazo del contrato, penalización por defecto de facturación sobre el objetivo mínimo, que en el caso de GALILEO son mayores, al igual que sucede por la penalización por cambio de sistema. Lo anterior permite descartar una

conducta abusiva por parte de AMADEUS, siendo en todo caso expresión de su legítimo derecho a competir. El Consejo no constata que las condiciones de AMADEUS sean para su cliente netamente mejores que las de GALILEO.

Por otra parte, el Consejo comparte el criterio de la DI de que las empresas dominantes tienen el derecho a competir, siempre que su conducta no sea abusiva, lo que en este caso no se acredita, ya que la reacción de AMADEUS es defensiva, proporcionada y replicable, con independencia de que BARCELÓ continúe siendo su cliente cuando se firma el contrato de GALILEO.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, Retevisión/Telefónica, establece que una empresa con posición dominante que ve amenazados sus intereses, puede reaccionar adoptando las medidas que considere oportunas, pues no está obligada a la mera pasividad, y que si ofrece unos descuentos análogos o mejores, siempre que no sean predatorios, lo que en este caso no se ha acreditado, su reacción puede considerarse legítima.

11. GALILEO concluye sus alegaciones señalando que lo relevante en el caso es el elemento volitivo, esto es, la intención de debilitar la competencia en el mercado, para lo que recoge la declaración en el asunto de la *Compañía Marítima Belga c Comisión* en relación a la existencia de una práctica abusiva aún cuando los precios aplicados no eran predatorios en *strictu sensu*. Señala que el Tribunal de Justicia considera que cuando se está en posición dominante, “una reducción selectiva de precios para alinearlos de forma intencionada a los de un competidor beneficia de dos modos...elimina el principal o el único medio de competencia... y puede seguir exigiendo de los usuarios precios superiores por servicios que no están amenazados por la competencia”. Considera que en idéntico sentido cabe citar el asunto *Irish Sugar c Comisión* y que la idea tiene un claro reflejo en el borrador del documento de discusión de la Comisión sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado CE. Y concluye que en el caso que nos ocupa, cabe presumir que es innegable que hay una estrategia preconcebida de exclusión del mercado en atención a la selectividad de la conducta desarrollada por la empresa dominante. El Consejo no está de acuerdo con las apreciaciones de GALILEO, que en todo caso se basan en una presunción, pues no se ha acreditado en el expediente que AMADEUS tratara de impedir la competencia. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en la Sentencia antes citada ha señalado que “...lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la

posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter antijurídico de su actuación. La intención de “obstaculizar” la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos”. Como ya se ha razonado en el Fundamento de Derecho anterior, no hay indicios de que AMADEUS haya utilizado medios ilegítimos.

12. Para GALILEO las prácticas de AMADEUS ocasionan un daño al consumidor, ya que en caso de que se produjera su exclusión del mercado, esta última empresa es probable que no mantenga las mismas las condiciones en sus contratos con las agencias y así éstas elevarán los precios de sus servicios.

El Consejo no puede asumir un planteamiento hipotético de que las conductas analizadas en este expediente lesionan los intereses de los consumidores. GALILEO basa el perjuicio a los consumidores en una serie de supuestos que parecen poco plausibles, así como que el poder de mercado de la demanda y la existencia de canales alternativos a los GDS, tienden a operar en sentido contrario.

Por todo lo expuesto, el Consejo no aprecia la existencia de vulneración de la normativa de la competencia, por lo que considera que procede confirmar el sobreseimiento del expediente acordado por la DI y que trae causa de la denuncia de GALILEO contra AMADEUS por supuestas conductas prohibidas por la LDC 16/1989 y 82 del TCE.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 23 de noviembre de 2007, por el que se sobresee el expediente R 733/07, iniciado por denuncia de GALILEO ESPAÑA, S.A. contra SISTEMAS AUTOMATIZADOS PARA AGENCIAS DE VIAJE, S.A. (AMADEUS) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 LDC 16/1989 y por el artículo 82 TCE.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación 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.