

Id Cendoj: 28079230062003100713
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 261/2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta de abril de dos mil tres.

Vistos los autos de los recursos contencioso-administrativo acumulados números 147/00, 166/00 y 261/00, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, han promovido los Procuradores D. CESÁREO HIDALGO SENEN; D. SANTOS DE GARANDILLAS CARMONA y D. JULIAN CABALLERO AGUADO, en nombre y representación de **SPANAIR**, S.A., CÍA HISPANO IRLANDESA DE AVIACIÓN,S.A., AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS,S.A., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de Diciembre de 1.999, sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpusieron recursos contencioso-administrativo, mediante escritos presentados el 4 de Febrero de 2000, 9 de Febrero de 2000 y 1 de Marzo de 2000, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencias de 8 de Febrero de 2000, 28 de Febrero de 2000 y 3 de Marzo de 2000, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escritos presentados el 14 de Julio de 2000, 20 de Septiembre de 2000 y 27 de Octubre de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 15 de Febrero de 2001, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 5 de Marzo de 2001, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos

escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 29 de Abril de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del T.D.C. de 23 de Diciembre de 1.999, recaída en el expediente 447/98, seguido por supuestas conductas prohibidas por el *Art. 1 de la Ley 16/89 de 17 de Julio*, consistentes en el incremento coordinado y simultáneo de los vuelos chárter.

En la citada Resolución, el T.D.C. acuerda en esencia:

"Primero.- Declarar acreditada la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el *Art. 1.1 de la Ley 16/1.989*, de Defensa de la Competencia, consistente en adoptar el acuerdo de fijar las bases de cotización a los operadores turísticos en el mercado nacional de los vuelos chárter para la temporada 1.997/98, del que son responsables como autoras las empresas Viva Air,S.A., Iberia Líneas Aéreas de España,S.A., como su principal accionista, Compañía Hispano Irlandesa de Aviación, S.A. (Futura), **Spanair**, S.A. y Air Europa,S.A.

Segundo.- Imponer la multa de quince millones de pesetas a cada una de las siguientes compañías: Viva Air,S.A., Compañía Hispano Irlandesa de Aviación,S.A. (Futura), **Spanair**, S.A. y Air Europa,S.A.

Quinto.- Declarar que en el presente expediente no se han encontrado pruebas que acrediten la existencia de prácticas concertadas consistentes en un incremento similar y simultáneo de los precios de los vuelos chárter en el mercado español en el verano de 1.997, ni de que la Asociación Española de Compañías aéreas realizará una recomendación colectiva a sus miembros en el mencionado sentido".

El expediente que nos ocupa se incoó de oficio el 24 de Octubre de 1.997, seguida la tramitación oportuna, el T.D.C. en su Resolución, considera como Hechos probados:

"1. Los representantes de las compañías aéreas AIR EUROPA, **SPANAIR**, FUTURA, LTE y VIVA AIR se reunieron el día 10 de junio en la sede de AECA en Palma de Mallorca para analizar el impacto de la subida de la parida del dólar y del precio del combustible en los fletes de los vuelos chárter.

2. En reunión de 26 de junio de 1997, en las mismas oficinas, se fijaron mediante acuerdo las bases de cotización del dólar y del combustible para las propuestas de precios a ofertar a los fletadores en la temporada 1997/98. En dicha reunión estuvieron presentes representantes de las compañías aéreas AIR EUROPA, FUTURA, **SPANAIR** y VIVA AIR.

3. Las bases de cotización, fijadas en la reunión de 26 de junio citada, establecen lo siguiente:

"1. Para la temporada de INVIERNO

En reunión conjunta de las compañías de AECA durante el mes de mayo, se establecerán las siguientes bases para cotizar a los Tour Operadores:

- Paridad USA/ESP = Media de abril.

- Combustible = Media Jet High FOB MED (Platt's). Temporada de invierno anterior (OCTUBRE - MARZO) + 3%.

