

## **RESOLUCIÓN (Exp. R 513/02, IBERIA)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal  
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 20 de enero de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 513/02, (2198/00 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 19 de febrero de 2002, por el que se sobreescribía parcialmente el expediente iniciado por la denuncia formulada por SPANAIR S.A. contra IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A., por diversas prácticas supuestamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 1 de septiembre de 2000 tuvo entrada en el Servicio escrito de denuncia de D. Jaime Pérez-Bustamante Köster, actuando en representación de la mercantil SPANAIR S.A. (en adelante, SPANAIR) contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. (en adelante IB) por supuestas infracciones de la LDC, consistentes en los acuerdos restrictivos de la competencia firmados entre IBERIA y AIR NOSTRUM, Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A. (en adelante AN) e IBERIA y AIR EUROPA S.A. (en adelante AE), los descuentos a las agencias de viajes realizados a través de VIVA TOURS, el intento de veto a la entrada de nuevos accionistas en

BINTER CANARIAS y la inducción a la infracción contractual a 25 pilotos de SPANAIR para su incorporación a IB.

2. En el escrito de denuncia el representante de SPANAIR hace referencia a varios hechos presuntamente restrictivos de la competencia, estos hechos son los siguientes:

2.1 La suscripción de un acuerdo entre IB y AN en 1998 (sic), en virtud del cual:

- AN opera la totalidad de sus vuelos con el código de IB.
- Las dos compañías coordinan los servicios accesorios al transporte aéreo.
- Las compañías adoptan una imagen corporativa conjunta.

En opinión del denunciante, mediante dicho acuerdo las compañías abandonan su autonomía de comportamiento en el mercado para actuar de forma coordinada, lo que constituiría no sólo una infracción del artículo 1 de la LDC, sino un abuso de posición dominante por parte de IB que incrementa su número de derechos de aterrizaje (frangas horarias), elimina la presión competitiva de AN, obstaculiza el crecimiento de Spanair y refuerza su posición dominante.

2.2 La suscripción de un acuerdo entre IB y AE por el cual esta última compañía se compromete a abandonar determinadas rutas en las que venía operando, cediendo a IB los correspondientes derechos de aterrizaje y las aeronaves con los que realizaba dichos vuelos.

Manifiesta el denunciante que, al igual que en el acuerdo anterior, se produce una infracción del artículo 1 de la LDC y un abuso de posición dominante de IB.

2.3 La entrada de IB en el mercado de venta de billetes a través de Viva Tours, ofreciendo descuentos a las agencias con el fin de aumentar sus ventas y mantener su posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios de transporte aéreo.

El haber recurrido IB a la entrada en un mercado descendente de aquél en el que disfruta de una posición dominante constituye, en opinión del denunciante, una infracción del artículo 6 de la LDC.

- 2.4. La publicación, por parte de IBERIA, el 2 de julio de 1999, en diversos medios de comunicación, de un anuncio de selección de pilotos que tuviesen acreditado un mínimo de 1.500 horas de vuelo. Varios pilotos y copilotos de SPANAIR concurren a las pruebas de selección e IBERIA contrató a 25 de ellos que le comunicaron a SPANAIR que abandonaban la compañía para incorporarse a IBERIA, incumpliendo el plazo de preaviso previsto en el Convenio Colectivo.
3. Por Providencia del Instructor del expediente en el Servicio, de 1 de marzo de 2001, se declararon confidenciales, al amparo de lo dispuesto en el art. 53 de la Ley de Defensa de la Competencia y a solicitud de la denunciada, los siguientes documentos:
- Alegaciones al escrito de denuncia, de las que se ha aportado un documento censurado.
  - Acuerdo de franquicia IB/AN.
  - Pasajeros transportados por Air Nostrum.
  - Acuerdo de intenciones en relación con Binter Canarias de octubre de 1997.
4. Con fecha 16 de marzo de 2001 tuvo entrada en el Tribunal escrito de SPANAIR recurriendo esa Providencia de declaración de confidencialidad.
5. Con fecha 11 de julio de 2001 el Tribunal emitió Resolución a este recurso (r 476/01 v).

En el FD. 3 de dicha Resolución se señalaba:

*Por lo que se refiere ya al fondo del asunto, la Providencia del Instructor impugnada tampoco produce indefensión toda vez que el correspondiente expediente sancionador se halla en una etapa inicial, pues no se ha formulado todavía el pliego de concreción de hechos, ni tampoco se ha producido el sobreseimiento, de manera que no se puede hablar todavía con propiedad de la existencia de pruebas de cargo o exculpación ocultas ni, por tanto, se produce ningún tipo de indefensión ni a la denunciante ni a las denunciadas.*

En consecuencia, se desestimaba el Recurso.

6. Con fecha 19 de febrero de 2002 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia firmó el Acuerdo de sobreseimiento parcial del

expediente nº 2198/00, en lo relativo a:

- la supuesta infracción de los arts. 1 y 6 de la LDC, por IB y AN, debido a la suscripción de un acuerdo de franquicia entre ambas compañías.
- La supuesta infracción del art. 7 de la LDC por IB por inducir a 25 pilotos de SPANAIR, a infringir la relación contractual que tenían con esta compañía.

El expediente se continuó tramitando con el fin de analizar las posibles infracciones de la LDC existentes en lo relativo a las denuncias reseñadas en los AH 2.2 y 2.3.

