

RESOLUCIÓN (Expte. 29/91. Intercan)

Pleno

Excmos. Sres.:
Fernández Ordóñez, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 17 de septiembre de 1993.

Reunidos los señores antes mencionados para deliberar y fallar sobre la solicitud de autorización de una conferencia marítima y un consorcio (Expte. Nº 29/91 y Nº 757/91 del Servicio de Defensa de la Competencia), teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 25 de julio de 1991 tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Economía y Hacienda un escrito de los presidentes de los Consejos de Administración de la Compañía Transmediterránea S.A. (Transmediterránea), Antonio Armas Curbelo S.A. (Armas) y Líneas Marítimas Hespérides S.A. (Hespérides) en el que, en nombre de sus representadas, solicitan autorización, conforme a los Arts. 4 y 38.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, para una conferencia marítima y un consorcio. La autorización la solicitan al amparo del Art. 3.2 - subsidiariamente, del 3.1- y a pesar de que no la estiman necesaria -dicen- porque ya cuentan con la autorización del Director General de la Marina Mercante.
 - 1.1. La conferencia adopta la forma de una asociación denominada Asociación de Armadores de Líneas Marítimas de Tráfico Interinsular Canario (Intercan) y se rige por unos Estatutos aprobados el 19 de julio de 1989, siendo miembros fundadores, a más de los tres solicitantes, la compañía Ferry Gomera S.A. que posteriormente abandonaría la conferencia. También firman los Estatutos, como "enterados", el Director General de la Marina Mercante, el Director General de Transporte del Gobierno de Canarias y el Director General de la Asociación de Navieros Españoles. Los solicitantes manifiestan que la iniciativa para la

constitución de la conferencia ha partido del Director General de la Marina Mercante.

La conferencia tiene como objetivos: a) promocionar el transporte mediante un servicio marítimo de línea regular adecuado a las necesidades del tráfico interinsular canario, así como los servicios complementarios incluyendo el transporte terrestre desde y hacia los puntos del interior de las islas; b) asegurar la oferta estable de fletes mediante la aplicación de las tarifas que en cada momento se aprueben por la Asociación; c) evitar las prácticas ilícitas entre sus miembros (Art. 1).

Para la consecución de estos objetivos se establecen como obligaciones de los asociados: aplicar exclusivamente tanto las tarifas como las restantes condiciones establecidas por la Asociación para el transporte de mercancías; no conceder comisiones, extornos o prestaciones de servicios diferentes de los establecidos por la Asociación; no facilitar cargas a navieros extraños; no fletar buques propios a navieros ajenos ni tomar los de éstos cuando trafiquen en el ámbito de la Asociación; transportar cargas aportadas por los otros miembros, cuando estos tuvieren dificultad para hacerlo, como si fueran propias; no conceder comisiones por cargas aportadas en tráficos coincidentes; comunicar al Servicio de Inspección todas las cargas efectuadas o por efectuar (Art. 7).

Son órganos de la Asociación la Asamblea General, el Secretariado y el Comité Técnico (Art. 9):

- La Asamblea está constituida por todos los miembros y sus acuerdos se toman bien por unanimidad -se exige para determinados asuntos, entre otros, la expulsión de socios y el establecimiento de nuevas líneas- bien por mayoría cualificada del 66% de los miembros, que rige para todos los demás casos (Arts. 10 y 11).
- El Secretario es el órgano encargado de ejecutar las decisiones de la Asamblea y controlar el cumplimiento de las obligaciones de los miembros (Art. 13).
- El Comité Técnico, constituido por un representante de cada socio, tiene funciones de propuesta a la Asamblea y de desarrollo de sus decisiones. Sus acuerdos se toman por mayoría del 66% de sus miembros (Art. 14)

La entrada de nuevos asociados precisa aprobación de la Asamblea con mayoría del 66%; y la salida voluntaria no es efectiva hasta pasados tres meses de su notificación (Art. 6).

Los Estatutos quedan subordinados a la aprobación del Director General de la Marina Mercante y a los condicionamientos derivados del contrato entre el Estado y Transmediterránea (Cláusula final).

- 1.2. El segundo de los convenios cuya autorización se solicita -el consorcio- se firma el 6 de mayo de 1991 por Transmediterránea, Armas y Hespérides -más tarde sucedería a Hespérides la Naviera Jarugo S.A.- con la finalidad de "perfeccionar y ampliar los objetivos de Intercan". El documento inicial ha sido sustituido por otro de fecha 1 de febrero de 1993. Según este último, los objetivos del consorcio son promover la cooperación entre los miembros de Intercan, velar por la fiel aplicación de las tarifas, garantizar la estabilidad del sector y promocionar la creación de un comité mixto con los usuarios (Art. 5). Para ello se acuerda consorciar las líneas marítimas que se detallan (Anexo I) sin perjuicio de que cada miembro conserve su personalidad jurídica y su estructura comercial, administrativa y financiera (Art. 2).

Los servicios conjuntos se liquidarán con arreglo a las cuotas de participación que inicialmente se fijan en 24,5% Transmediterránea, 48% Armas y 27,5% Jarugo (Art. 3). Se indican los buques que cada miembro aporta -8 en total- que pueden reducirse en función de la demanda, la rentabilidad de la línea y el mejor servicio a los usuarios (Anexo II).

