

Id. Cendoj: 28079230062013100373
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 10/07/2013
Nº de Recurso: 213/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diez de julio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Special Prices Auto Reisen S.L.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Luisa Sánchez Quero, 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 12 de abril de 2007** , relativa a archivo de actuaciones, siendo **Codemandadas** Binter Canarias S.A. y Canary Island Car S.L., y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Special Prices Auto Reisen S.L., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Luisa Sánchez Quero, 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 12 de abril de 2007, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la resolución que nos ocupa y ordene continuar las actuaciones.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas

pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día nueve de julio de dos mil trece.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de abril de 2007.

La Resolución que nos ocupa declara en su parte dispositiva:

"Desestimar el recurso interpuesto por Special Prices, Auto Reisen S.L. contra el acuerdo de sobreseimiento de 18 de diciembre de 2006 dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente n° 2515/04."

El origen de la presente resolución se encuentra en la denuncia formulada el 22 de marzo de 2004 por Special Prices Auto Reisen S.L contra Binter Canarias S.A.

La denuncia, en esencia, afirma que Binter ostenta una posición de claro dominio en el tráfico aéreo de pasajeros interinsular canario. Al decidir unilateralmente y sin justificación modificar las condiciones del contrato de publicidad con Auto Reisen por el que anunciaba sus servicios en la revista Binter, censurando la publicidad con el objeto de perjudicar a Auto Reisen y forzar la interrupción de la relación comercial, incurre en un abuso de posición de dominio.

SEGUNDO : El Servicio de Investigación acordó el archivo el 18 de diciembre de 2006, en base a las siguientes consideraciones:

"No existen pruebas de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre Binter y CICAR y que no se cumplen los requisitos para aplicar la prueba de presunciones, puesto que caben explicaciones alternativas al comportamiento de Binter, como las quejas recibidas de la Asociación Empresarial de Agencias de Viaje de Lanzarote en relación con los precios publicitados por Auto Reisen."

"En cuanto al artículo 6, el Servicio ha considerado que a efectos del presente expediente habría que considerar dos mercados: transporte aéreo interinsular de pasajeros y el del alquiler de coches en los aeropuertos canarios. Binter ostenta una posición de dominio en el primero de estos mercados, pero no cabe hablar de abuso en el mercado conexo del alquiler de coches en aeropuertos porque su decisión de no publicar anuncios de alquiler de coches con precios se aplica a todas las empresas del sector, porque no altera la estructura competitiva de ese mercado y porque con esta conducta no trata de extender su dominio al mercado conexo."

La razón de decidir contenida en la Resolución impugnada es la siguiente:

"En el expediente queda acreditado que Binter ha tomado unilateralmente la decisión de que en su revista no aparezca en la publicidad los precios sobre alquiler de coches y que, como consecuencia de ello, Auto Reisen ha dejado de anunciarse en la revista Binter-Noticias. Desde la perspectiva de la LDC, la cuestión que se dirime es si la

decisión de Binter de negarse a publicitar un anuncio de Auto Reisen con mención expresa de los precios ofertados puede ser una conducta constitutiva de un abuso. Esto es, si Binter puede abusar de una posición de dominio en el mercado de transporte aéreo de viajeros en el ámbito interinsular canario distorsionando la competencia en el mercado considerado conexo de alquiler de coches a través de sus decisiones sobre la publicidad que se incluye en la revista...