En dicho acuerdo de sobreseimiento se argumentaba:

El sobreseimiento parcial relativo a los acuerdos entre IB y AN se justifica por las siguientes razones:

- 6.1 El acuerdo no puede ser considerado como un acuerdo entre competidores reales o potenciales dadas las diferentes características de ambas compañías; no tiene, por tanto, el objeto de restringir la competencia. En concreto:
    - 6.1.1 IB es un operador de red, AN un operador regional
    - 6.1.2 IB opera en los mercados europeo, transoceánico e interno de alta densidad; AN en rutas cortas y con baja densidad de pasajeros
    - 6.1.3 Todos los aviones de IB superan las 110 plazas, todos los de AN tienen capacidad inferior a 70 plazas
  - 6.2 Las características del acuerdo muestran que no ha producido el efecto de restringir o falsear la competencia. Esto es debido a que SPANAIR no ha abandonado ninguna ruta y que no existen datos en el expediente de los que pueda colegirse que SPANAIR o AIR EUROPA pretendieran actuar en diversas rutas y se hayan visto obstaculizadas en esta pretensión por la existencia del Acuerdo.
  - 6.3 No existen precedentes comunitarios en los que un acuerdo de este tipo haya sido considerado restrictivo.
7. Con fecha 6 de marzo de 2002, D. Jaime Pérez-Bustamante Köster, en representación de SPANAIR S.A., presentó recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal).

8. Con fecha 8 de marzo de 2002, el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, solicitó del Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas hasta la fecha.
9. Con fecha 15 de marzo de 2002, tuvo entrada en el Tribunal el informe del Servicio mencionado en el punto anterior.
10. De acuerdo con el art. 48.3 LDC, el Tribunal, con fecha 1 de abril de 2002, ordenó la puesta de manifiesto del expediente a los interesados y abrió el plazo de alegaciones.
11. Con fecha 12 de abril de 2002 tuvo entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de SPANAIR.
12. Con fecha 22 de abril de 2002 tuvo entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de IBERIA.
13. Con fecha 26 de abril de 2002 tuvo entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de AN.
14. Con fecha 5 de diciembre de 2002, tras consultar a las partes, el Tribunal levantó la confidencialidad de los folios 420 a 422 del expediente del Servicio relativos a las razones técnicas que, según alegaciones de AIR NOSTRUM, justifican la coincidencia de ciertos vuelos internos de esta compañía con los de IBERIA.
15. En sus diversos escritos ante el Tribunal, y en relación con el Acuerdo IB/AN, SPANAIR, en sustancia, alega:

15.1 El acuerdo sí tiene por objeto restringir la competencia.

15.1.1 El acuerdo sí tiene efectos sobre la competencia ya que IBERIA y AIR NOSTRUM eran competidoras y dejan de serlo. Eran competidoras en la medida en que existía un solapamiento en 11 rutas (10 según el Servicio) en las que las dos compañías competían y han dejado de hacerlo. Las razones del Servicio por las que ese solapamiento no suponía competencia son espúrias.

15.1.2 El acuerdo ha afectado a la competencia con independencia de la afirmación del Servicio de que no ha supuesto ningún perjuicio para Spanair. De resultas de él, IBERIA ha incrementado

notablemente la posición de dominio que ya tenía y que el Servicio hubiera podido investigar fácilmente solicitando los datos de AENA relativos a vuelos en los aeropuertos españoles.

15.2 Sí existen precedentes comunitarios en la materia ya que el acuerdo de franquicia suscrito entre ALITALIA y MINERVA fue sometido a la Autoridad Garante de la Competencia la que, tras llegar a la conclusión de que el acuerdo restringía la competencia, lo autorizó, en razón de sus consecuencias ventajosas, por un máximo de tres años. SPANAIR opina, contrariamente a lo que manifiesta el Servicio, que ese acuerdo es esencialmente similar al que se analiza en el caso presente.

SPANAIR acepta, no obstante, el sobreesimiento del cargo relativo a la inducción a la infracción contractual de los 25 pilotos de SPANAIR contratados por IBERIA (página 2 de su escrito de 6 de marzo de 2002).

16. El Servicio, en su escrito de 13 de marzo de 2002, explica la fuente utilizada para sus cálculos de solapamiento de líneas e insiste en que SPANAIR no se ha visto perjudicada por el acuerdo en la medida en que AN no participa en la asignación prioritaria de franjas horarias, a través de los denominados fondos de reserva. Señala, además, el Servicio que diversas compañías aéreas, entre ellas la propia recurrente, han devuelto recientemente hasta 150.000 franjas horarias, devolución que ha afectado principalmente a los aeropuertos de Madrid, Barcelona y Palma de Mallorca.

17. IBERIA, en su escrito de 22 de abril de 2002, efectúa las siguientes alegaciones:

17.1 La franquicia aérea constituye una modalidad específica dentro de los contratos de franquicia que, a su vez, no se considera restrictiva de la competencia, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Pronuptia*. Tanto las autoridades americanas como la Comisión Europea han reconocido esa realidad.

17.2 El mercado de referencia es el de la aviación regional donde, salvo ciertos casos explicables por razones históricas o técnicas, IBERIA no vuela. AN es, y ha sido siempre, un operador regional. Las características de rentabilidad son completamente distintas para los aviones de capacidad superior o inferior a 100 pasajeros.

18. AN, en su escrito de 26 de abril de 2002, efectúa, en esencia, las siguientes alegaciones:

18.1 El acuerdo de franquicia se adapta plenamente al modelo existente en los países de nuestro entorno. En concreto, los acuerdos de franquicia operativos en el momento de elaborarse el escrito eran:

- British Airways con las compañías regionales: City Flyers Express, Maersk Air, Brimon, Loganair, British Regional Airlines, GB Airways, Iritis Mediterranean, Sunair, Comair y Base Airlines;
- Air France con Jersey European Airways, City Jet, Gill Airways, Britair y Proteus Airlines;
- Alitalia con Minerva Airlines y Azzurra Air;
- Sabena con Schreiner;
- Lufthansa con Augsburg Airways y Rheintalflug;
- Iberia con Air Nostrum
- Braathens con Norwegian Air Shuttle
- SAS con Skyways y SAS Commuter; y
- KLM con Wurowings, KLM Alps y KLM Excel.