Para incorporarse al consorcio basta con tener las oportunas autorizaciones administrativas (Art. 7) y la salida se permite tras un año de permanencia y preaviso de 6 meses (Art. 8).

Orgánicamente cuenta con un comité directivo, que decide por mayoría votando cada miembro según su cuota de participación en el consorcio; un secretario -que también lo será de Intercan- encargado de la ejecución de los acuerdos, y un jefe de tráfico para la coordinación de las operaciones comerciales y portuarias del consorcio.

El acuerdo termina con el "enterado y conforme" del Director General de la Marina Mercante; pero no está su firma.

- 1.3. A la solicitud de autorización se acompaña también un informe con el sello del Director General de la Marina Mercante en el que se dice, resumidamente, que el tráfico interinsular canario, vital para la economía del archipiélago, exige la continua tutela del Estado y que "las actuales necesidades y exigencias operativas del tráfico marítimo, que conllevan un proceso de racionalización del mismo por medio de la adecuada regulación de la oferta y la demanda, así como una disminución de los

costos de operación, han llevado a la Dirección General de la Marina Mercante a impulsar en los dos últimos años la asociación de las Empresas con presencia en las líneas regulares interinsulares de Canarias, de forma que el proceso de racionalización sea global y no se lleve a cabo por unas entidades en perjuicio de las otras, lo que significaría un serio inconveniente para la economía general y de las Islas Canarias, en particular, con el consiguiente perjuicio para los consumidores". Por estas razones la Dirección General, prosigue el informe, ha promovido Intercan y el consorcio, cuyos documentos constitutivos recogen sus directrices y han merecido su conformidad. Termina calificando a los dos acuerdos como de interés público.

2. El 29 de julio de 1991 el Director General de Defensa de la Competencia acuerda incoar expediente de autorización; solicita informe del Instituto Nacional del Consumo, y publica un extracto de la solicitud para información pública en el BOE del 6 de agosto de 1991 y en el BICE del 9/15 septiembre de 1991.
3. Sin más diligencias, el 23 de agosto de 1991 el Director General de Defensa de la Competencia informa favorablemente la solicitud invocando la Resolución del Tribunal de 1 de marzo de 1991 que resolvió un caso que estima similar - Conferencia de fletes Península-Canarias (Copecan)- precisando que la duración del acuerdo debería limitarse al plazo máximo de 10 años y que lo que para los solicitantes es un compromiso en el punto quinto de la solicitud (afirman que Intercan cumple las condiciones impuestas por la Resolución del Tribunal antes citada) sea una condición para la exceptuación.
4. El 2 de septiembre de 1991 el Tribunal admite el expediente a trámite y nombra Ponente; a continuación solicita determinada información de Intercan, que contesta el 18 de octubre; e interesa informe de la Asociación Española de Usuarios de Transporte de Mercancías y Asimilados (Aeutransmer) y del Consejo Español de Usuarios del Transporte Marítimo. Este último afirma desconocer que Intercan exista
5. El 7 de octubre de 1991 el Servicio remite los informes de la Organización de Consumidores y Usuarios (informa favorablemente), de la Asociación General de Consumidores (no tiene ninguna objeción que hacer) y de la Unión Cívica Nacional de Amas de Hogar en España (concede su conformidad a la solicitud a la vista del informe de Marina Mercante y los evidentes beneficios que pueden derivarse para los usuarios).

Con la misma fecha de 7 de octubre el Servicio envía dos escritos. Uno de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Navegación de Las Palmas oponiéndose a la autorización solicitada; otro del Consejo Profesional de

Usuarios del Transporte Marítimo y Aéreo de la provincia de Las Palmas que se expresa en los mismos términos que el anterior.

Por último, el 5 de noviembre de 1991 el Servicio hace llegar el informe de la Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios, que propone la creación de una comisión mixta de Intercan con las Asociaciones de Usuarios de las islas para determinar las tarifas.

6. El 26 de noviembre de 1991 se solicita de los interesados una ampliación de información así como de Ferry Gomera S.A., Agrumar S.A. y Alisur S.A., navieras, según Intercan, en competencia con el consorcio.
7. El 9 de enero de 1992 se concede a todos los interesados plazo para vista del expediente y proposición de prueba.
 - 7.1. Los solicitantes de la autorización manifiestan que Naviera Jarugo S.A. ha sustituido a Hespérides en la explotación de las líneas interinsulares canarias, con autorización de Marina Mercante, manteniendo sus mismos buques, líneas y servicios y subrogándose en los mismos consorcios. Hacen también alegaciones en defensa de su solicitud y respecto de la oposición formulada por la Cámara de Comercio de Las Palmas y la Asociación de Usuarios de esta provincia y afirman que se vienen celebrando conversaciones con la Federación de los Consejos de Usuarios de Canarias para acordar los fletes a aplicar en los próximos años.
 - 7.2. La Cámara de Comercio de Las Palmas reitera y fundamenta su oposición a la concesión de la autorización pedida. Solicita que, en todo caso, participen los usuarios en las decisiones de la Asociación y el Consorcio, sometiéndose la cuestión al arbitraje del Servicio o del Tribunal en caso de discrepancia. Propone la práctica de determinadas pruebas.
8. El 28 de febrero de 1992 la Confederación de Industriales Tabaqueros de Canarias solicita que sea tenida como parte en este expediente y manifiesta que se opone a la concesión de la autorización. El 5 de marzo de 1992 el Tribunal contesta concediendo plazo para vista y alegaciones. Las presenta la Confederación el 15 de abril de 1992.
9. El 28 de mayo de 1992 la Cámara de Comercio de Las Palmas se dirige al Tribunal manifestando que ha solicitado determinados datos de la Junta del Puerto de la Luz y Las Palmas para utilizarlos como medio de prueba y, para conseguirlos con mayor celeridad, pide al Tribunal que oficie a este organismo apoyando la solicitud. El 4 de junio el Tribunal oficia a la Junta del

Puerto de la Luz y Las Palmas. Los datos solicitados se reciben el 17 de julio de 1992.

