



Roj: **SAN 2193/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2193**

Id Cendoj: **28079230062018100264**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/05/2018**

Nº de Recurso: **690/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000690 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00715/2015

Demandante: GRACIOSAMAR CRUCEROS SL

Procurador: D^a M^a ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n.º **690/15**, seguido a instancia de la mercantil "**Graciosamar Cruceros SL**", representada por el Procurador de los Tribunales D^a M^a Isabel Campillo García, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. El 10 de marzo de 2015, la recurrente formuló el ante la Autoridad de Competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias una denuncia contra las mercantiles "Líneas Marítimas Romero SL" (LMR) y "Binter Canarias SA" (Binter), por una presunta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la competencia (LDC).

2. Según la denunciante ambas compañías habrían suscrito un acuerdo anticompetitivo en los siguientes términos:

-Binter ofrece un paquete de desplazamiento de ida y vuelta, desde las islas capitalinas (Tenerife y Gran Canaria), a la isla La Graciosa, incluyendo billete de avión a Lanzarote, autobús desde el aeropuerto de Lanzarote al puerto de Orzola y billete de barco desde dicho puerto al de la Caleta del Sebo (La Graciosa).

-El precio del paquete para el residente canario es de 95,94 euros, frente al cual la recurrente afirma que no puede competir.

-La recurrente se dirigió a Binter para suscribir un acuerdo de cooperación similar, pero Binter rechazó su solicitud.

3. Iniciada una información reservada, se practicaron en su seno las diligencias siguientes:

-Comunicación de la denuncia a los interesados para que formularan alegaciones.

-Recabar de las denunciadas información sobre la fecha del acuerdo, remisión del contrato y contratos que existieren con otras empresas, una indicación sobre el número de paquetes combinados de transporte vendidos por Binter entre enero de 2014 y marzo de 2015, desglosando por origen y meses.

-Se solicitó a LMR el número de pasajeros o transportes que derivan del acuerdo y ésta no contestó.

4. El 28 de mayo de 2015, el Viceconsejero de Economía y Asuntos Económicos con la UE de la Comunidad Autónoma de Canarias, formuló propuesta de no incoar expediente sancionador y de archivo de las actuaciones, al no constatar la existencia de indicios de infracción remitiéndola a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

5. El Consejo de la CNMC, mediante resolución de fecha 30 de julio de 2015, asumió la propuesta formulada por la Autoridad Canaria de Competencia.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Las resoluciones de no incoación de un procedimiento sancionador por infracciones de la LDC son susceptibles de control jurisdiccional:

-Invoca el artículo 49 de la LDC , la jurisprudencia que lo interpreta y señala que en este caso hay indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas.

2. Insuficiente actividad investigadora:

-La información solicitada por la Autoridad de Competencia era insuficiente para determinar sobre la existencia de los indicios necesarios.

-La recurrente solicitó expresamente que se obtuvieran datos sobre los pasajeros efectivamente transportados desde 2010, desglosado por empresas. Además, especificó que dichos datos podían obtenerse de la Dirección General de Puertos, sin que la Autoridad practicara dicha diligencia.

-También solicitó que se acreditaran los precios y costes efectivamente empleados, porque del coste total (95,94 euros) solo quedan 10 euros para financiar el billete de ida y vuelta en autobús, cantidad que es manifiestamente insuficiente.

-La información solicitada por la Autoridad Canaria es irrelevante a los efectos de comprobar la existencia de los indicios requeridos.

3. Existencia de un error de apreciación por la CNMC:

-Destaca que Binter es monopolista en el transporte aéreo interinsular y que LMR ostenta una cuota del 71% del mercado de transporte insular entre Lanzarote y La Graciosa.

-Por otra parte, el precio ofertado en virtud de este acuerdo para desplazarse a La Graciosa, es inferior al precio de los billetes adquiridos por separado. Además ofrece al pasajero grandes ventajas derivadas de la compra de un billete único que garantiza los diferentes transportes.

