

RESOLUCIÓN
Expte. S/0310/10 BALEARIA

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 20 de febrero de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^{ña}. Paloma Ávila de Grado ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0310/10, tramitado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a raíz de la denuncia formulada por la empresa ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A. (ISCOMAR) contra la empresa BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A. 3 (BALEARIA) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en una conducta de competencia desleal de Balearia derivada de la venta a pérdida del servicio de transporte marítimo regular que presta en el trayecto Alcudia-Ciudadela. La denuncia se hace extensiva a cualquier otra disposición de la LDC que la Comisión Nacional de la Competencia pueda deducir como infringida en base a la información aportada.

ANTECEDENTES

1. DENUNCIA

Con fecha 16 de noviembre de 2010, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de D. XXX, en nombre y representación de Isleña Marítima de Contenedores, S.A. (Iscomar) y con la conformidad de D. XXX y D. XXX, administradores concursales de dicha sociedad, en el que se

formula denuncia contra la empresa Eurolíneas Marítimas, S.A. (Balearia) por supuestas conductas prohibidas en la LDC, en el mercado de transporte marítimo regular de pasaje y carga entre Mallorca y Menorca (folios 1-46).

Iscomar indica en su denuncia que desde mayo de 2010 Balearia ha incrementado frecuencias y buques en la línea Alcudia-Ciudadela, lo que se ha traducido en un incremento de la capacidad tanto de carga como de pasaje. Al mismo tiempo, Balearia, según Iscomar, ha lanzado una tremenda ofensiva de precios por debajo del 50% de los que son habituales. En el expediente S/0244/10, han sido objeto de investigación, entre otros, presuntos acuerdos entre Balearia e Iscomar en pasaje, carga y vehículos en esta línea desde febrero de 2003 hasta octubre de 2009.

A juicio de la denunciante, esta política de Balearia persigue la asfixia de Iscomar con el fin de quedar en posición de monopolio en la línea Alcudia-Ciudadela y esto a costa de operar en evidentes condiciones de dumping con reducciones injustificadas de precios. Balearia quiere, según Iscomar, repetir la estrategia que llevó a esta empresa a la solicitud de concurso de acreedores en agosto de 2009 y al cierre de todas sus conexiones con la Península. Y quiere, además, eliminar la posibilidad de que, tras superar su concurso, Iscomar se rearme y reaparezca en el mercado Península-Baleares.

Iscomar considera que esta política de Balearia forzosamente le está dejando en pérdidas en la línea Alcudia-Ciudadela, pérdidas que puede cubrir gracias a los altos precios que está aplicando en el resto de líneas en las que Iscomar ya no opera. Y, además, esta política está obligando a Iscomar a bajar sus precios para responder a la agresión de Balearia, habiendo lanzado Iscomar la última semana de noviembre de 2010 una oferta aplicable hasta última hora con un 50% de descuento.

A la vista de lo anterior, considera Iscomar que Balearia estaría infringiendo el artículo 3 de la LDC y cualquier otra disposición que, de la documentación e información que consta en la denuncia y su posterior subsanación, pueda deducir la CNC como infringida.

La propuesta de archivo se formula en el marco de la información reservada de referencia iniciada contra Balearia Eurolíneas Marítimas, S.A., de conformidad con el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

2. LAS PARTES

ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A. (Iscomar)

Fue constituida el 16 de octubre de 1979 con el objeto de prestar servicios de transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga conectando la Península con las Islas Baleares y a éstas entre sí. Forma parte del Grupo Contenemar cuya matriz es Asmar Corporación Logística, S.L.

Iscomar presentó el 3-08-09 solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores y mediante Auto de 16 de octubre de 2009 el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid 2 declaró a la sociedad en concurso voluntario, disponiendo que el deudor conserve las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a la intervención de la administración concursal y nombrando administradores del concurso a un abogado y a un administrador de cuentas.

Desde la declaración del concurso de acreedores, la única línea que Iscomar mantiene en servicio es la que une Alcudia con Ciudadela.

BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A. 3 (Balearia)

Constituida el 20 de junio de 1998, se dedica fundamentalmente al transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga y otras actividades portuarias. La sociedad opera principalmente en la zona de Baleares y conectando la Península con este archipiélago.

Gestión Naviera, S.L. es su accionista único y la cabecera del denominado Grupo Balearia. Entre las empresas participadas por Balearia se encuentran:

- Euromaroc 2000, S.L.U.
- Buquebús España, S.A.U, indirectamente a través de Euromaroc
- Transportes Carga, S.A. — transporte terrestre de mercancías
- Transbalia Transportes, S.A. — transporte terrestre de mercancías

3. LOS SERVICIOS DE CABOTAJE MARÍTIMO

El sector económico en el que se encuadran las conductas investigadas en esta resolución está constituido por los servicios de transporte marítimo regular de pasaje y mercancías entre las islas de Mallorca y Menorca.