10. El 10 de julio de 1992, Intercan aporta ampliación de la prueba documental. El mismo día el Tribunal pone nuevamente de manifiesto el expediente a los interesados. Intercan envía sus alegaciones el 27 de julio. La Cámara de Comercio aporta nueva documentación el 21 de julio de 1992; y formula sus alegaciones el 23 de septiembre de 1992, admitiéndose porque resulta que no se la había notificado la Providencia de 10 de julio en la que el Tribunal fijaba plazo para vista del expediente y formulación de conclusiones.
11. El progreso de las negociaciones que se estaban llevando a cabo en el seno de la CE sobre el tráfico de cabotaje y la publicación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y de la Marina Mercante, aconsejan ofrecer a los interesados la posibilidad de nuevas alegaciones. Finalmente el Tribunal les comunica el 31 de mayo de 1993 que a la vista de la prueba existente no parece que resulte cumplido el requisito de que el acuerdo no genere una posición dominante, exigido por el Art. 84.2 de la Ley de Puertos para que la conferencia pueda considerarse incurso en la exención -requisito equivalente al que establece el Art. 3.1.c) de la Ley 16/1989, cuya falta impediría también la concesión de una autorización singular por el Art. 3.1-; y que el supuesto no es fácilmente encuadrable en alguno de los casos que enumera el Art. 3.2.

Tanto Intercan como la Cámara de Las Palmas han enviado alegaciones que vienen a completar las formuladas con anterioridad fijando la postura definitiva de las partes.

- 11.1. Los argumentos de Intercan se pueden resumir como sigue. Las conferencias marítimas son legales y legítimas tanto en la legislación comunitaria como en la española -Decreto 720/1984, de 28 de marzo y Orden de 16 de mayo de 1985, que desarrollan la Ley de 12 de mayo de 1956; y, en la actualidad, la Ley de Puertos-. También la Resolución del Tribunal de 1 de marzo de 1991 acepta su legitimidad y conveniencia siempre que cumplan cuatro requisitos: estructura abierta, publicidad de tarifas y condiciones de contratación, consultas con los usuarios y no abuso frente a éstos. Intercan, en particular, tiene reconocida su legitimidad por Marina Mercante, promotora de la conferencia, que ha aprobado sus dos acuerdos constitutivos a los que califica de interés público (AH 1.3). También han informado favorablemente el Servicio (AH 3) y otras organizaciones de usuarios (AH 5).

Los fundamentos de Intercan -continúa la solicitante- se encuentran en: A) La racionalización de los tráficos: se han sustituido tres buques iniciales por dos nuevos, desminuyendo las frecuencias en determinados itinerarios, pero aumentando la capacidad de transporte ofertada. Intercan relaciona todas las islas del archipiélago a través de líneas de distinta rentabilidad -incluso, dos de ellas negativas- obteniendo un margen sobre ventas antes de impuestos del 1'90%. Los servicios se prestan con regularidad y a satisfacción de los usuarios. B) Estructura abierta: pueden entrar y salir libremente otras navieras. C) Tarifas y condiciones de transporte: las tarifas han estado congeladas desde febrero de 1986 hasta agosto de 1990 en que se elevan el 5'5%, con aprobación del Gobierno canario, y en enero de 1991 un 7'5%, con consentimiento de los usuarios. Tarifas y condiciones generales a las que se da publicidad. D) Relaciones con los usuarios: se han consensuado las últimas tarifas y otras condiciones con la Federación de Consejos de Usuarios de Canarias, aunque no se llegara a firmar el documento. E) Competencia externa: las mercancías que Intercan ha transportado en 1991 representan el 39'71% del tráfico insular, lo que no supone una posición dominante; en 1992 el porcentaje es del 65'95%, que es el mismo que tenía Copecan cuando fue autorizada. Además existe un tráfico de líneas regulares no autorizadas que debe investigar el Tribunal. Por último, rechaza las alegaciones de los oponentes a la autorización. Termina entendiendo que Intercan está exceptuada por el Art. 2.1. de la Ley 16/1989. Subsidiariamente solicita autorización al amparo del Art. 3.2.c. y, de nuevo subsidiariamente, por el 3.1.

- 11.2. La Cámara de Las Palmas viene a decir que los acuerdos en cuestión están prohibidos, en cuanto colusorios, por el principio pro competencia que sanciona la Ley 16/1989; quien pretenda su exención o autorización debe probar los hechos en que estas excepciones se fundamenten. Intercan no ha logrado esta prueba.