-Se añade a lo anterior que Binter se ha negado a llegar a un acuerdo similar con la recurrente.

-Las respuestas de las denunciadas a los requerimientos de información realizados por la Autoridad fue también insuficiente. Además, la resolución las asumió plenamente de manera acrítica.

-Así, Binter niega que exista un paquete ya que afirma que cada trayecto se contrata de forma autónoma, pero manifiesta ignorar lo que hacen las agencias de viaje. Por otra parte, no impugna documentación obrante en el expediente en la que ofrece un servicio de transporte integrado hasta La Graciosa para facilitar la venta a través del sistema Amadeus.

-La protección de los usuarios no justifica, un acuerdo excluyente como es la negativa de Binter a contratar con la recurrente un servicio similar.

4. Crítica a los razonamientos de la resolución impugnada:

-Contrariamente a lo que se dice en la resolución, considera muy relevante la posición de dominio de Binter y de LMR en sus respectivos mercados e irrelevante el análisis de la resolución cuando indica que no se aprecia intención de expulsar a la recurrente del mercado porque los horarios y precios no se han variado.

-La resolución no analiza desde la óptica anticompetitiva, y esto es lo relevante, las ventajas que el acuerdo ofrece al usuario: autobús esperando en el aeropuerto e inmediatez de acceso al barco.

-Debió analizarse la estructura de precios desde la óptica de los empresarios del acuerdo, pues no obtienen con el mismo el beneficio empresarial ordinario.

-Estima que el análisis del mercado efectuado por la resolución recurrida es insuficiente. Se trata de un mercado fuertemente regulado en el que el acuerdo no produce efectos inmediatos.

-La recurrente admite que puede llegar a un acuerdo con otra empresa de autobuses para prestar el mismo servicio, pero estima que en este caso es Binter la que se lo facilitó a LMR y en todo caso, ello no justifica el pacto de exclusión que sufre.

-En relación con el examen del artículo 1 de la LDC, son también erróneos los razonamientos de la CNMC: La afirmación de que, en todo caso, el acuerdo afectaría solo al 10% del mercado es incoherente con los datos obrantes en el expediente, sin perjuicio de que implica un reconocimiento de la existencia de la colusión.

-La resolución afirma que el cálculo de la recurrente respecto del transporte en autobús se ha realizado sobre la base de un solo presupuesto por lo que no hay indicios de que se hayan fijado precios a predatorios. Critica esta afirmación, pues la misma debe tomarse como un principio de prueba.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 10 de enero de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta se pospuso a la reunión del Tribunal celebrada el 16 de mayo, fecha en la que tuvieron lugar las actuaciones referidas.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha 30 de julio de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en cuya virtud fue asumida la propuesta formulada por el Viceconsejero de Economía y Asuntos Económicos con la UE de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el sentido de no incoar expediente sancionador y de archivar de las actuaciones al no constatar la existencia de indicios de la infracción denunciada contra las mercantiles "Líneas Marítimas Romero SL" (LMR) y "Binter Canarias SA" (Binter), por una presunta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la competencia (LDC).

SEGUNDO: De acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los denunciados de una práctica anticompetitiva no tienen derecho a obtener un pronunciamiento de la Autoridad de Competencia



favorable a sus pretensiones, ni siquiera a que se tramite un procedimiento completo y hasta el final (STJUE de 18 de octubre de 1979, asunto 125/78 GEMA/Comisión sucesivamente reiterada: STJUE de 17 de mayo de 2001, asunto C-449/98 IEEC o de 19 de septiembre de 2013, asunto C-56/12 EFIM/ Comisión).

Afirma dicha jurisprudencia que el procedimiento de comprobación de infracción tiene como objeto próximo la facultad que posee la Comisión de adoptar o no una decisión de prohibición al término de la instrucción de una denuncia. Se estableció, por lo tanto, desde la perspectiva de la misión que corresponde a la Comisión de velar por preservar una competencia no falseada en la Comunidad y en esas circunstancias corresponde a la denunciante aportar los elementos de prueba precisos a fin de que sean examinados por la Comisión a la que corresponde la decisión sobre su incoación y tramitación.