18.2 Existe una diferencia entre las grandes compañías aéreas y las compañías regionales; esa diferencia se produce como consecuencia de los enlaces que sirven (alta o baja densidad, puntas y valles en los enlaces de alta densidad) y del tipo de aviones utilizados (aparatos entre 19 y 70 plazas para los vuelos regionales; superiores a 100 plazas para las grandes compañías). IB no operaba, u operaba deficientemente, esas rutas (pg.61). Aun si hubiera existido relación de competencia previa entre IB y AN, el acuerdo entre ambas compañías no tenía por objeto ni produjo el efecto de restringir la competencia, sino hacer frente a la situación creada por el cese de operaciones de la deficitaria filial de IB, AVIACO. La misma SPANAIR ha concluido acuerdos de este tipo con LUFTHANSA.

La Comisión Europea, en su decisión KLM/ALITALIA, de 11 de agosto de 1999, trató un asunto similar, diferenciando claramente las grandes rutas de los servicios regionales de esas dos compañías

18.3 En cuanto a la posición concreta de AN en relación con el grupo IBERIA, la primera compañía arguye:

18.3.1 Air Nostrum se posiciona como operador de vuelos

regulares regionales asociado a Iberia, para lo cual sirve una red determinada de destinos, frecuencias y horarios complementaria a la de Iberia.

18.3.2 Air Nostrum opera toda la red de sus vuelos nacionales e internacionales como parte de la red de Iberia haciendo uso de los signos distintivos de Iberia (marca, logos) y con el apoyo logístico y comercial de la red de Iberia (los servicios de Air Nostrum se presentan al público como “Iberia Regional” operado por Air Nostrum).

18.3.3 Los vuelos de Air Nostrum se realizan bajo el código de Iberia (IB). Ahora bien, con independencia de este hecho, Air Nostrum es titular de todos los permisos correspondientes de sus vuelos.

18.3.4 El acuerdo no condiciona la libertad de Air Nostrum de determinar autónomamente su política empresarial (capacidad, inversiones, fijación de precios, etc).

18.3.5 Cada parte asume el riesgo de sus propios vuelos (no se comparten ingresos ni gastos), tal y como expone la propia recurrente cuando transcribe en su recurso el apartado 3 del folleto correspondiente a la OPV de Iberia del pasado año en donde se expone que AN *“asume el riesgo económico de sus operaciones”*. De hecho, la propia Spanair en su recurso reconoce posteriormente que *“AN decide sus inversiones, las acomete en solitario y corre el riesgo de explotación de las rutas que opera “*

18.3.6 Los horarios de los vuelos de Air Nostrum son programados conjuntamente con Iberia al objeto de garantizar uno de los elementos clave del acuerdo: la interconexión de las redes de ambas compañías.

18.3.7 En contraprestación al apoyo logístico y de imagen que recibe, Air Nostrum remunera a Iberia con el abono de una comisión de franquicia calculada sobre los ingresos que recibe por la venta de sus billetes.

18.3.8 El acuerdo fue suscrito por una duración inicial de cinco



años, prorrogable automáticamente por períodos de tres años y rescindible por denuncia de cualquiera de las partes.

- 18.4 AN no es nuevo entrante a efectos de la concesión de derechos de aterrizaje; además SPANAIR utiliza ahora menos derechos de aterrizaje que antes, por lo que no tiene sentido que pretenda que se ha producido una restricción de la competencia por la vía de las barreras de entrada que pudieran suponer tales derechos.
19. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 9 de enero de 2003.
20. Son interesados:
- IBERIA, Líneas Aéreas de España S.A.
  - SPANAIR S.A.
  - AIR NOSTRUM, Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Dado que SPANAIR no cuestiona la decisión del Servicio de sobreseer la denuncia relativa a la inducción a que 25 pilotos infringieran su relación contractual con SPANAIR (A.H 2.4.), el único aspecto sobre el que debe pronunciarse el Tribunal en este recurso es el relativo a si el Servicio tomó la decisión adecuada al sobreseer la denuncia en lo relativo al Acuerdo IB/AN de 10 de julio de 1997.

No existe discrepancia respecto a los datos fundamentales del Acuerdo, por lo que el asunto fundamental que debe dilucidarse es el de si ese Acuerdo, con las características detalladas en los AH 2.1 y 18.3, constituye una actuación contraria al art. 1 LDC. Para definirse sobre ese problema, el Tribunal debe plantearse dos preguntas fundamentales:

¿Existe una categoría de acuerdos entre líneas aéreas que no son habitualmente considerados contrarios a la prohibición de acuerdos anticompetitivos?

De existir tal categoría: ¿Puede incluirse en ella el Acuerdo que se analiza en el expediente?

- 1.1 Respecto a la primera cuestión hay que señalar que, aunque no siempre aparece claramente diferenciado en el expediente, existe una distinción conceptual entre los acuerdos de compartir código y los de franquicia, constituyendo estos últimos un subconjunto de los primeros. En concreto, M<sup>a</sup> Victoria Petit Lavall, en el libro “Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo”, pág. 886 del Expte. del Servicio, señala:

*Una forma más sofisticada de code-sharing es la franquicia. Los Acuerdos de franquicia son al mismo tiempo una forma integrada de acuerdos de utilización de códigos compartidos y una forma moderna de fletamento. Incluso puede afirmarse que constituyen un code-sharing caracterizado por un grado más estrecho de cooperación entre las compañías aéreas.*

*Son acuerdos entre pequeñas y grandes compañías por los cuales las pequeñas compañías aéreas pagan por los signos distintivos (marca y nombre comercial) y el know how de una compañía grande al utilizar sus elementos de identidad comercial: código, uniformes, decoración de cabinas, mostradores de venta; etc. y, en consecuencia, se benefician de la imagen de la gran compañía. La compañía aérea franquiciadora otorga a la franquiciada el derecho a realizar los vuelos en su nombre (bajo su código de identificación) y siguiendo su estilo, esto es, con cesión de su know-how y de su asistencia comercial y técnica. De este modo, constituyen acuerdos de code-sharing aunque caracterizados por un grado de cooperación más estrecho. Pero, la compañía franquiciada asume el riesgo de la explotación, lo que le diferencia del fletante.*

- 1.2 Por otro lado, existen, tal y como pone de manifiesto AN, un considerable número de acuerdos de franquicia o de código compartido, ampliamente documentados en el expediente (págs. 783 y siguientes del Servicio) y conocidos por el público especializado, respecto de los cuales las autoridades de competencia no han manifestado su oposición.