La conferencia no está exenta -cree la Cámara- porque el cuasi monopolio que tiene del mercado impide considerarla excluída por el Art. 84 de la Ley de Puertos. Y no es autorizable con arreglo al Art. 3.2 de la Ley de Defensa de la Competencia porque no basta con una genérica invocación del interés público para conseguir la autorización: es necesario probar cuál de los casos taxativos que enumera el precepto es aplicable al caso concreto. Ni Intercan ni Marina Mercante lo han hecho porque no se da ninguno de ellos. El único interés presente es el de las propias navieras, especialmente el de Transmediterránea, que quiere compensar los poco lucrativos resultados del transporte de pasajeros y mercancías oficiales a que

viene obligada, con el más rentable de mercancías libres; pero este último es un servicio que ha de prestar con tarifas que la competencia de las demás no le permite elevar. Para ello ha promovido Intercan y conseguido la adhesión de las otras compañías porque la supresión de la competencia, si realmente se observa, beneficia a todas. Pero - afirma la Cámara- la mejora de las cuentas de resultados no debe conseguirse mediante la concesión de rentas monopólicas; si el Tribunal atendiera sin más las peticiones de autorización de acuerdos colusorios de las empresas que tienen dificultades, se produciría una cartelización de toda la economía española. No basta con que las peticiones hayan conseguido el informe favorable de algún organismo oficial. El interés privado de las tres navieras está en contraposición del interés público que, en un tráfico vital para Canarias -en esta calificación está de acuerdo con Intercan y Marina Mercante- consiste en tener un transporte interinsular lo más barato y mejor servido posible. Y esto se consigue, más eficazmente que por un cártel, por el libre juego del mercado, incluso con el limitado juego que permiten las dos barreras existentes: la reserva del tráfico interinsular al pabellón nacional y la necesidad de autorización para establecer nuevas líneas, autorización que Marina Mercante no concede cuando las nuevas coinciden con las establecidas porque estima que las que hay son ya bastantes -ha denegado por dos veces la entrada a Oficus, naviera que llegó a formalizar su solicitud-.

Respecto de las tarifas, hace notar la Cámara que antes de Intercan había un acuerdo de unificación que no se cumplía: las navieras competían ofreciendo rebajas sobre las tarifas acordadas, lo que permitió que durante cinco años se mantuvieran inalterables. Acordada la supresión de la competencia entre las navieras, éstas elevan las tarifas en un 5'5% (1990) y en un 7'5% (1991) alegando, precisamente, que desde 1986 habían permanecido estables. La segunda subida no ha sido aceptada por los usuarios, que ni siquiera han conseguido el desglose de los diversos elementos que la componen. Aunque haya sido aplicada de hecho por el poder que sobre el mercado tiene Intercan: los usuarios no tienen otra alternativa que aceptar sus precios.

Respecto del servicio, continúa la Cámara, Intercan no lo ha ampliado. Las mismas líneas que tiene estaban servidas con anterioridad a la creación del consorcio. Incluso ha abandonado las dos que comunicaban la isla de la Gomera. Intercan no ofrece un mayor servicio ni tampoco mejor: la falta de competencia ha producido, en la práctica, una dejación del tráfico de la que los usuarios se quejan.

Tampoco cabe la autorización por el Art. 3.1. Toda la literatura que expone los beneficios de las conferencias parte del supuesto de que la entrada en el tráfico es libre y que la conferencia no llega a crear una situación dominante. En el tráfico interinsular la entrada no es libre y además Intercan tiene el práctico monopolio de determinados trayectos y una posición general de dominio -85'5% en 1991-, que impide aplicar el 3.1.

En resumen, Intercan no está exento según la Ley de Puertos, ni es autorizable por el Art. 3.2 o por el 3.1 de la Ley 16/1989, por lo que deben denegarse los dos acuerdos que configuran el cártel. Subsidiariamente, la Cámara pide que si se autorizan se impongan, a más de las condiciones que recomienda el Servicio, la de que se faciliten a los usuarios auditorías de la situación económica y financiera de las asociadas y estudios de costes de cada línea y ruta de tráfico; que se detallen en las facturas cada uno de los conceptos que se incluyen y que la autorización sea por tres años. Añade otra petición: que el Tribunal formule propuesta motivada al Gobierno -potestad que le confiere el Art. 2 de la Ley 16/1989- para que proceda a la supresión de las situaciones de restricción a la competencia en el tráfico marítimo y aéreo de mercancías en y con Canarias, de manera que se puedan extender a estas islas los beneficios que en materia de liberalización de tráfico marítimo ofrece hoy la legislación comunitaria.

12. Son interesados en este expediente la Compañía Transmediterránea S.A., Antonio Armas Curbelo S.A., Naviera Jarugo S.A., La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas, el Consejo Profesional de Usuarios del Transporte Marítimo y Aéreo de la provincia de Las Palmas y la Confederación de Industriales Tabaqueros de Canarias.

Ha sido Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. A lo largo de este expediente Intercan ha venido manteniendo que los dos acuerdos cuya autorización solicita -ad cautelam, dice- están exentos de la prohibición general de concertar acuerdos colusorios por aplicación tanto del Art. 4.1 de la Ley 110/1963, vigente al tiempo de crearse la Asociación, ("Las prohibiciones contenidas en el Art. 1 no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal") como del Art. 2.1 de la Ley 16/1989, que ha sustituido a aquélla, ("las prohibiciones del Art. 1 no se aplicarán a los acuerdos ... que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley").