Una jurisprudencia constante de la que es una muestra la STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, además de reiterar lo ya expuesto incide en el necesario control jurisdiccional de la actuación discrecional de la Comisión y que tiene por finalidad comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder. La motivación de la resolución opera pues, como límite a la arbitrariedad.

En consecuencia, corresponde a este Tribunal comprobar en primer lugar si la CNMC realizó el examen de la denuncia al que estaba obligada, evaluando, con toda la atención necesaria, los elementos de hecho y de derecho expuestos por la demandante en su denuncia.

En el presente caso la resolución objeto de recurso acuerda archivar la denuncia presentada por la recurrente y lo hace tras realizar un examen detallado de las circunstancias del caso y ofreciendo una explicación plausible que se refiere no sólo al artículo 2 de la LDC, sino también a una eventual vulneración de su artículo 1.

En términos generales debemos observar que la recurrente se queja de la falta de actividad probatoria y de investigación, que achaca a la Autoridad de Competencia. A este respecto debe responderse que es a la denunciante a quien incumbe la carga de la prueba y es ella la que debe aportar los datos e informaciones detalladas que permitan a la Comisión adoptar las resoluciones de incoación si éstas resultan procedentes (STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-56/12 EFIM/ Comisión, apartado 72), sin perjuicio, lógicamente de solicitar la intervención de la Comisión para tener acceso a determinada información o documentación cuyo acceso sólo fuera posible a través de dicha Autoridad.

La queja de la recurrente por la deficiente actividad investigadora de la CNMC es constante, pero no especifica ni las razones por las que no pudo aportar por sus propios medios la documentación solicitada, ni tampoco y esto es determinante, el impacto que dicha omisión pudiera tener en el resultado final de una eventual investigación. Se trata por lo tanto de una queja puramente formal y por tanto vacía de contenido.

TERCERO : En relación con la denunciada infracción del artículo 2 LDC, la resolución recurrida recuerda correctamente que, cuando la denuncia se fundamenta en la existencia de un abuso de posición dominante, lo procedente es delimitar el mercado relevante, fijar la cuota de poder de mercado que en el mismo tienen las denunciadas y examinar las conductas y sus consecuencias respecto de los competidores.

De acuerdo con la resolución recurrida en afirmación no combatida por la recurrente, el mercado relevante es el de transporte marítimo de pasajeros entre las islas de Lanzarote y La Graciosa, mercado que se encuentra fuertemente regulado por razones de interés general, en el que únicamente operaran la recurrente y LMR, que cuenta en el mismo con una cuota de mercado del 71%.

Binter no opera en ese mercado pues su objeto social y actividad comercial es el transporte aéreo interinsular del archipiélago canario, ni tiene interés alguno en el mismo ya que se trata de un mercado distinto y no consta que concurren las notas necesarias para calificarlo de mercado conexo.

El acuerdo suscrito con LMR no viene a reforzar su posición de dominio, ni le permite extender su posición en el mercado de referencia, pues el único objetivo perseguido por Binter es ofrecer un mejor servicio a sus clientes sin que por ello obtenga ventaja alguna adicional en su propio mercado en el que tiene una posición de cuasi monopolio, o extienda sus servicios a un mercado vecino.

LMR, ostenta una cuota en el mercado afectado (71%) que permite atribuirle una posición de dominio en el mismo, por lo que deberá examinarse si la resolución de archivo de la denuncia se ajusta a las exigencias consignadas por la jurisprudencia. A estos efectos debemos señalar que la recurrente no alega error en la determinación de los hechos, infracción que tampoco aprecia este Tribunal y en la misma situación se encuentra una eventual desviación de poder.



La recurrente centra su queja en un supuesto error de derecho en la evaluación de los hechos, cometido por la CNMC en la resolución recurrida, afirmación que no compartimos, pues en este punto debemos mostrar nuevamente nuestra conformidad con las tesis de la CNMC.