En este sentido puede citarse la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de septiembre de 1997, ante la notificación de la aerolínea neerlandesa KLM de su intención de adquirir control de la británica Air UK. En los párrafos 29, 30 y 31 de dicha decisión (pág. 1018 del expte. del Servicio) la Comisión constata

la existencia previa de diversos acuerdos, incluido el de compartir códigos, entre ambas compañías, sin que decida iniciar procedimiento sancionador por ellos.

*Tal y como se ha señalado anteriormente, antes de la presente operación KLM ejercía de facto un control conjunto sobre AIR UK que se remonta a 1988. Desde ese momento la relación comercial y de coordinación, que paulatinamente se ha constituido entre ambas empresas ha resultado en una integración operativa y comercial (códigos compartidos, programas de pasajero habitual, apoyo a las ventas y a los servicios, sistema de contabilización de los ingresos y utilización conjunta de los billetes de KLM). Como se ha señalado, esta relación se explica en gran medida por la función de alimentación al sistema de KLM que ejerce AIR UK quien, a través de su red de vuelos entre las distintas partes del Reino Unido y Amsterdam ha permitido transferir pasajeros a los vuelos de KLM. (traducción no-oficial)*

En su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 1996, la Comisión Europea perfila el sentido habitual del término *uso compartido de códigos*, constata la generalización de esa práctica y se abstiene de tomar medidas frente a las aerolíneas que han incurrido en ella. En concreto el párrafo 5, pág. 832 del expte. del Servicio, de dicha comunicación señala:

*El término “uso compartido de códigos” designa una forma de acuerdo comercial entre dos compañías aéreas según el cual una compañía aérea que presta un determinado servicio autoriza a la otra compañía a que utilice en ese servicio su propio código o un código compartido. A nivel mundial, más del 70% de las alianzas existentes actualmente tienen acuerdos de uso compartido de códigos. Esta práctica, originada en Estados Unidos, se extendió a los enlaces trasatlánticos y, en los últimos años, se ha introducido considerablemente en las rutas intracomunitarias. A principios de 1993, las compañías aéreas que más utilizaban ese sistema de comercialización en proporción a sus actividades eran, de las compañías principales, Sabena y Air France, y, de las compañías regionales, Eurowings (NFD), Maersk UK, Hamburg Airlines y Lauda Air. A principios de 1996, suponían la parte fundamental de sus actividades intracomunitarias. Transwede, Air Dolomiti, Lauda Air, Wurowings, Portugalia y Air UK cooperaban con otras compañías con el sistema de uso compartido de códigos en más del 50% de sus vuelos intracomunitarios (más del 90% en el caso de*

*las tres primeras compañías citadas). Se observa asimismo que, desde 1993, los acuerdos de uso compartido de códigos ya no se limitan a un único socio, al menos en el caso de las principales compañías. Salvo Luxair y Olympie, todas tienen varios socios, según la línea de que se trate. Por último, conviene señalar que el uso compartido de códigos tiende a aumentar en los ejes nacionales y que British Midland ha celebrado acuerdos con varias compañías europeas según las cuales éstas últimas utilizan sus códigos en vuelos nacionales de British Midland que salen de Londres. Además, BA ha creado servicios con código compartido en forma de franquicia con un gran número de compañías.*

Y, posteriormente, concluye:

*Al igual que en el resto del mundo, la práctica del uso compartido de códigos se ha desarrollado considerablemente en el mercado comunitario, hasta el punto de que representa la parte fundamental de la actividad de algunas compañías.*

Consta, por otra parte, en el expte. del Servicio (págs. 1503 a 1519) que la Comisión Europea ha sido notificada por las partes interesadas, y solicitada su aprobación en virtud del art. 85.3 (hoy 81.3) del Tratado Constitutivo, para una serie de acuerdos que reúnen características similares al analizado en el presente caso. A modo de ejemplo, en 1987 las compañías AIR FRANCE (un gran operador internacional) y NFD Luftverkehrs AG (una pequeña compañía alemana) solicitaron aprobación para servir conjuntamente las líneas (secundarias, en cuanto al número de pasajeros) Nüremberg-París, Munich-Lyon y Munich-Marsella; no consta en el expediente que la Comisión se haya pronunciado sobre la aplicabilidad del art. 81 a este caso.

Los diversos foros internacionales que se han pronunciado sobre los efectos de tales acuerdos expresan una aceptación muy cualificada. En este sentido puede considerarse representativa la referencia que aparece en el informe del Grupo de Trabajo sobre propiedad y control de la Conferencia Europea de Aviación Civil (CEAC), documento OWNCO/5 , Apéndice 2 en donde se señala:

*Dado que, por su propia naturaleza, la franquicia implica un elevado nivel de coordinación entre dos aerolíneas independientes puede tener consecuencias para la competencia. Se producirían claras*

*consecuencias para la competencia s, por ejemplo, i un transportista abanderado en la Comunidad tratase de llegar a un acuerdo de franquicia con un rival interno importante, aunque debe mencionarse que nada de este tipo ha ocurrido hasta la fecha. La franquicia podría también afectar a la competencia si el franquiciado, fortalecido por su asociación con un transportista importante (mediante el uso de su nombre comercial, acceso a los programas de pasajero habitual etc.) consiguiera expulsar a otros competidores más débiles de los trayectos que en los que opera o impedir la entrada en ellos.*