La exención vendría dada -en un primer momento- porque Marina Mercante ha decidido la creación de la conferencia y aprobado el contenido definitivo de ambos acuerdos; y Marina Mercante es la autoridad administrativa a quien corresponde la concreta ordenación del tráfico marítimo según resulta de la Ley de 12 de mayo de 1956, Real Decreto 720/1984 y Orden de 16 de mayo de 1985. En este sector la competencia juega sólo en la medida que permita la intervención administrativa.

En la actualidad, publicada la Ley de Puertos, la exención de Intercan resulta de la regulación de las conferencias que aquélla efectúa (Art. 84).

La primera tesis ha sido ya considerada, y no compartida, por el Tribunal, en la Resolución de 1 de marzo de 1991, en la que se sostiene (FD 2) que las conferencias marítimas quedan plenamente sujetas a las normas sobre competencia y son acuerdos en principio prohibidos, siendo el Tribunal y no Marina Mercante el órgano a quien corresponde dispensar las autorizaciones que la Ley permite.

El Tribunal insiste ahora en la misma doctrina, con la precisión que exige la innovación que la Ley de Puertos ha introducido en el panorama legislativo anterior al legitimar, directa y condicionadamente, las conferencias. Ciertamente las que cumplan los requisitos que la Ley de Puertos establece, quedan a salvo de la prohibición del Art. 1 de la Ley 16/1989 y no precisan autorización singular. Pero en el momento en que no los satisfagan, el acuerdo vuelve al régimen general de prohibición y necesidad de autorización singular del Tribunal (Art. 4.1), quien es, además, como órgano encargado de la aplicación de la Ley 16/1989, el llamado a decidir en cada caso concreto si concurren las exigencias de la Ley de Puertos.

Intercan ha sostenido que las cumple. Procede decidir si esta afirmación es cierta.

2. Dispone el Art. 84.2 de la Ley de Puertos que:

"Las conferencias marítimas deberán garantizar una oferta de servicios suficiente y eficaz, teniendo en cuenta los intereses de los usuarios. Dichas conferencias estarán sometidas a la competencia de los servicios regulares no integrados en las mismas y, en su caso, de los servicios no regulares que operen en dichas rutas, sin que, en ningún caso, la actuación de las conferencias pueda suponer la eliminación de la competencia sobre partes sustanciales del mercado en el que prestan sus servicios, que pueda crear situaciones dominantes por parte de las Empresas integradas en las mismas".

La difícil redacción del último inciso del precepto suscita dudas interpretativas. A primera vista no se percibe el sentido de la diferencia, o relación de causalidad que la norma aparentemente establece, entre que la conferencia "pueda suponer la eliminación de la competencia sobre partes sustanciales del mercado" y que "pueda crear situaciones dominantes", concepto éste más amplio, y que englobaría al anterior, porque la posición de dominio no exige la eliminación de la competencia mientras que la inexistencia de competencia siempre genera una posición de dominio. Quizá deba entenderse que son dos requisitos los que la norma contempla: que el acuerdo no cree una situación dominante general para todo el tráfico conferenciado y, además, que aun no originándose tal situación, no se elimine la competencia en tráficos o líneas singulares de los integrados en la conferencia.

En cualquier caso, se considere que el precepto en cuestión contiene uno o dos requisitos, la necesidad de que subsista cierta competencia externa es una exigencia básica para la exención -"en ningún caso" puede faltar, insiste el Art. 84.2- y que no admite gradaciones: existe en medida suficiente o no existe. Para decidirlo en este caso hay que precisar el mercado relevante.

3. El mercado existe por la concurrencia simultánea de la oferta y la demanda de un producto en un espacio geográfico.

3.1. El mercado de producto viene definido por el servicio que Intercan ofrece: transporte de mercancías de carga general. Se excluye el transporte de pasajeros -que Intercan no realiza- y el de mercancías específicas que necesitan buques especiales -los buques de Intercan ofertan sólo carga general-.

La Resolución de 1 de marzo de 1991 exige, asimismo, que el transporte se realice a través de líneas regulares (FD 12). En el mismo sentido se pronuncian los oponentes a la concesión de la autorización. La precisión puede admitirse porque el tráfico ocasional no representa una opción a las líneas regulares en la que puedan confiar los usuarios para planificar sus transportes. El tráfico tramp queda excluido. Mas dudoso es si por líneas regulares deben entenderse únicamente las autorizadas o también las de hecho. Intercan ha afirmado (AH 11) que hay navieras -cita a Contenemar y Naviera Pinillos S.A.- que ofertan servicios de línea regular en el tráfico interinsular sin estar autorizadas. Con independencia de que se estime probada la afirmación de Intercan, para la delimitación del mercado relevante debe incluirse todo el tráfico regular que, de hecho, se ofrece a los cargadores. Las líneas regulares son, por tanto, todas las que en la realidad existen como tales. Aunque no cuenten con autorización de Marina Mercante.