La información estadística pública disponible sobre el tráfico marítimo entre estas dos islas procede de la Autoridad Portuaria de Baleares (APB), ente de titularidad estatal que gestiona los puertos de interés general, y del ente Ports de les Illes Balears (PIB), de titularidad autonómica, que gestiona el resto de puertos. En base a estos datos, se ha estimado el tráfico generado en estas islas que se muestra en el Cuadro 1.

CUADRO 1
TRÁFICO EN MALLORCA-MENORCA LÍNEA REGULAR

	2007	2008	2009	2010	2011 (1)
Mercancías (toneladas)					
Palma	7.047.060	6.486.560	5.442.649	5.238.986	4.126.910
Alcudia	99.331	81.774	77.223	152.147	167.715
Mahón	1.011.408	904.220	789.816	740.556	483.602
Ciudadela	116.685	85.508	84.867	96.633	nd
TOTAL	8.274.484	7.558.062	6.394.555	6.228.322	4.778.227
Pasajeros (número)					
Palma: verano (a)	637.463	516.484	438.193	422.755	390.266
Total (b)	1.049.627	859.435	711.715	675.635	519.806
(a)/(b)	70,62	74,16	73,31	71,22	
Alcudia: verano (a)	113.782	110.141	107.202	99.659	112.555
Total (b)	161.113	148.525	146.214	139.923*	137.730
(a)/(b)	60,73	60,10	61,57	62,57	
Cala Ratjada	11.532			14.171	
Mahón: verano (a)	140.971	147.837	127.819	175.557	91.551
Total (b)	173.808	181.588	155.119	201.137	108.766
(a)/(b)	81,11	81,41	82,40	87,28	
Ciudadela	207.877	181.213	175.573	130.673	nd
TOTAL	1.603.957	1.370.761	1.188.648	1.161.539	766.302

(1) Enero/septiembre

*El 82% procede de Ciudadela según datos de la Autoridad Portuaria de Baleares

Verano: de mayo a septiembre, inclusive

Fuente: Elaboración propia con base en Ports de Balears y Ports de les Illes Balears

4. HECHOS ACREDITADOS:

En 2011 los operadores que conectan las islas de Mallorca y Menorca son cuatro: Balearia, Iscomar, Transmediterránea e Interiles. De estos, los tres primeros operan en temporada alta y baja mientras que Interiles opera solamente en temporada alta. En temporada baja se ofrecerían como máximo 20 trayectos (Iscomar — 10; Balearia — 9; Trasmediterránea — 1) y en temporada alta 43 (Iscomar — 13; Balearia — 21; Trasmediterránea — 1; Interilles - 8).

En el trayecto Alcudia- Ciudadela operan únicamente Iscomar y Balearia. Iscomar explota una línea regular con una frecuencia de 10-13 trayectos semanales en cada sentido según temporada, frecuencia que se ha mantenido estable en los últimos años. Balearia, por su parte, explota desde 2003 una línea regular entre Alcudia y Ciudadela con una frecuencia en 2011 de 8-15 trayectos semanales en cada sentido según temporada. Desde mayo de 2010, fecha en la que la denunciante sitúa el origen de la conducta objeto de denuncia, y hasta mayo de 2011 Balearia ha explotado, además, una línea regular entre Alcudia y Mahón con una frecuencia de 1-5 trayectos semanales en cada sentido según temporada.

De lo anterior se desprende que en el período mayo 2010-mayo 2011 se incrementó la capacidad ofrecida por Balearia en las líneas que conectan Mallorca y Menorca como consecuencia de la puesta en funcionamiento de la línea Alcudia-Mahón. A partir de mayo de 2011, coincidiendo con la retirada de esta línea, y hasta septiembre de ese mismo año, coincidiendo con la finalización de la temporada de verano, Balearia incrementó la capacidad ofrecida en la línea Alcudia-Ciudadela mediante la incorporación de nuevos buques. Balearia indica que, dado que los buques que realizan estas líneas tienen su origen en Barcelona, gran parte de la capacidad ofrecida en los trayectos interinsulares es la residual proveniente de Barcelona.

Las cuotas de mercado en la línea Alcudia-Ciudadela correspondientes a carga en los ejercicios 2008 a 2010 aportadas por las partes se muestran en el Cuadro 2

CUADRO 2

CUOTAS DE CARGA EN LA LÍNEA ALCUDIA-CIUDEDELA

2008		2009		2010	
Iscomar	Balearia	Iscomar	Balearia	Iscomar	Balearia
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Fuente: Estimaciones de las partes.