2. Para la temporada de VERANO.

En la reunión conjunta de de las compañías de AECA durante el mes de noviembre, se establecerán las siguientes bases para cotizar a los Tour Operadores:

- Paridad USA/ESP = Media de octubre.

- Combustible = Media Jet High FOB MED (Platt's). Temporada de verano anterior (ABR-SET) + 3%.

3. Precios finales.

-Temporada de invierno

Durante el mes de septiembre confirmación a los Tour Operadores en base a la paridad USA/ESP a seis meses respecto al combustible en base a la media de cotización SWAPS de JET HIGH FOB MED (Platt's) para los meses de OCTUBRE a MARZO.

-Temporada de verano

Durante los primeros días de marzo, confirmación a los Tour Operadores en base a la paridad USA/ESP a seis meses respecto al combustible en base a la media de la cotización SWAPS de JET HIGH FOB MED (Platt's) para los meses de ABR a SEP.

4. Componentes del coste USA

Las Compañías de AECA establecerán que los componentes del coste del dólar es:

- Vuelos aérea de influencia USA = 55%.
- Resto de vuelos = banda del 35% al 45%.

....."

El TDC considera que la infracción consiste en la adopción del acuerdo de las bases de cotización, siendo indiferente que se haya producido o no la aplicación de las mismas, pues la infracción reside en adoptar un acuerdo que tiene por objeto o puede limitar la competencia, con independencia de cuál fuera su resultado.

Por el contrario, en cuanto a la acusación del Servicio por el anuncio en la prensa del presidente de AECA, en Agosto de 1.997, de la inminente subida de los precios de los vuelos chárter en el mercado español, como una recomendación colectiva que tuvo el objeto y el efecto de restringir la competencia, el Tribunal concluye que, al ser tan reducido el número de las compañías miembros de AECA y no tratarse de negocios pequeños, difícilmente podría constituir un anuncio de estas características en la prensa una conducta incurso en la prohibición del *Art. 1.1 LDC*, como una recomendación colectiva. También rechaza el TDC la última acusación del Servicio, consistente en la aplicación en el verano de 1.997 de un incremento concertado, paralelo y similar de los precios.

SEGUNDO.- La Resolución impugnada, como se ha dicho, de los tres cargos iniciales considera que únicamente se ha infringido el *Art. 1 LDC*, al haber adoptado el 26 de Junio de 1.997, un Acuerdo por el que se establecieron las bases de cotización a los operadores turísticos de los vuelos chárter para la temporada 1.997/98.

SPANAIR alega que, de no existir unas bases de cotización comunes para todas las compañías, cada una de ellas elaboraría sus tarifas, tomando como referencia un valor orientativo del dólar y del precio del combustible distinto en cada caso, lo que dificultaría la comparación de las distintas tarifas a los Tour Operadores y su elección final; las bases de cotización serían únicamente un mecanismo para establecer el mismo elemento de comparación entre ofertas distintas con el fin de que pueda servir de referencia a los mayoristas de viajes. Serían, por tanto, meros esquemas de cálculo respecto a la paridad del dólar y el precio del queroseno, por lo que no restringirían la competencia, pues al tener cada compañía su propia estructura de competencia, las tarifas acaban siendo muy distintas variaría según las aeronaves sean en propiedad o arrendadas o incluso habría que atender a la composición de la flota y si los aviones gastan mas o menos combustibles, ello sin olvidar la política empresarial de cada Compañía.

Subsidiariamente, entiende que, el acuerdo de las bases de cotización no llegó a ser aplicado, por lo que no tuvo efectos en el mercado.

En idénticos términos se pronuncia las Compañía Hispano Irlandesa de Aviación, S.A., quien además se opone a la sanción que se le impone, entendiéndolo que es excesiva para su facturación.