- 3.2. El mercado geográfico viene delimitado, en una primera aproximación, por el archipiélago canario, que es donde Intercan navega. Pero el tráfico interinsular no es abierto: cada línea regular necesita autorización de Marina Mercante, autorizaciones que suelen precisar los puertos que la línea comprende, los buques que pueden utilizarse y las frecuencias de sus viajes. Como además son líneas que comunican islas, cada una presta un servicio individualizado e insustituible para el usuario -su específica necesidad de transporte no la satisface otra línea- por lo que cada una de las consorciadas constituye un mercado. Acaso en algún supuesto, y dado que la conferencia cubre también el transporte terrestre desde y hasta el interior de las islas -AH 1.1- podría sostenerse la equivalencia entre algunas líneas, lo que ocurriría cuando al cargador, contando con el complemento del transporte por tierra, le sea indiferente utilizar una u otra línea. Todo ello obligaría a examinar individualmente las líneas consorciadas y ver en qué medida son sustitutivas o equivalentes entre sí desde el punto de vista de los usuarios. Pero como no se han aportado suficientes datos al expediente para realizar este estudio y, por otra parte, la concepción de Intercan se basa en la consideración del tráfico interinsular canario como un todo, puede considerarse que el mercado geográfico es el archipiélago Canario.
4. La decisión de si Intercan ostenta o no una posición de dominio en el mercado así definido debe tomarse a la vista de los diversos factores que son índice de su existencia.

- 4.1. La Ley 16/1989 establece como regla general la prohibición de los acuerdos colusorios: quien pretenda una excepción debe probar los hechos constitutivos de las razones que la justifican (Art. 13 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero). Por ello el Tribunal solicitó de Intercan que indicara los tráficos coincidentes con sus líneas. De las tres navieras que según Intercan explotaban líneas coincidentes, una manifiesta que no se dedica al transporte de mercancías y otra que sólo tiene dos líneas de pasajeros y mercancías no coincidentes con el tráfico de mercancías de Intercan (AH 6). La tercera -Agrupación Marítima S.A.- según la información de Marina Mercante está autorizada para el tráfico interinsular con el trayecto "Las Palmas - Tenerife y demás puertos canarios".

De estos datos resultaría que el cártel sólo encuentra competencia, en línea regular, de otra naviera, cuya cuota de mercado no ha llegado a cuantificarse.

- 4.2. La Junta del puerto de La Luz y Las Palmas, ha facilitado -a instancia de la Cámara de Las Palmas- un listado de mercancías "facturadas entre islas" en los años 1988 a 1991 y correspondientes a tres puertos: La Luz y Las Palmas, del Rosario y Arrecife (AH 9). Intercan ha añadido otro listado similar, que dice proceder de la Sociedad Portuaria de Las Palmas, para el puerto de La Luz y Las Palmas en 1992 (AH 11).

De ellos resulta -según Intercan- que para 1991, año en que empezó a funcionar el cártel, las mercancías entradas y salidas del puerto de La Luz suman 1.672.395 Tm.; si de ellas se deducen 366.816 Tm. que corresponden a gas/fuel y cemento/asfalto, mercancías que Intercan no transporta, queda 1.305.579 Tm. De ellas han sido transportadas por buques de Intercan 737.016. Lo que representa el 56'45 % sobre el resto de mercancías.

Para 1992 las cifras son: total de mercancías entradas y salidas 2.472.910 Tm.; gas/fuel y cemento/asfalto, 1.147.693 Tm.; quedan 1.325.217 Tm. De ellas han sido transportadas por buques de Intercan 842.142 Tm., lo que representa el 63'55%.

La Cámara de Las Palmas observa la insuficiencia de la prueba aportada -prueba que correspondía hacer a Intercan- al no estudiarse cada línea y al omitirse los demás puertos que enlaza el cártel; y, además, considera incorrecta la interpretación que de las cifras anteriores realiza Intercan. Porque las mercancías que aparecen en los listados no son exclusivamente las que corresponden al tráfico

interinsular. La lista se ha elaborado atendiendo al puerto inmediato del que procede el buque y no al origen de la carga, con lo que se incluyen en la lista mercancías descargadas por buques procedentes del exterior que, en su derrota, hacen escala en varios puertos canarios, y desembarcan en cada uno, parcialmente, la carga inicial: el buque viene de otra isla, pero la mercancía no. El flete se contrata por el exportador desde el origen inicial para toda la carga y queda fuera del mercado en el que oferta Intercan. Descontando las que, a su juicio, están en este caso por haber sido descargadas por buques que operan en líneas extrainsulares, el porcentaje de las mercancías transportadas por Intercan respecto del total de tráfico interinsular (para el puerto de La Luz y Las Palmas) es del 85'5%.

Con el mismo método de interpretación de los datos, el porcentaje de Intercan para el puerto de Arrecife es del 88'13% y para el puerto del Rosario del 95'9%.

Intercan no ha hecho referencia a estos dos últimos puertos que aparecen en el listado y no comenta los cálculos de la Cámara. Únicamente afirma en su último escrito (AH 11) que hay navieras que dentro de una línea procedente del exterior tocan sucesivamente en puertos canarios, que no están autorizadas para embarcar mercancía de uno a otro, y que, sin embargo, lo hacen. Aporta dos recortes de prensa, que dice corresponder al periódico Las Provincias de 20 y 23 de mayo de 1993, en los que aparecen dos anuncios de Contenemar y Naviera Pinillos S.A. y sugiere que el Tribunal investigue estos hechos.

El Tribunal entiende que la prueba aportada -los recortes de prensa- no es suficiente para probar que las dos navieras que en ellos aparecen realizan un tráfico ilegal o no autorizado de línea regular en competencia con el cártel; y no puede aceptar la petición de investigar estos hechos que Intercan formula al término de un expediente en el que ha tenido sobradas ocasiones de hacer esta alegación y proponer su prueba (AH 4, 6, 7, 10 y 11).