*OWNCO ha analizado la situación en los trayectos relevantes antes y después de que los acuerdos de franquicia entraran en vigor (véase los resultados detallados en el Apéndice). El panorama general que emerge no es nítido. El hecho de que las empresas pequeñas operen trayectos utilizando el nombre de las grandes no parece haber tenido, hasta la fecha, un efecto anormal en lo relativo al vigor de la competencia. En algunos trayectos la competencia se ha debilitado pero en otros se ha fortalecido, en particular en aquéllos en que han entrado transportista de bajo coste. Dado que la existencia de un cierto grado de entrada y salida en las rutas constituye un rasgo normal en el devenir de la aviación resulta difícil discernir exactamente los efectos de los acuerdos de franquicia en todos estos acontecimientos. Los transportistas de bajo coste no parecen haber sido obstaculizados por la presencia de rivales de talla similar que utilizan el nombre de una gran empresa, lo que puede deberse al hecho de que la estrategia de dichos transportistas se base en provocar una expansión del mercado y no en capturar cuota de otros participantes. Otras empresas independientes han reaccionado buscando sus propias alianzas con otra aerolínea de primera fila (alianzas que no implican necesariamente la franquicia).*

*Muchas de las rutas operadas por los franquiciados constituyen un mercado demasiado estrecho para que exista competencia. Las franquicias en dichas rutas tratan de utilizar la potencia de la marca de un transportista de primera fila, y la alimentación de pasajeros a través de su red, bien para mantener vivo un servicio que de lo contrario moriría, bien para mantener un nivel de servicio mayor al que sería posible en otras circunstancias.(traducción no-oficial)*

En el Resumen de Trabajos que aparece en la página 801 del expte. del Servicio dicho grupo de trabajo constata:

*El grupo de trabajo de la OWNCO ha realizado un estudio completo de las franquicias en el sector aéreo que se basa en el cuestionario que han cumplimentado los 27 miembros de la Conferencia Europea de la Aviación Civil. De dicho estudio se desprende que el uso de la franquicia, tanto en concepto de franquiciador como de franquiciado, se está extendiendo entre los operadores europeos. La franquicia resulta atractiva para los pequeños transportistas por que les ofrece acceso a la marca comercial de los grandes, sus sistemas de distribución y sus programas de promoción del pasajero habitual. Para las grandes aerolíneas la franquicia ofrece la posibilidad de extender la red a las rutas regionales de menor densidad que no podría servir ella misma de manera rentable. No se han identificado problemas importantes en relación con la competencia. Se analizaron también los efectos de la franquicia sobre la transparencia, nivel de servicio, seguridad, asignación de franjas horarias, responsabilidad de las aerolíneas y obtención de derechos de tráfico. Los Directores Generales de la Conferencia, después de analizar con interés ese informe en diciembre de 1999, decidieron someter a revisión periódica los futuros acontecimientos en el terreno de la franquicia aérea. (traducción no-oficial)*

La OCDE en su documento *Airline Mergers and Alliances*, de 2 de enero de 2000, muestra cierta preocupación por esos acuerdos:

*Los servicios de alimentación al centro son complementarios con los ofrecidos por la aerolínea que opera dicho centro ( en un esquema centro-punto).....Existen estudios que muestran que las aerolíneas ya asentadas cobran más que sus rivales en los trayectos con origen y destino el aeropuerto centro, lo que sugiere que dichas aerolíneas disfrutan de poder de mercado en los trayectos sin escala a dichos centros.*

.....

*Una tercera estrategia consiste en ofrecer servicios complementarios a la aerolínea ya asentada, tales como los servicios radiales. Dadas las ventajas de ofrecerlos coordinadamente con la empresa ya asentada, dichos servicios son prestados habitualmente mediante algún tipo de acuerdo con la empresa asentada; por ejemplo, mediante franquicia. Esa última estrategia, aunque incrementa la gama de servicios disponibles, no supone presiones competitivas sobre la empresa ya*

*asentada.*(traducción no oficial)

El Comisario Canadiense de la Competencia, en su escrito de 22 de octubre de 1999 (pág. 986 del expte. del Servicio), ofrece una visión más positiva y llega a sugerir que el compartir códigos se imponga como obligación a las aerolíneas dominantes:

*El código compartido puede tomar diversas formas y puede formar parte de una alianza más amplia mediante la cuál dos transportistas deciden alinear sus horarios, acceso a las puertas de embarque, niveles de servicios, movimiento de equipajes y programas de pasajero habitual.*

*El código compartido, en su forma más simple, debería constituir una obligación del transportista ya asentado, práctica que constituiría una extensión de los acuerdos de interlínea entre los nuevos entrantes en el mercado y la empresa dominante. Al emitir sus billetes, el nuevo entrante podría añadir su propio código en los vuelos en los que tiene acuerdo de interlínea con el transportista ya asentado.*(traducción no-oficial).

En definitiva, la primera pregunta que se plantea en los comienzos del presente FD debe recibir una respuesta afirmativa. Sí existe una clase de acuerdos entre aerolíneas que no son habitualmente considerados contrarios a la competencia. No obstante, esta no-oposición se formula de forma muy matizada por lo que es necesario analizar con detalle las características concretas de cada uno de ellos con el fin de determinar los posibles elementos favorables y contrarios a la competencia. En el caso presente, el Servicio ha centrado su análisis en la distinta naturaleza de las compañías IB y AN, lo que se manifiesta en la configuración de sus respectivas redes, en el tipo de aviones que utilizan y en la ausencia de solapamiento de las rutas previas al Acuerdo AB/AN.

El Tribunal debe considerar, pues, si el Acuerdo AB/AN puede quedar incluido en la categoría de acuerdos aceptables desde el punto de vista de la competencia, categoría descrita en el presente FD.