El Servicio considera que Binter tiene posición de dominio en el mercado de vuelos interinsulares de ámbito canario, y se refiere como mercado afectado al mercado de los servicios de alquiler de coches en aeropuertos. Sin embargo, en atención a los sustitutivos que existen no se debe definir un mercado tan estrecho. El mercado relevante a considerar sería el de alquiler de coches, al menos, en el ámbito de cada isla. Esta definición se justifica por el hecho de que una gran mayoría de clientes tienen diferentes alternativas a su alcance para alquilar (con la agencia en el lugar de origen, on-line, aeropuerto o puerto de destino, hotel, agencias en los núcleos urbanos), a que las empresas de alquiler de automóviles operan en los aeropuertos y fuera de ellos y a que la publicidad y los precios que se cobran no dependen, según la información que obra en el expediente, del lugar de alquiler. De la información que consta en el expediente se deduce que en las Islas Canarias existen aproximadamente 480 empresas de alquiler de vehículos. De ellas según el Servicio disponen de oficina en uno o varios aeropuertos del archipiélago las siguientes: Avis, Cicar, Europcar, Betacar, Hertz, Auto Reisen, Cabrera Medina, Autos Ancart, La Rueda, Piñero, Batir y Rosamar. Las únicas empresas que operan en todos los aeropuertos canarios son CICAR y Europcar. Esta última no se anuncia en la revista Binter-Noticias.

Como el Servicio ha señalado, Binter ni se encuentra presente en el mercado del alquiler de automóviles ni pretende estar presente en el mismo, lo que pone en cuestión que estemos ante un abuso de posición de dominio en un mercado conexo. El denunciante explica este hecho porque la conducta tiene por objeto beneficiar a un tercero en virtud del acuerdo que existe entre ambos. De hecho manifiesta "En ningún momento se ha realizado imputación alguna respecto a Binter que no presuponga su relación con CICAR..." (folio 993). La jurisprudencia sobre mercados conexos es clara respecto a que la conducta abusiva tiene por objeto el beneficio del operador dominante. De existir un acuerdo anticompetitivo entre Binter y CICAR debe examinarse bajo el artículo 1, pero no cabe presumir su existencia para argumentar una infracción del artículo 6 que no beneficia directamente al operador dominante."

Y continúa la Resolución en relación a la conducta de abuso de dominio tipificada en la Ley 16/1989:

"3. De la instrucción realizada por el Servicio se deduce además que la revista Binter Noticias no constituye un mecanismo que permita a Binter abusar de su posición de dominio en el mercado conexo de alquiler de automóviles.

3.1. La publicidad de la revista puede influir potencialmente en aquellos viajeros que no han contratado previamente el servicio, que son una minoría. Estamos ante una demanda eminentemente turística, de manera que muchos clientes contratan paquetes que incluyen el alquiler de coche o el transporte del aeropuerto al hotel. Por ello, el alquiler de coches en aeropuertos, independientemente de la procedencia del viajero, representa un porcentaje minoritario del negocio de las diferentes empresas a las que el Servicio ha solicitado información. Según la información que han declarado y que cita el Servicio en el acuerdo de sobreseimiento:

a) CICAR afirma que sólo un 15% de sus clientes alquila un coche en el momento de llegar al aeropuerto.

b) Según Hertz en el año 2005 un 12,67% de sus clientes alquiló un coche en el momento de llegada al aeropuerto.

c) Según AVIS un 10% de sus clientes alquiló un coche en el momento de llegada al aeropuerto.

d) BETACAR ha hecho el análisis por aeropuertos con resultados que van del 40% al 10% de clientes que alquilaban el coche en el aeropuerto.

3.2. En todo caso, aun si se restringiera el análisis de los efectos de la supuesta práctica al alquiler de coches en aeropuertos, los pasajeros de vuelos interinsulares constituyen sólo una parte del total de pasajeros que llegan a una de las Islas por avión sin coche alquilado. De acuerdo con los datos proporcionados por AENA, alrededor de un 20% del total de llegadas en avión a un aeropuerto canario provendrían de otro aeropuerto canario.

