

Id Cendoj: 28079230062008100038  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 238 / 2006  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Medidas cautelares.

**SENTENCIA**

Madrid, a siete de marzo de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 238/06 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional ha promovido EXCURSIONES MARITIMAS DEL PUERTO DE SOLLER SL. representada por la Procuradora Sra.

Messa Teichman frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución

del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de mayo de 2006, relativa a medidas cautelares siendo la cuantía del

presente recurso indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 13 de junio de 2006 . La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada por ser contrario a derecho y con carácter subsidiario que anule parcialmente dicha resolución en lo relativo a los descuentos por los servicios prestados por FERROCARRIL DE SOLLER y en caso de no prosperar dichas pretensiones, se exija a TRAMONTANA una fianza de 1.000.000 euros que sirva para garantizar los daños y perjuicios que la adopción de las medidas cautelares producen a la recurrente.

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

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

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

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 4 de marzo de 2.008 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 30 de mayo de 2006 en el expediente MC 35/96 de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia a instancias de TRAMONTANA S.A en el expediente sancionador 611/06 instruido contra EXCURSIONES MARÍTIMAS PUERTO DE SÓLLER SL. y FERROCARRIL DE SOLLER S.A. por la realización de conductas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente tenor literal:

Primero-. Acordar, sin prestación de fianza y por un plazo de seis meses, la adopción de la medida cautelar consistente en ordenar a "Ferrocarril de Sóller, S.A." y a "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L." que cesen en su conducta de subordinar la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren en el tramo ferroviario de la excursión "Vuelta a la Isla" a la contratación del tramo en barco con la naviera "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules)".

Segundo-. La presente medida cautelar deberá ser cumplida en el plazo de diez días siguientes a la notificación de esta Resolución a los interesados.

Tercero-. Imponer a cada uno de los obligados que incumplan la medida cautelar acordada una multa coercitiva por importe de 600 Euros por cada día de retraso

Cuarto-. Ordenar al Servicio (*art. 31.b LDC*) que vigile el cumplimiento efectivo de esta medida cautelar. A estos efectos, y sin perjuicio de otras comprobaciones de oficio, el Servicio notificará la presente Resolución a la "Agrupación Empresarial de Agencias de Viajes de Baleares" (AVIBA) con el objeto de que, al amparo de lo establecido en el *art. 32. 1 y 2 LDC*, colabore con el Servicio poniendo en conocimiento de las agencias de viajes y mayoristas asociadas que oferten la excursión "Vuelta a la Isla" la medida cautelar acordada en esta Resolución, e informándole del cumplimiento de esta obligación de colaboración.

SEGUNDO-. Los hechos que se encuentran en el origen de dicha resolución son los siguientes:

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

2-. Después de realizar una investigación reservada, por Providencia de 12 de abril de 2005, el Servicio acordó la incoación de expediente sancionador contra la denunciada "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules)" y "Ferrocarril de Sóller, S.A.", concesionaria de la línea de ferrocarril que une la ciudad de Palma de Mallorca y la localidad de Sóller. Una vez instruido el expediente sancionador, éste fue remitido por el Servicio y tuvo entrada en el TDC con fecha 6 de abril de 2006.

3-. El mismo día en que está fechado el Informe Propuesta (4 de abril de 2005) tuvo entrada en el Servicio escrito remitido por la denunciante "Tramontana S.A." solicitando la adopción de la siguiente medida cautelar:

"...Que se requiera a Ferrocarril de Sóller SA y Excursiones Marítimas Puerto de Sóller SL a que cesen en su conducta de subordinar la concesión, en la excursión vuelta a la Isla, de plazas u horarios en el tren de Sóller a la contratación con la mercantil Excursiones Marítimas Puerto de Sóller SL (Barcas Azules)..."

4-. El Servicio consideró que se cumplen todos los requisitos que establece el *art. 45 LDC* para proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares, y propuso al TDC:

"Que se adopte la medida cautelar consistente en requerir a "Ferrocarril de Sóller SA" y a

"Excursiones Marítimas Puerto de Sóller SL" para que cesen en su conducta de subordinar la concesión de las plazas de tren en el tramo ferroviario de la excursión "Vuelta a la Isla" a la contratación del tramo en barco con la entidad "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller SL".