Las cuotas correspondientes a pasaje se muestran en el Cuadro 3

CUADRO 3

CUOTAS DE PASAJE ALCUDIA-CIUDEDELA

	2008	2009	2010
Balearia	[...]	[...]	[...]
Iscomar	[...]	[...]	[...]

Fuente: Estimaciones de las partes.

5. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE ARCHIVO POR LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

La Dirección de Investigación fundamenta la propuesta de archivo en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, no se aprecia la existencia de abuso de posición de dominio, puesto que para que haya abuso y, por tanto, práctica prohibida, es preciso mostrar previamente la existencia de una posición de dominio en un mercado. Dadas las cuotas de mercado contempladas en los Cuadros 2 y 3 no parece que Balearia ostente una posición de dominio individual en la línea Alcudia-Ciudadela, sobre todo teniendo en cuenta que el único competidor en la misma, el denunciante, dispone de cuotas cercanas al 50%.

En segundo lugar, respecto a la presunta infracción del artículo 3 de la LDC, la Dirección de Investigación recuerda que, si bien se trata de una norma de remisión que ha de ser completada con lo previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (LCD), la infracción requiere la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la LCD y la afectación del interés público.

En base al contenido de la denuncia, en el que se hace referencia a que Balearia estaría aplicando "*evidentes condiciones de dumping con reducciones injustificadas de precios*" con el único interés de asfixiar a Iscomar para conseguir el monopolio en el mercado del tráfico interinsular Alcudia-Ciudadela, el precepto de la LCD a analizar en el presente caso sería el artículo 17.2 c), que tipifica como desleal la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, cuando dicha venta forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. A juicio de la denunciante éste sería precisamente el objetivo de Balearia al incrementar la capacidad de sus buques en las líneas que unen Mallorca y Menorca y reducir los precios por debajo del 50% de los que son habituales.

En relación con este supuesto de la LCD, la Audiencia Nacional se ha pronunciado en los siguientes términos al manifestar que, "*por exigencias del principio de libertad de precios, (...), el reproche de deslealtad de la venta a pérdida debe fundarse en una apreciación rigurosa y restrictiva de estas circunstancias*" (las contempladas en el apartado dos del artículo 17 LCD). Indica la Audiencia que, constatada la venta a pérdida, "*sería precisa la comprobación de que se inserta en una estrategia predatoria, esto es, que posee carácter sistemático y continuado, a la vez de comprobar que la venta a pérdida carece de toda justificación objetiva y, (...), es preciso atender a las circunstancias concretas del caso, y, concretamente, a si la estrategia denunciada y en la que se integraría la venta a pérdida, es efectivamente adecuada para expulsar a los competidores del mercado o para alejar del mismo a potenciales entrantes, pues no cabe considerar desleal ni la venta a pérdida que da lugar a una pérdida de cuota de mercado o para alejar del mismo a potenciales entrantes*".(Sentencia de 10-07-2006 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso interpuesto

contra la resolución del TDC de 9-12-2004 Exp. R 627/04 Análisis Químicos Murcia 2).

La Dirección de Investigación considera que de la información obrante en el expediente no parece desprenderse que la estrategia de Balearia tenga un carácter sistemático y continuado. Así, las únicas 15 ofertas de Balearia aportadas por la denunciante como acreditación de dicha estrategia corresponden al mes de noviembre de 2010, un período de tiempo limitado si se tiene en cuenta que la supuesta estrategia vendría siendo aplicada desde su inicio en mayo de 2010, con el aumento de capacidad de la línea de transporte en cuestión, y se habría reforzado posteriormente con nuevos aumentos de capacidad en mayo de 2011.

Las tarifas denunciadas más reducidas no carecen además de una justificación objetiva razonable. Una de ellas, la aplicada por Balearia en noviembre de 2010 a que se refiere la denuncia, - la tarifa IN de 61,50 € cobrada a pasajeros no residentes en uno de los dos trayectos del buque y restringida a un 50% de la capacidad del buque- estuvo vigente, según información aportada por esta empresa, entre el 8 de octubre de 2010 y el 14 de abril de 2011, es decir durante la temporada baja del transporte de pasajeros. Esta tarifa, a pesar de su limitada cuantía, atrajo menos pasajeros de Balearia que la correspondiente al otro trayecto del buque, realizado con un horario diferente, lo que mostraría que determinado público es más sensible al horario que al precio.