3.3. Hay evidencia de que la oferta de Auto Reisen no se dirige ni solo ni principalmente al alquiler de automóviles en aeropuertos a pasajeros de vuelos interinsulares:

a) Declara en el expediente que la contratación directa en oficinas de aeropuertos es 30,4% de su negocio.

b) Auto Reisen tiene también una oficina en núcleo urbano y una parte importante de su negocio (22,7%) declara realizarla por Internet y otras fuentes automatizadas. El resto lo contrata mediante agencias.

c) Auto Reisen tiene oficinas y una presencia importante en aeropuertos donde el tráfico interinsular es muy reducido. De hecho, según información de AENA aportada por CICAR, Auto Reisen es la compañía que más factura en el aeropuerto de Tenerife Sur que recibe un 98.55% de personas con origen o destino no canario.

3.4. En vista de todo lo anterior, la publicidad durante el vuelo no parece el principal modo de captación de clientes para las compañías de alquiler de coches. Incluso con respecto aquellos viajeros que lleguen a las Islas sin un coche alquilado, existen otros soportes que se pueden emplear además de la publicidad: revistas de otras compañías aéreas, publicidad estática del aeropuerto, folletos, información en hoteles ... CICAR manifiesta que la publicación de anuncios en la revista Binter-Noticias representa un 2,86% del total de su gasto en publicidad. El resto de competidores distintos de CIRCAR que también tienen sus oficinas localizadas en el aeropuerto desarrollan su negocio sin necesidad de publicitarse en la revista de Binter, luego ésta no parece esencial para el desarrollo del negocio de alquiler de automóviles.

3.5. Por tanto, existen otros soportes publicitarios al alcance de Auto Reisen para hacer llegar su información al público en general y a los pasajeros de vuelos interinsulares en particular. A este respecto, Auto Reisen se anuncia también en la revista de otras compañías y en publicidad estática en el aeropuerto.

3.6. De acuerdo con la propia denuncia, desde su creación en 1987 Auto Reisen "se ha colocado en una primera posición dentro del mercado canario de agencias de

alquiler de vehículos". Sin embargo, sólo se ha publicitado en la revista Binter-Noticias en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002 y primer semestre de 2003.

Este hecho no es consistente con la afirmación de que la revista constituye un recurso esencial para que Auto Reisen compita en el mercado de alquiler de vehículos.

3.7. Según los datos que ofrece el Servicio sobre facturación de alquiler de coches desglosada por aeropuertos y operador, desde 2003 Auto Reisen no sólo no ha sufrido un deterioro de su negocio, sino que su evolución resulta haber sido muy positiva. Su crecimiento es superior al de la media en todos los aeropuertos menos en el de Tenerife Sur, que es precisamente el aeropuerto donde el tráfico interinsular tiene menor relevancia. Su tasa de crecimiento es superior a la de CICAR en todos los casos y en algunos aeropuertos, como el de Lanzarote, supera el 300% en número de contratos en el periodo 2002-2005.

3.8. De lo arriba expuesto se concluye que la revista Binter Noticias no es un recurso necesario para competir en el mercado de alquiler de coches, ni permite a Binter distorsionar la competencia en dicho mercado o en una parte del mismo."

En relación a los acuerdos anticompetitivos tipificados en el artículo 1 de la Ley 16/1989 , se afirma por el TDC:

"Auto Reisen sostiene que Binter y CICAR han llegado a un pacto para que CICAR se anuncie en exclusiva en la revista a cambio de lo cual la primera obtiene una ventaja económica.

La instrucción del Servicio constata que ambas empresas mantienen relaciones comerciales por las cuales CICAR utiliza de manera asidua diferentes soportes publicitarios que Binter ofrece y han realizado alguna campaña promocional conjunta. Pero no está acreditado que exista entre ambos una relación de exclusividad ni que Binter actúe en defensa de los intereses de CICAR:

a) El contrato para la inserción de publicidad de CICAR en la revista de Binter no contiene ningún tipo de cláusula de exclusividad.

b) Binter y CICAR declaran no tener ningún pacto de exclusividad.

c) Según consta en el expediente, Binter tiene acuerdos con otras empresas de alquiler de automóviles en instrumentos promocionales ligados a su negocio. En concreto, AVIS es miembro al igual que CICAR del Programa Binter Más y aparece anunciada como tal en la información (folletos) y anuncios relativos al programa, que se incluyen también en la propia revista Binter Canarias Noticias.

d) El hecho reiteradamente comentado por el recurrente de que la responsable de Edición y Comunicación de Binter Noticias manifestara a un tercero de la agencia Arco & MBR Comunicación que "CICAR tiene la exclusiva en la revista Binter Noticias" no puede considerarse evidencia suficiente dado que pertenece a una empresa ajena a Binter (Edición y Comunicación S.L.), cuya responsabilidad no es la publicidad de la revista, sino su edición y maquetación."