5-. El día 20 de abril el TDC dictó Providencia en la que se concedía plazo a los interesados para que pudieran formular alegaciones, lo cual realizaron tanto las denunciadas "Ferrocarriles de Sóller, S.A." y "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L.(Barcos Azules)", como la denunciante "Tramontana SA".

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: 1º se ha adoptado la medida cautelar sin que concurra periculum in mora que haga perder su finalidad a la resolución que en su caso pueda adoptar el TDC; 2º no concurre la apariencia de buen derecho exigible por el artículo 45 de la L.D.C ; 3º infracción del principio de accesibilidad y específicamente, del principio de proporcionalidad en la ampliación de la medida acordada por el TDC respecto de la propuesta por el S.D.C.; 4º debe exigirse la prestación de una fianza a la denunciante.

CUARTO-. Las medidas cautelares adoptadas lo son al amparo del artículo 45 de la Ley 16/1989 , que autoriza la adopción de las mismas en el seno de un expediente iniciado, siempre que con ellas se tienda a asegurar la eficacia de la Resolución que en su día se dicte y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el expediente se refiere, pudiendo consistir en ordenes de cesación o imposición de condiciones.

Del precepto señalado resulta de modo evidente que las medidas cautelares encuentran su fundamento en la eficacia de la Resolución que pueda adoptarse y en la evitación del daño. Desde tales aspectos y con fundamento en las alegaciones de la actora, contestadas por el Abogado del Estado, debe abordarse el supuesto de autos.

La primera cuestión que debe establecerse es que la adopción de las medidas cautelares es independiente de la conclusión final que se adopte en relación con la efectiva realización de una conducta infractora, esto es, puede no concurrir el elemento subjetivo, puede no ser la conducta subsumible en el tipo infractor, puede ser autorizable, pero en todo caso, para adoptarlas, debe existir un expediente en el cual se investigan unos hechos que, prima facie, podrían ser constitutivos de infracción administrativa, y que los mismos podrían causar perjuicios en entidad suficiente y cuya continuación podría hacer ineficaz la Resolución que se dictase.

Como esta Sala ha señalado en anteriores sentencias, no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción - que el Tribunal nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa -, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud de origen a un expediente para su esclarecimiento y calificación jurídica, y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la Resolución finalizadora del expediente, y de otra, causar perjuicios a posibles interesados.

En resumen: el carácter de urgente de la adopción de las medidas cautelares debe apreciarse en relación con la necesidad de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar en lo posible que la parte afectada por la conducta presuntamente contraria a la Ley de Defensa de la Competencia sufra un perjuicio de muy difícil o imposible reparación.

En el supuesto enjuiciado, la medida adoptada consiste en ordenar a "Ferrocarril de Sóller, S.A." y a "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L." que cesen en su conducta de subordinar la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren en el tramo ferroviario de la excursión "Vuelta a la Isla" a la contratación del tramo en barco con la naviera "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules)".

A la vista de las alegaciones actoras, es preciso recordar que la denuncia se formuló el día 29 de julio de 2004, fecha en la que ya se ponía de manifiesto que la recurrente estaba presionando a las agencias de viaje para que "contratasen el trayecto marítimo de la excursión turística con la naviera denunciada, si querían tener la garantía de obtener plazas (cupos) en horarios preferentes para el tramo de dicha excursión que se realiza en tren". No es sino hasta el 12 de abril de 2005 que se acuerda la incoación del expediente sancionador, y en la fecha del 20 de abril, en que se da traslado para alegaciones a las partes, la denunciante aporta documentación relativa al aumento de precios para la siguiente temporada, en el Ferrocarril si bien la contratación del trayecto marítimo con Barcos Azules supondría una considerable ventaja económica.

El hecho de que la denunciante no haya desaparecido en el tiempo transcurrido entre la denuncia y la adopción de la medida cautelar no acredita que su viabilidad económica no esté en situación de riesgo, ni el que ella misma no solicitara antes la adopción de la medida cautelar acredita que esta no fuera conforme a derecho. Por el contrario, la pervivencia de la situación denunciada y aparentemente comprobada demuestra que de continuar produciéndose podría no solo hacer ineficaz la posible resolución declarando la conducta contraria a la L.D.C. y ordenando su cesación, sino causar perjuicios a posibles interesados.

En cuanto a la valoración de la concurrencia del «fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho, sin prejuzgar el fondo del asunto, concurren circunstancias suficientes para apreciarlo por las siguientes razones: las pruebas obrantes en el expediente administrativo indiciariamente acreditan que las conductas señaladas se han producido, que continúan produciéndose, que podrían ser contrarias a la L.D.C, y que tales actuaciones afectan negativamente a la actividad económico-empresarial de la recurrente.