En el período 2009-2011, la oferta más reducida de Balearia, 56 €, se aplicó, asimismo, durante un período de tiempo muy limitado (1 de octubre 2011 a 20 de enero de 2012) y para un 15% de la capacidad del buque. Al igual que la anterior, su período de vigencia corresponde a los meses de temporada baja. Ambas son congruentes por tanto con la estrategia declarada de Balearia de atraer clientes en épocas de baja demanda, tras la finalización de la temporada de verano, con el objetivo de maximizar ingresos en el ejercicio económico en su conjunto. El interés objetivo de esta estrategia viene avalado además por el elevado grado de estacionalidad de la demanda de pasaje que caracteriza el trayecto entre las islas, reflejado en que la demanda de verano representó en 2010 el 71,22% del tráfico total de Alcudia y el 87,28% del de Mahón, como muestra el Cuadro 1.

En este contexto, Balearia indica que los precios son consecuencia de la demanda más que de los costes. Las tarifas se ajustan a la demanda, poniendo precios altos cuando hay demanda y precios bajos cuando no la hay a fin de captar más ingresos.

El resto de las ofertas de Balearia, aplicables también en determinados períodos y para determinadas capacidades, superan o igualan los 76,60 €, lo que las sitúa en un nivel próximo a la tarifa general de Iscomar que es de 84 €, según aportaciones de la propia empresa.

En cuanto a la aptitud de la estrategia de Balearia para expulsar a los competidores, parece difícil que este efecto pueda producirse, dada la limitada

duración del período de vigencia de las tarifas denunciadas, antes mencionada. De hecho, a pesar de que en el período 2008-2010 se observa una reducción de la cuota de Iscomar en la línea Alcudia-Ciudadela en 7 y 8 puntos porcentuales en carga y pasaje, respectivamente, la cuota de mercado de esta empresa se mantiene en el entorno del 50%

La Dirección de Investigación tampoco aprecia indicios de que la estrategia de Balearia analizada pueda obstaculizar o haya obstaculizado la entrada de potenciales competidores. Más importante a estos efectos son las barreras de entrada derivadas de las propias características del puerto de Ciudadela, que hasta mayo de 2011 limitaban a 130 metros la eslora de los buques que podían atracar en sus muelles, una limitación que se reducirá sensiblemente con las nuevas obras realizadas y las previstas para un futuro inmediato para permitir que en dicho puerto atraquen buques de hasta un máximo de 250 metros de eslora.

A la vista de lo anterior la Dirección de Investigación entiende que, dado que no ha quedado acreditada la deslealtad de la práctica denunciada, no es necesario acreditar si se ha realizado la venta a pérdida que se denuncia.

6. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 8 de febrero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. En el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

El objeto de esta Resolución es determinar si, a la vista de la información disponible, la propuesta de archivo de las actuaciones llevadas a cabo sobre el expediente de referencia que la Dirección de Investigación eleva al Consejo es conforme a Derecho por no existir indicios de infracción en la conducta denunciada. El Consejo considera que la obligación de motivación del acuerdo de archivo conforme al artículo 25.5 del RDC no se traduce en la necesidad de realizar un análisis en detalle de la extensión de la denuncia a cualquier otra disposición de la LDC, dado que el denunciante no alude siquiera a cual de ellas se puede referir.

SEGUNDO.- El Consejo concuerda asimismo con el órgano instructor en que la conducta denunciada, consistente en la presunta venta a pérdida por Balearia del servicio de transporte marítimo regular que presta en el trayecto Alcudia-Ciudadela, debe ser evaluada en relación con el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, el cual requiere para la existencia de infracción la concurrencia en la conducta de dos condiciones: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y la afectación del interés público.

El Consejo ha reiterado además en relación con la aplicación de este criterio que el análisis de la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta el contexto jurídico y económico afectado por la conducta, debe preceder al de la apreciación de la aptitud de la misma para falsear la competencia efectiva, puesto que en ausencia de dicho presupuesto, que es el que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal, la calificación jurídica de la conducta en virtud de la normativa contra la competencia desleal carece de relevancia jurídica a efectos de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. (RCNC de 15 de diciembre de 2011, Expte. S/0350/11 ASISTENCIA EN CARRETERA). A este respecto, el Consejo comparte el análisis de los hechos realizado por la Dirección de Investigación. Por las razones expuestas en el ANTECEDENTE Quinto se concluye que en los hechos denunciados no existen indicios de infracción del artículo 3 de la LDC, por lo que procede el archivo de las actuaciones.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Con amparo en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas con el número S/0310/10, BALEARIA, por considerar que no hay indicios de infracción del Artículo 3 de la mencionada Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a denunciante y denunciada, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.