## 2. Las características del Acuerdo.

### 2.1 Los firmantes del Acuerdo; el tipo de aerolínea.

La distinción entre aerolíneas regionales y grandes líneas aéreas forma hoy parte del análisis habitual del sector. En su decisión, de 11 de agosto de 1999, sobre el caso M/JV KLM/, la Comisión de las Comunidades Europeas se centra esencialmente en el diseño de la red y en la densidad de los tráficos; en consonancia con esa decisión, el expediente del Servicio atribuye, correctamente en opinión del Tribunal, a las líneas regionales las características de servir trayectos cortos o de baja intensidad, concepto este último que incluye servicios en las grandes líneas troncales realizados durante horas valle. De acuerdo con la diferencia de servicios prestados, suele observarse una diferencia de flota entre ambos tipos de operadores, de forma que las líneas regionales utilizan aviones *pequeños*, más baratos en los trayectos cortos y que permiten efectuar de manera rentable un servicio con un número reducido de pasajeros. La línea divisoria entre *pequeños* y *grandes* suele trazarse en los 100 pasajeros, decisión que parece bien justificada si se tiene en cuenta, no sólo las características de coste de ambos tipos de aparato, sino el hecho de que normalmente suelen ser fabricados por empresas diferentes.

Desde esta perspectiva el Servicio ha identificado, en primer lugar, una diferencia de tamaño entre ambos operadores en lo relativo al número de pasajeros transportados (30 millones transportados por IB en el año 2000; 2,6 millones por AN en el mismo periodo), número de vuelos y cifra de negocios.

Por otra parte, es un hecho no disputado que existe una clara diferencia entre las flotas de IB, cuyos aparatos superan siempre las 110 plazas, y los de AN, todos ellos con capacidad inferior a los 70 pasajeros. En este sentido, el presente caso se separa del precedente Alitalia-Minerva en el que las autoridades italianas consideraron que el acuerdo podía resultar anticompetitivo al existir un considerable solapamiento de flotas. Todo ello ha llevado al Servicio a concluir que IB y AN no son verdaderos competidores lo que justifica la aserción de que el acuerdo firmado entre ambos no debe considerarse un acuerdo restrictivo de la competencia.

## 2.2 El solapamiento de líneas.

No obstante, un aspecto importante para determinar si ambas aerolíneas eran o no competidoras antes del acuerdo IB/ AN es el de dilucidar si existía un solapamiento de rutas previo a la fusión, ya que



la existencia de tal solapamiento, en períodos horarios esencialmente similares, arrojaría serias dudas sobre la afirmación de que ambas sirven mercados diferentes. Es en este punto donde se centran las discrepancias del expediente ya que el Servicio, IB y AN afirman que el solapamiento que se observa es compatible con la diferenciación de funciones entre IB y AN, mientras que SPANAIR rechaza esa compatibilidad. Debe, pues, analizarse con detalle ese aspecto.

## RUTAS INTERNACIONALES

En relación con las rutas de verano (pág. 1227 del expte. del Servicio), se observa que no existe ninguna ruta que fuera operada en 1996 por IB y que haya sido abandonada como consecuencia del Acuerdo IB/AN; por el contrario, existen líneas (Barcelona-Ginebra y Barcelona-Oporto) en las que, antes del acuerdo, no estaba presente ninguna de las dos compañías y, después, estaban presentes ambas. En relación con las rutas de invierno (pág. 1228 del expte. del Servicio), se observa que no existe ninguna ruta que fuera operada en 1996 por IB y que haya sido abandonada como consecuencia del acuerdo IB/AN; por el contrario, existen líneas (de nuevo, Barcelona-Ginebra y Barcelona-Oporto) en las que, antes del Acuerdo, no estaba presente ninguna de las dos compañías y, ahora, están presentes ambas. No puede decirse, pues, que existiera un solapamiento de rutas previo al Acuerdo, situación que resulta coherente con la hipótesis de que ambas líneas no eran competidoras antes de ese Acuerdo.

Sí existe solapamiento, después del acuerdo, en las dos líneas mencionadas; Barcelona-Ginebra y Barcelona-Oporto. IB efectúa 7 vuelos en cada uno de los dos trayectos mencionados, AN siete en el trayecto Barcelona-Ginebra (seis en invierno) y trece (doce en invierno) en el trayecto Barcelona-Oporto. Resulta, por tanto, que el mencionado pacto ha llevado a una creación, no a una desaparición, de líneas en estos trayectos que ahora se solapan, lo que constituye una manifestación concreta del fenómeno más general de que AN ha incrementado notablemente sus servicios en el período analizado.

## RUTAS NACIONALES

En relación con las rutas nacionales, el análisis de los cuadros que aparecen en las págs. 2851 y 2852 del expte. del Servicio muestra que sí existía solapamiento de líneas antes del acuerdo. En particular, en

el trayecto Barcelona-Mahón, IB operaba 38 líneas y AN 11 en el verano del 96, para pasar a operar 35 líneas IB y 3 AN en el verano del 2000; los servicios en invierno eran: 21 IB y 8 AN en el invierno de 1995/96, 21 IB y 2 AN en el invierno 1999/2000; este trayecto es el único en el que se observa una importante reducción (conjunta) de servicios en el período analizado. En el trayecto Madrid-Valencia los servicios en el verano de 1996 eran de 43 vuelos IB y 18 AN para pasar, en el verano 2000, a 39 IB y 42 AN; en invierno los vuelos eran: 43 IB y 28 AN, en la temporada 1996/97, 49 IB y 44 AN, en la temporada 1999/2000. Durante el invierno, existía también considerable solapamiento en la ruta Barcelona-Valencia: 20 vuelos IB y 13 en el período 1996/1997, 21 IB y 2 AN en el período 1999/2000.