Respecto al «periculum in mora» la no adopción de la medida cautelar, a la vista de la situación de los viajes de "Vuelta a la Isla" podría causar un daño o perjuicio irreparable a la denunciante que haría perder su finalidad al expediente.

Por otra parte, como razonó el TDC en el acto administrativo impugnado, "no es conforme a derecho residenciar el requisito del fumus boni iuris en la infracción de un concreto precepto de la LDC, pues el *art. 45 LDC* permite al Servicio proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares en cualquier momento "una vez iniciado el expediente" que, conforme a lo dispuesto por el *art. 36.1 LDC*, será abierto por el Servicio cuando observe indicios racionales de existencia de "conductas prohibidas por esta Ley" (fumus delicti commissi). En consecuencia, el Servicio está facultado por la LDC para proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares antes de formular (y comunicar a las partes) el pliego de concreción de hechos y de realizar cualquier valoración o calificación jurídica de los mismos. Ello es así porque la apariencia de buen derecho reside en la razonable existencia prima facie de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de la LDC".

QUINTO-. Se alega por la recurrente la vulneración del *artículo 45 LDC* con la consecuencia de la indefensión de la misma al extender el TDC la limitación cautelar que el Servicio proponía respecto de la reserva de horarios y de plazas a la negociación de los descuentos.

El tenor literal de la medida propuesta por el Servicio era el siguiente:

"...Que se requiera a Ferrocarril de Sóller SA y Excursiones Marítimas Puerto de Sóller SL a que cesen en su conducta de subordinar la concesión, en la excursión vuelta a la Isla, de plazas u horarios en el tren de Sóller a la contratación con la mercantil Excursiones Marítimas Puerto de Sóller SL (Barcas Azules)...".

La medida acordada tiene este tenor literal:

"ordenar a "Ferrocarril de Sóller, S.A." y a "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L." que cesen en su conducta de subordinar la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren en el tramo ferroviario de la excursión "Vuelta a la Isla" a la contratación del tramo en barco con la naviera "Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (Barcos Azules)".

Es precisamente la inclusión de la referencia a los descuentos lo que considera la recurrente le causa indefensión.

Esta Sala considera que la ley no obliga al TDC a seguir al pie de la letra los términos de la propuesta del SDC en el momento de adoptar la medida cautelar, ni está obligado a adoptar la que le propone, ni siquiera está limitado por la inexistencia de propuesta en tal sentido.

En el supuesto enjuiciado, el propio Servicio puso de manifiesto que no había podido comprobar si, como había denunciado Tramontana S.A. el 30 de marzo de 2005, Ferrocarril de Sóller S.A. había aprobado un incremento de las tarifas en el año siguiente del 47% y que se ofrecía a las agencias la disminución del incremento a solo el 4% si contrataban con Barcos Azules el trayecto marítimo.

De estas consideraciones tuvieron conocimiento todas las afectadas, y sobre las mismas pudieron realizar alegaciones y practicar prueba antes de que por el TDC se adoptara la medida objeto de este recurso.

Finalmente, en cuanto a la exigencia de prestación de fianza, no se ofrece dato alguno que permita a esta Sala apreciar los perjuicios que, en la fecha en que se presenta la demanda y los restantes escritos de la parte, se habrían producido por la ejecutividad de la medida cautelar impugnada. Se limita la parte a alegar que conforme a sus datos internos ha perdido pasajeros en abril y mayo del 2006, alegación carente de soporte probatorio, no solo respecto a la realidad de las cifras sino a las causas de tal disminución hipotética. La función de la fianza es precisamente asegurar que, de resultar improcedente la adopción de la medida, y habiendo causado su ejecución daños y perjuicios a las destinatarias, los mismos serían satisfechos. En el supuesto de autos la pretendida exigencia de una garantía de un millón de euros no se ha acompañado de prueba relativa a la cuantía de los perjuicios posibles, o a la hipotética futura insolvencia de la denunciante, en resumen, de las circunstancias de hecho que justificarían estimar esta pretensión.

Debe en consecuencia desestimarse el recurso.

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

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

## **FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de EXCURSIONES MARITIMAS DEL PUERTO DE SOLLER SL. contra el Acuerdo dictado el día 30 de mayo de 2006 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

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

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Itma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.