TERCERO : Previamente al análisis de la cuestión de fondo hemos de centrarnos en una cuestión previa: la legitimación actora negada por el Sr. Abogado del Estado.

Reiteradamente hemos reconocido legitimación activa al denunciante en casos de conductas que infringen la libre competencia al reconocerle interés legítimo - artículo 19.1 a) de la Ley 29/1998 -, en que dicha conducta se declare y se intime su cesación. No olvidemos que el pronunciamiento del TDC va más allá de la imposición de una sanción - artículo 46 de la Ley 16/1989 -, y comprende la declaración de ser la conducta contraria a la libre competencia, la intimación en la cesación, la imposición de condiciones, orden de remoción de las consecuencias... Existe pues una afectación de la situación jurídica del denunciante por el pronunciamiento del TDC que le otorga legitimación activa.

El examen del alcance jurídico de los hechos concurrentes en relación al abuso de posición de dominio, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

El artículo 6 de la Ley 16/1989 en su redacción igualmente por Ley 52/1999 establece: "*1. a.- Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b.- De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.*"

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "*El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...*" - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

El tipo sancionado en el artículo 6 lo es el abuso de posición de dominio o de la situación de dependencia económica, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia o una dependencia económica y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la

finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

En primer lugar hemos de recordar que el TDC - hoy CNC -, ejerce sus facultades como supervisor de la libre competencia, de suerte que es necesario que la conducta examinada tenga potencialidad para afectar a la libre competencia. Por ello, cualquier abuso de posición de dominio ha de ser apta para restringir, falsear o afectar la libre competencia.

En el presente caso, no resulta que la conducta, al margen de que no existan indicios de abuso, no afecta a la libre competencia ni tiene aptitud para ello.

Pues bien, al margen de que en los actos denunciados puedan concurrir elementos que los configuren como de competencia desleal, incumplimiento de contrato, mala fe negocial..., lo cierto es que tal cuestión ha de ventilarse ante la Jurisdicción civil, y ello, de una parte porque la controversia gira en torno al alcance de un contrato y de otra parte, porque, como decíamos, aún cuando existiera abuso, que no quedado acreditado no resulta racionalmente, que el mismo pudiese afectar a la libre competencia, único caso en el que la Ley 16/89 atribuye la competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Del expediente administrativo, no resulta que la libre competencia pudiera verse afectada por la conducta denunciada. Esta apreciación se sostiene igualmente en la pericial practicada, que, aún habiendo sido recusado el perito con el resultado que obra en autos, lo cierto es que tal pericial en nada altera, sino que, al contrario, confirma, las apreciaciones del TDC.

No podemos olvidar que es la actora la que habrá de aportar los elementos fácticos de los que resulte la aptitud de la conducta para afectar la libre competencia. Tales elementos no se han aportado, y lo actuado en autos pone de manifiesto la correcta apreciación del TDC en la Resolución impugnada.

CUATRO : En cuanto al acuerdo denunciado, no existen, como señala la Resolución, indicios racionales en que fundar la existencia del mismo, ni tampoco se aportan por la demandante elementos de los que pudiera resultar tal acuerdo.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 en su redacción anterior a la Ley 37/2011.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo promovido por **Special Prices Auto Reisen S.L.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Luisa Sánchez Quero, 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 12 de abril de 2007**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia

debemos **confirmarla** y la **confirmamos** , sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.