Los argumentos esgrimidos por AN e IB para justificar la distinta naturaleza de sus respectivas líneas, a pesar de esos solapamientos, son esencialmente dos: debe diferenciarse entre las horas pico y las horas valle que representan, respectivamente, los mercados de alta y baja densidad y existen razones técnicas (la necesidad de volver a situar los aparatos de AN en las bases operativas de Valencia y Bilbao) que justifican la triangulación de líneas para terminar en esas dos ciudades.

Estos argumentos son rebatidos por SPANAIR que alega lo siguiente:

- i. que AN alega que en 3 de esas rutas el solapamiento “*es debido a la necesidad de posicionar aviones y tripulaciones en esas ciudades...*”, alegación que, en opinión de SPANAIR, carece de fundamento, a la vista del altísimo número de frecuencias que opera AN en esas rutas (anexo 1 de la propuesta)
- ii. que AN alega que la ruta Barcelona/Oviedo la realiza porque necesita trasladar allí sus aviones para operar desde Oviedo dos rutas internacionales, lo que tampoco tiene fundamento porque, si ello fuera así, trasladaría sus aviones a Oviedo desde sus bases operativas (Madrid o Valencia), pero no desde Barcelona
- iii. que AN alega que “*en el resto de las rutas en las que existe solapamiento éste es debido a la necesidad de cubrir horas valle o punta de esas rutas*” (pág.9), explicación que acredita que AN actúa no sólo como operador regional, sino que complementa la oferta de IB en todas las rutas en las que ambas operan

(reforzando su posición de dominio, realizando una programación conjunta e incluso fijando los precios de sus tarifas).

En su análisis del solapamiento de rutas en itinerarios nacionales, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que los argumentos de AN relativos a la necesidad de tratar de manera diferente los períodos *punta* y los períodos *valle* son correctos. En efecto, la demanda de transporte entre dos determinados puntos (tómese, a modo de ejemplo, Madrid y Barcelona) es muy distinta en ciertas horas de la mañana, cuando existe una gran afluencia de pasajeros por motivos de aprovechamiento de la jornada, y otras horas (piénsese en las de la madrugada) poco convenientes para los viajeros. Por este motivo resulta lógico el argumento de que esas líneas se sirven en determinados momentos con aparatos *grandes* (según la definición anterior) y en otros con aparatos *pequeños* y que, según esos diferentes períodos del día, se sirven mejor por una u otra de las dos aerolíneas (IB o AN) que disponen de flotas con características diferentes.

Aceptado el tratamiento diferenciado entre horas punta y valle, el solapamiento de líneas entre IB y AN antes del acuerdo (período que, en opinión del Tribunal, es el relevante a efectos de determinar si dicho acuerdo *tenía por objeto* reducir la competencia) queda limitado a los trayectos Madrid-Valencia, Madrid-Bilbao, Barcelona-Valencia y Barcelona-Oviedo. AN ha ofrecido explicaciones técnicas, consistentes en necesidades de mantenimiento que obligan a que los aparatos transiten por las bases operativas de Valencia y Bilbao, en los tres primeros casos, y en la necesidad de trasladar aviones que realizan las rutas Oviedo-París y Oviedo-Londres, en el cuarto, para justificar esos solapamientos. Según AN resultaría, pues, que la coincidencia de líneas es consecuencia de necesidades operativas y no de la coincidencia de diseño del modelo de explotación .

SPANAIR disputa ese planteamiento e insiste en que el solapamiento de líneas excluye que IB y AN sean calificadas como líneas diferentes. Con el fin de facilitar la discusión de las razones técnicas, el Tribunal, mediante Auto de 5 de noviembre de 2002, concedió a las partes plazo de alegaciones relativas al levantamiento de la confidencialidad de las páginas 420 a 422 del expediente del Servicio, en las que aparecían ciertas consideraciones técnicas sobre las razones que motivan ese solapamiento de líneas. Si bien es cierto que argumentos prácticamente idénticos aparecían en otros lugares del expediente, el Tribunal consideró que no era procedente mantener ocultos a alguna de las partes razonamientos sobre este importante aspecto. Al no

existir oposición por parte de los interesados, el Tribunal levantó la confidencialidad de dichos documentos e incorporó al expediente las alegaciones que, a la luz de esas páginas, realizaron los interesados. Sin embargo, esas alegaciones no han aportado nuevos argumentos a la discusión, de tal forma que AN sigue aduciendo los mismos argumentos técnicos y SPANAIR negándolos.

Tras analizar los razonamientos de los diferentes interesados, el Tribunal estima que AN ha alegado motivos razonables para justificar los imperativos técnicos que justifican esos solapamientos, mientras que SPANAIR no ha presentado auténticos argumentos que los contradigan. En consecuencia, sobre esta base, el Tribunal ha apreciado que no se han esgrimido razones suficientes para justificar que el (limitado) solapamiento de rutas entre AN e IB obedezca a una similar configuración comercial de ambas líneas. Por tanto, dada la diferencia de tamaño entre ambas compañías, dado el hecho fundamental de que la flota de ambas obedece a concepciones comerciales diferentes y dado que el limitado solapamiento entre las rutas de ambas puede explicarse por la diferencia entre horas *pico* y *valle* o por razones técnicas, el Tribunal, siguiendo la doctrina expuesta por la Comisión Europea en el citado caso KLM-Air UK, considera que AN e IB no deben considerarse compañías competidoras, por lo que el acuerdo entre ellas no tiene por finalidad restringir la competencia.

3. Aceptada la conclusión del Servicio de que el acuerdo IB/AN no es esencialmente un acuerdo entre competidores y, por tanto, no tiene por objeto restringir la competencia, debe analizarse si ha producido el *efecto*, según la terminología de la LDC, de restringir esa competencia. El Servicio llega a la conclusión de que no se ha producido tal restricción, basándose para ello en el importante incremento de trayectos y de frecuencia de servicio en trayectos ya existentes que se observa con posterioridad a la firma del Acuerdo, tanto por parte de IB y AN, como de sus competidores SPANAIR y AIR EUROPA. SPANAIR centra su análisis en los supuestos efectos restrictivos que ha podido tener el acuerdo sobre las franjas horarias libres en los aeropuertos españoles y en el supuesto incremento de la posición de dominio que ha experimentado IB.