En efecto, en el acuerdo con Binter, que opera en un mercado distinto y no conexo, la posición de dominio de LMR no es determinante, sin que se aprecien cambios significativos en la prestación del servicio que pudieran imputarse al acuerdo referido.

La recurrente señala que el análisis económico efectuado por la CNMC es insuficiente, pero olvida que es a ella a quien corresponde desvirtuarlo y poner de manifiesto sus contradicciones e ineficiencias, lo que no ha hecho, razón por la que no podemos tomar en consideración sus alegatos basados en una mera especulación sobre la incidencia futura del acuerdo en las condiciones de prestación de los servicios en un mercado regulado (STJUE de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03 , Tetra Laval).

En definitiva, el razonamiento ofrecido por la CNMC e inicialmente por la Autoridad Canaria, que se analiza a lo largo de este fundamento jurídico, nos parece coherente y exhaustivo, pues frente al análisis económico aportado por la recurrente que tiene por finalidad concluir que para competir con LMR deberá bajar los precios lo que no le es posible, se le responde que la adopción de medidas organizativas que permitan agrupar pasajeros y la reducción de los márgenes de beneficio son medidas razonables y posibles que permitirían a la recurrente reaccionar frente a una iniciativa lícita de mercado. Finalmente, tampoco ha acreditado la recurrente que LMR haya venido ofreciendo precios predatorios durante la vigencia del acuerdo.

Respecto de la negativa de Binter a ofrecerle el mismo acuerdo, debemos recordar, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de 26 de noviembre de 1998, asunto c-7/97 Bronner), que si bien Binter opera en un mercado distinto, para que la denegación de sus servicios a la recurrente pudiera constituir una práctica abusiva, debería acreditarse que el acceso a dichos servicios es indispensable para poder desarrollar la recurrente su propia actividad y que la consecuencia de dicha negativa sería la eliminación de toda competencia en el mercado relevante. Ninguna de las dos cosas se ha acreditado en este caso.

En definitiva, subraya la resolución y este tribunal coincide con dicha apreciación, nada impide a la recurrente realizar a su vez un acuerdo con una compañía de autobuses de Lanzarote para ofrecer el mismo servicio en beneficio de los consumidores, argumento que la recurrente no rebate limitándose a decir que Binter facilitó también el acuerdo con la compañía de autobuses que opera con LMR. Además, tal y como se refleja en la resolución y no desmiente la recurrente, después de la aplicación del acuerdo los horarios y precios de ambas Compañías siguen siendo iguales, sin que tampoco se aprecie una alteración en los precios.

CUARTO: En relación a una eventual infracción del artículo 1 de la LDC , debe decirse que el acuerdo suscrito entre Binter y LMR tiene por objetivo, como ya se ha indicado, mejorar los servicios que se prestan al usuario, al facilitarle la conexión desde el aeropuerto de Lanzarote al puerto de embarque para ir a La Graciosa, sin que por ello se limite la capacidad de respuesta autónoma de la recurrente.

La recurrente no ha tomado esta iniciativa y ha permanecido pasiva en perjuicio del consumidor, a pesar de que puede, como indica la resolución, suscribir un acuerdo alternativo con otras compañías de autobuses y ordenar sus servicios de forma eficiente.

Por otra parte, como también se indica en la resolución el acuerdo de referencia no tiene la virtualidad de expulsar a la recurrente del mercado, ya que afecta a un reducido porcentaje del mismo, lo que no significa, como indica la recurrente, un reconocimiento de su naturaleza colusoria que como hemos visto no es predicable del mismo.

En definitiva, el principio de libertad de pactos forma parte esencial de una economía de mercado y su límite está en la ilegalidad de los pactos y en este caso concreto de que la ilicitud se vincule a su carácter anticompetitivo. Al no apreciarse indiciariamente esta circunstancia procede confirmar la resolución de la CNMC y, en consecuencia, desestimar este recurso.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FA LLO



Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 31/05/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