En suma, Intercan tiene, como mínimo, el 56'65% (1991) y el 63'55% (1992) del tráfico interinsular del Puerto de La Luz y Las Palmas, el cual parece representar alrededor de la mitad de todo el interinsular canario. No se ha llegado a precisar cual es la parte del tráfico restante -que no realiza Intercan- que corresponde a Agrupación Marítima S.A., única naviera que mantiene líneas regulares; pero observando los buques que aparecen en los listados aportados puede afirmarse que no es todo él. Por lo que la participación de Intercan en el mercado antes definido -de líneas regulares- es superior a la que representan los porcentajes reseñados.

- 4.3. La posesión de un porcentaje relevante del mercado es un indicio, o si se quiere, condición necesaria para la existencia de posición de dominio. Porque lo que caracteriza a esta situación es que otorga la posibilidad de una actuación independiente frente a los demás operadores: quien la posee puede elevar significativamente el precio o endurecer las propias condiciones sin que como consecuencia se produzca una desviación de clientela hacia los competidores.

Hay indicios de que Intercan actúa de esta forma. Cuando se le preguntó por las tarifas, cuotas de mercado y otras circunstancias de sus competidores, respondió que lo ignoraba; esto es, decide su política económica, y la ejecuta, con plena independencia, sin tener en cuenta la conducta de los demás. Y razona su elevación de tarifas aludiendo exclusivamente al incremento de sus costes y del IPC.

Cabe observar, por último, que la posición de dominio de Intercan es una consecuencia lógica de la voluntad totalitaria con que se concibió el cártel: Marina Mercante impulsa "la asociación de las empresas con presencia en las líneas regulares interinsulares de Canarias de forma que el proceso de racionalización sea global y no se lleve a cabo por unas entidades en perjuicio de las otras" (AH 1.3).

- 4.4. En conclusión, cabe afirmar que en relación al tráfico interinsular canario Intercan tiene posición de dominio; y que Intercan no ha demostrado, tampoco, respecto de cada línea consorciada, que subsista una competencia suficiente. Intercan no cumple con el Art. 84.2 de la Ley de Puertos y no puede por tanto considerarse exenta por aplicación del Art. 2.1 de la Ley 16/1989.

La falta de exención legal no impediría la autorización por el Art. 3 de la Ley 16/1989, bien por el párrafo 1 o por el párrafo 2.

5. El Art. 3.1. Entiende, sin embargo, el Tribunal, que en este caso la misma razón que excluye la exención, prohíbe también la autorización por el párrafo 1 del Art. 3 de la Ley 16/1989. No se cumple el requisito de su letra c.: que los acuerdos "no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados". Los acuerdos han eliminado la competencia que existía entre sus miembros en los trayectos coincidentes, integran en el cártel a los no coincidentes y exigen la renuncia de los contratantes al establecimiento de nuevas líneas, cuestión que se decidirá por y para el cártel (AH 1.1).

La falta de este requisito dispensa de seguir adelante y examinar, a efectos del Art. 3.1, los beneficios que produce, según Intercan, la conferencia.

Ha objetado Intercan que la Resolución de 1 de marzo de 1991 ha autorizado una conferencia -Copecan- de características similares a las de Intercan porque acepta las conferencias, aunque creen una posición de dominio, siempre que cumplan los cuatro requisitos que especifica y que Intercan reúne. Esta es también la opinión del Servicio, añade, que por ello informó favorablemente la solicitud (AH 3) y de las diversas organizaciones de usuarios que se han manifestado en el mismo sentido (AH 5).

Pero es de considerar, entiende el Tribunal, que la autorización de Copecan se concedió al amparo del Art. 4.1 de la anterior Ley 110/1963, no coincidente con el Art. 3.1 de la Ley 16/1989; que la Resolución citada no implica una aprobación indiscriminada de las conferencias y consorcios, sino que se dictó a la vista de las circunstancias del caso concreto (FD 6) y que la situación que originó Copecan es distinta de la que crea Intercan.

6. El Art. 3.2 letras b y c. El párrafo 2 del Art. 3. enumera taxativamente -no tiene cláusula general- cuatro supuestos específicos cuya concurrencia permite autorizar los acuerdos si, además, "se encuentran justificados por la situación económica general y el interés público". Aparte de estos dos requisitos no se precisan otros. Los supuestos de las letras a. y d. -defensa de las exportaciones y escasa importancia del acuerdo- no tienen aplicación. Se han alegado los otros dos.

- 6.1. El informe de Marina Mercante (AH 1.3) en el que Intercan fundamenta su solicitud, afirma el interés vital del tráfico interinsular para Canarias, pero no razona por qué este tráfico ha de estar mejor servido en régimen de cártel que en régimen de libre competencia. Sólo dice que "las actuales necesidades y exigencias operativas del tráfico marítimo, que conllevan un proceso de racionalización del mismo por medio de la adecuada regulación de la oferta y la demanda, así como una disminución de los costes de la operación "son las circunstancias que justifican la creación de Intercan. Parece pues que alude a la causa de la letra b. del Art. 3.2: acuerdos que "tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifiesta en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico".

Intercan indica que en 1990 se ocuparon el 58% de los metros lineales ofertados por sus barcos; pero al tiempo ha señalado como índice del buen funcionamiento del consorcio el que ha aumentado la capacidad de transporte ofertada de 49.920 a 52.180 metros lineales. Y se inclina (AH 11.1) por estimar que es la letra c. del Art. 3.2 el supuesto que permite conceder la autorización: acuerdos que "produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos". El sector deprimido serían las navieras consorciadas.