Aunque el análisis del Servicio no es enteramente convincente puesto que ignora esencialmente que se trata de un período de fuerte crecimiento del tráfico aéreo y no se aventura en el estudio, siempre harto problemático, de qué hubiera ocurrido en ausencia del acuerdo, es cierto que no existen datos en el expediente que permitan detectar efectos nocivos de dicho acuerdo

sobre el número de rutas aéreas servidas por la aviación comercial en el mercado español. Por ello, siguiendo los principios del derecho sancionador, favorables al imputado, debe aceptarse la conclusión de que el acuerdo no ha tenido efectos restrictivos.

Los posibles efectos sobre la disponibilidad de franjas horarias tampoco están acreditados. Si el acuerdo hubiera resultado en una reducción de franjas horarias disponibles para otros operadores podría haberse entendido, según hace SPANAIR, que existían ciertos efectos restrictivos de la competencia. No obstante, los datos aportados al expediente muestran que, con posterioridad al acuerdo, son varios los operadores, incluida la propia SPANAIR, que han renunciado al uso de franjas horarias que tenían asignadas. También aparece claramente sustentada, de forma documental, la afirmación de AN en el sentido de que esa compañía no recibe el trato de favor propio de los *nuevos entrantes* en el mercado a la hora de la asignación de franjas horarias. Aunque SPANAIR no lo señala expresamente, la asignación de esas franjas privilegiadas a AN constituye una de las bases de su argumento relativo a los efectos restrictivos del acuerdo por la vía de la asignación de franjas horarias, ya que lo que se encuentra implícito en dicho argumento es que IB, dentro de un contexto de escasez de franjas disponibles, se ha apoderado de las franjas que corresponden a los nuevos entrantes.

Por todas estas razones, no parece acreditado en el expte. que el acuerdo IB/AN haya tenido en la práctica, y con independencia de sus objetivos iniciales, efectos restrictivos de la competencia en lo relativo al número de rutas efectivamente servidas en el mercado español ni en lo relativo a las franjas horarias disponibles a los competidores.

4. La denuncia inicial de SPANAIR contra IB alude a supuestas prácticas contrarias a los arts. 1 y 6 LDC. En lo relativo a los acuerdos IB-AN que, como se ha señalado en el FD 1, son los únicos que se analizan en el presente recurso, SPANAIR parece tener en mente sólo una presunta infracción del art. 1. En concreto, en su escrito inicial ante el Servicio, SPANAIR alega:

*De todo ello resulta que el acuerdo suscrito por IBERIA con AIR NOSTRUM constituye un acuerdo entre compañías independientes que no parece poder beneficiarse de una exención por categorías en virtud del Reglamento nº 1617/93 y que, en cualquier caso, no ha sido notificado a las autoridades de Defensa de la Competencia con el fin de obtener una exención singular.*

No obstante, en varias de sus alegaciones ante el Tribunal (por ejemplo, párrafo 9 del expediente del TDC), SPANAIR hace alusión al incremento de la posición de dominio de IB al que, en su opinión, dan lugar los acuerdos. Por otra parte, el Servicio, en su Acuerdo de 19 de febrero de 2002, sobresee explícitamente de la imputación relativa al art. 6 LDC. Las dos consideraciones anteriores hacen necesario que el Tribunal se pronuncie expresamente sobre la supuesta infracción de dicho art. 6.

En relación con esa materia, ha sido doctrina consistentemente mantenida por el Tribunal que aquellos hechos susceptibles de ser subsumidos en ambos artículos deben ser analizados desde la óptica de aquél que parezca, *a priori*, más específico. En el caso que se analiza resulta claro que éste es el artículo 1. Por un lado, el hecho aludido es expresamente un acuerdo; por otro, el grueso de la discusión del expediente se realiza desde la óptica de un acuerdo, cruzándose alegaciones respecto a si ese acuerdo tenía o no la finalidad de restringir la competencia y ha tenido o no el efecto de alterar esa competencia. Es cierto que, de ser correctas las alegaciones de SPANAIR, un acuerdo anticompetitivo hubiera tenido el efecto de acrecentar la posición de dominio que inicialmente ostentaba IB, pero esa consecuencia hubiera derivado esencialmente del hecho de haber existido un acuerdo. Por todas estas razones, el Tribunal entiende que los hechos alegados deben ser analizados desde el punto de vista de su posible subsunción en el art. 1 LDC y que, realizado ese análisis en los Fundamentos de Derecho precedentes, no procede ulterior análisis desde la óptica del art. 6 LDC.

5. Por todas las razones expuestas anteriormente el Tribunal estima que el acuerdo IB-AN al que alude el expediente debe ser analizado desde la óptica de su posible subsunción en el art. 1 LDC. Siguiendo la metodología señalada en el FD 1, el Tribunal constata que existe una clase de acuerdos entre aerolíneas que no son habitualmente considerados restrictivos de la competencia. Analizadas las características del acuerdo que se presenta a estudio, el Tribunal constata que, dadas las distintas características de las compañías aéreas que lo suscriben, dicho acuerdo puede incluirse entre los no restrictivos de la competencia. En consecuencia, el Tribunal estima que el Servicio obró correctamente al sobresee parcialmente el expediente iniciado por denuncia de SPANAIR, de uno de septiembre de 2000, en lo relativo a esta imputación.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal

## HA RESUELTO

ÚNICO: Desestimar el recurso interpuesto por SPANAIR contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial, de 19-2-02, del Servicio de Defensa de la Competencia, que confirma íntegramente.

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