Por último, AIR EUROPA, S.A. señala que las bases de cotización, ni buscan ni facilitan el comportamiento coordinado de las Compañías, pues son datos meramente objetivos y técnicos, que

informan en relación con una referencia temporal de terminada, sobre la evolución objetiva del precio de elementos variables del transporte aéreo. Subsidiariamente se fija en que el Acuerdo no se hizo efectivo.

TERCERO.- Ciertamente y ello no es negado por las actoras en la reunión de 26 de Junio de 1.997, se fijaron mediante Acuerdo, las bases de cotización del dólar y del combustible para la temporada 1.997/98. Sin embargo, mientras las recurrentes aducen que tales bases de cotización no inciden en la competencia y que además el Acuerdo no fue aplicado, el TDC asume que las bases de cotización hacen posible que se sustituya la competencia entre las distintas Compañías aéreas por un mecanismo que permite obtener y determinar una pauta de comportamiento común de cara a los Tour Operadores, en contra de la alternativa de competencia efectiva entre las distintas compañías aéreas. Esta conclusión debe necesariamente asumirse, pese a los esfuerzos de argumentación de las actoras. Las bases citadas no se limitan a ser una elaboración en común de esquemas de cálculo sino que su consecuencia real es un verdadero acuerdo de incremento de una parte de los precios, como bien claramente se desprende al añadir un 3% a la cotización media del invierno anterior en lo que hace referencia al combustible en las bases. De todo ello se desprende la consecución de un comportamiento uniforme de las recurrentes, permitiendo negociar en común la fijación de los precios, lo que sin ninguna duda es una conducta restrictiva de la competencia.

CUARTO.- Subsidiariamente las actoras se fijan en que el acuerdo a que nos venimos refiriendo, no se llegó a aplicar. Lo cierto es que la tipicidad prevista en el *Art. 1.1 LDC* únicamente exige que se adopte un Acuerdo, que como el que nos ocupa o bien limita la competencia o bien pueda limitarla siendo indiferente el resultado concreto, por tanto, aún cuando el Acuerdo no se hubiera ejecutado la acción típica según el referido precepto, se cometió por las recurrentes, sin perjuicio, claro está, de la valoración que la inaplicación del Acuerdo, pueda tener a los efectos de la Sanción, que resulte procedente.

QUINTO.- Respecto a la Sanción pecuniaria impuesta, el octavo fundamento jurídico de la Resolución impugnada, argumenta las razones que le llevan a imponer la multa de 15 millones de pesetas, visto que la misma podía ser de 150 millones de pesetas, cuantía que hubiera podido ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas.

Pese a las alegaciones de la actora y fundamentalmente de la Compañía Hispano-Irlandesa de Aviación, S.A. y aún cuando esta puede tener menor volumen de facturación que las otras dos recurrentes en los presentes autos, lo cierto es que se estima la Sanción impuesta ponderada al no considerarse la conducta realizada de tanta gravedad, como hubiera podido ser un concierto horizontal de precios, sino una coordinación previa a la negociación individual de los precios, dando una respuesta coordinada, para proteger el margen comercial frente a una elevación de costes. Pero esta coordinación previa tiene una evidente incidencia, ya que aunque no se hubiera materializado, podía limitar la competencia en el mercado nacional de los vuelos chárter, por lo que la Sanción se estima perfectamente ponderada a las circunstancias concurrentes, en los términos que se argumentan en la Resolución impugnada. Lo que exige la desestimación del recurso interpuesto.

SEXTO.- De conformidad con el *Art. 139 de la Ley Jurisdiccional* no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR los recursos contencioso administrativo interpuestos por los Procuradores D. CESAREO HIDALGO SENEN, D. SANTOS DE GARANDILLAS CARMONA y D. JULIAN CABALLERO AGUADO en nombre y representación de **SPANAIR**, S.A., COMPAÑÍA HISPANO IRLANDESA, S.A., AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A. contra Resolución del T.D.C. de 23 de Diciembre de 1.999, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

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.