- 6.2. La Cámara ha objetado que Intercan no ha probado la situación económica financiera de las navieras antes de los acuerdos, ni los efectos que la supresión de la competencia y aumento de tarifas ha producido en ellas. Y que si no se ha demostrado la existencia de ninguno de los supuestos del Art. 3.2 es porque no existen. El interés público de Canarias -cree- es que el transporte interinsular sea barato y eficiente, lo que a su parecer se conseguía mejor con la competencia existente antes de Intercan, a pesar de la doble barrera que protege a las navieras ya presentes en este mercado, que con la cartelización de su actividad que las permite obtener unas rentas monopólicas a costa de los cargadores canarios. El cártel ha elevado las tarifas -13'5%- y no ha supuesto ni una ampliación ni una mejora del servicio; incluso ha reducido las salidas y abandonado las líneas Gomera - Tenerife y Gomera - Valverde. Por ello pide que no se autorice la cartelización, que se permita que el mercado resuelva -al menos como lo venía haciendo- los problemas del tráfico interinsular canario y que, además, el Tribunal proponga al Gobierno la instauración de la máxima libertad posible.
- 6.3. El Tribunal entiende probado, a la vista de las líneas consorciadas (Art. 1.2) y de las certificaciones de Marina Mercante aportadas al expediente (AH 10), que Intercan no ha supuesto una ampliación de las líneas interinsulares, quizá como consecuencia de que el cártel se crea para optimizar la explotación de las ya existentes y no para ampliarlas. Y no consta que después de constituido el consorcio se le hayan autorizado líneas nuevas. Las comunicaciones de interés público entre las islas están aseguradas, al margen del cártel y sean o no rentables, por el contrato en vigor entre Transmediterránea y el Estado. El cártel no es condición para su pervivencia.

En cambio la prueba incorporada al expediente no demuestra un peor funcionamiento del servicio después de cartelizado; aunque la discusión en general sobre los beneficios que puede reportar Intercan a los diversos intereses implicados, en cuanto no se refieran expresamente a alguna de las dos causas invocadas y ahora en examen, -las de las letras b. y c. del Art. 3.2- no es procedente porque antes tiene que haberse cumplido el requisito más específico que cada letra exige, cuya ausencia impide sin más conceder la autorización y que Intercan no ha probado que concurren. Lo mismo que la inexistencia de una competencia externa suficiente ha hecho inviable, al examinar la posible autorización por el párrafo 1 del Art. 3, valorar las ventajas que el consorcio pueda suponer.

7. En conclusión, el Tribunal estima que no puede concederse la autorización solicitada al no haberse acreditado por las solicitantes la concurrencia de alguno de los supuestos -Art. 3.1 y 2- que la harían factible.
8. Intercan -conferencia y consorcio- está funcionando en la actualidad. La liquidación de la organización creada y de las relaciones establecidas entre las partes precisan de un cierto lapso de tiempo; demora que resulta compatible con el interés de los usuarios al pleno restablecimiento de la competencia si se autoriza a los miembros de Intercan para que continúen actuando concertadamente, en la forma prevista en los dos convenios, hasta el 31 de diciembre de 1993, con la salvedad de que cualquiera de ellos puede desde ahora actuar independientemente sin que ello suponga infracción contractual. En todo caso, a partir del 31 de diciembre de 1993, deberán cesar en toda actividad concertada al amparo de los dos convenios, y actuar como empresarios independientes, de acuerdo con las normas ordinarias de la Ley 16/1989. Si desobedecieren la intimación a cesar en las prácticas no autorizadas, incurrirían en las sanciones del Art. 10 de la Ley 16/1989, según preve el Art. 46.3 de la misma.
9. La posibilidad que el Art. 2.2 de la Ley 16/1989 concede al Tribunal de formular al Gobierno propuestas de modificaciones legales, es exclusivamente una facultad del Tribunal cuyo ejercicio queda reservado a su discrecionalidad. Si el Tribunal estima conveniente, más adelante, hacer alguna propuesta en el sentido interesado por la Cámara de Las Palmas, lo pondrían en su conocimiento.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Desestimar la solicitud formulada por la Compañía Transmediterránea S.A., Antonio Armas Curbelo S.A. y Naviera Jarugo S.A. -esta última como subrogada de Líneas Marítimas Hespérides S.A.- en petición de una autorización singular para los estatutos de la conferencia marítima denominada Intercan, firmados el 19 de julio de 1989, y para un acuerdo de servicios consorciados, complementario de la conferencia, cuya redacción última es de 1 de febrero de 1993.
2. Intimar a las compañías interesadas el cese, a partir del 31 de diciembre de 1993, de las actividades que vienen realizando en cumplimiento de los anteriores convenios. Desde esta fecha deberán actuar como empresarios independientes con plena sujeción a las normas de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En el lapso de tiempo que media hasta el

31 de diciembre de 1993, y para facilitar la liquidación de la situación creada, podrán continuar desarrollando su actividad conjuntamente, según lo pactado en los convenios. Pero sin perjuicio de que la inobservancia de las normas en ellos establecidas, en cuanto signifique un adelanto del cumplimiento de la orden del Tribunal, sea posible y lícita para cada una de las navieras interesadas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.