

Id. Cendoj: 28079230062006100549
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20/10/2006
Nº de Recurso: 213/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinte de octubre de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Spanair S.A., y en sus nombre y representación el Procurador Sr.

Dº Cesareo Hidalgo Senén, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr.

Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20

de enero de 2003, relativa a archivo de expediente sobre libre competencia, siendo Codemandadas

Air Nostrum, Líneas Aereas del Mediterraneo S.A. e Iberia, Lineas Aereas de España S.A. y la

cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Spanair S.A., y en sus nombre y representación el Procurador Sr. Dº Cesareo Hidalgo Senén, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de enero de 2003, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución y la continuación del expediente sancionador.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda,

haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

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

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de octubre de dos mil seis.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de enero de 2003, por la que se acuerda confirmar Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia en orden a sobreseer y archivar parcialmente el expediente 2198/2000 adoptado el 19 de febrero de 2002.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 , dispone: "Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...", a continuación el precepto señala determinadas conductas, a título de ejemplo, constitutivas de la infracción anteriormente definida - que lo es con sustantividad propia con independencia de las conductas a continuación enumeradas, que suponen la concreción ejemplifican va de algunos de los supuestos que son subsumibles en el tipo infractor definido -

B) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio , en su redacción dada por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre , dispone: " 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares."

El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150 .000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de

entenderse de 901.518,16 euros -.

Del primero de los artículos citados resulta: 1) El tipo sancionado en el artículo uno lo es la concertación, lo que supone la existencia de dos o más operadores económicos. Las conductas pueden responder a un acuerdo previo o a una conducta consciente. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para afectar a la libre competencia limitándola en todo o parte del mercado nacional.

Efectivamente, el artículo 1 LDC prohíbe cualquier forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a realizar un pacto o convenio propiamente dicho, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Se trata de exigir a los operadores económicos independencia en su comportamiento en el mercado, y aunque esta exigencia no excluye el derecho de los operadores a adaptarse inteligentemente al comportamiento actual o previsible de sus competidores, si prohíbe cualquier contacto directo o indirecto entre los operadores que tenga por objeto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor o revelar a dicho competidor el comportamiento que haya decidido o que se prevea adoptar (STJCE de 20/4/99, asunto 305/94 y otros).

Del segundo de los preceptos citados resulta: 1) El tipo sancionado en el artículo seis lo es el abuso de posición de dominio, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia y el abuso de tal posición. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para afectar a la libre competencia limitándola en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: Veamos la aplicación de esta regulación al supuesto que se nos plantea.

La controversia surge en cuanto a la decisión de archivo de la denuncia presentada por la hoy actora en relación al acuerdo de 10 de julio de 1997 entre IB y AN que en esencia consiste en 1.- AN opera la totalidad de sus vuelos con el código de IB, 2.- las dos compañías coordinan los servicios accesorios al transporte aéreo, y 3.- las compañías adoptan una imagen corporativa conjunta.

En primer lugar analizaremos la naturaleza del acuerdo para posteriormente examinar

si el mismo es susceptible de falsear, restringir o impedir la libre competencia.

Razona correctamente el TDC que el acuerdo es, en esencia, de código compartido, si bien le denomina de franquicia recurriendo nomenclatura utilizada por la doctrina científica, en cuanto se observan elementos más intensos que en el caso de códigos compartidos, tales como una colaboración en los servicios accesorios al transporte aéreo. Hemos de señalar que los acuerdos de código compartido se vienen entendiendo como compatibles con la libre competencia - así resulta, aunque se plantea de forma tangencial de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de fecha 18 de julio de 2005, T241/01 -.

Para determinar si el acuerdo que nos ocupa es contrario a la libre competencia hemos de partir del examen del Reglamento CEE 1617/93 :

"La planificación conjunta y la coordinación de horarios en un servicio aéreo puede contribuir a mantener el servicio en las franjas horarias, temporadas y rutas menos concurridas y favorecer transbordos dentro de un mismo aeropuerto, con el consiguiente beneficio para los usuarios del transporte aéreo. No obstante, las cláusulas sobre vuelos suplementarios no deben exigir la aprobación de las otras partes ni contener penalizaciones financieras. Asimismo, las partes deberán estar autorizadas a retirarse del acuerdo, con un preaviso razonablemente corto;" (considerando tercero).

El reglamento en cuestión viene a establecer una exención en aplicación del artículo 85.3 del Tratado por categorías. Aunque tal no es exactamente el caso de autos, sirve de criterio orientador en cuanto la normativa comunitaria admite la necesidad de determinados acuerdos de coordinación en las prestaciones de servicios aéreos en cuanto son necesarios para una explotación racional del servicio.

Desde tal perspectiva hemos de analizar el supuesto de autos.

En resumen, el TDC funda su acuerdo en los siguientes aspectos:

- 1.- En la delimitación del mercado IB y AN operan en ámbitos distintos, IB es un operador de red y AN es un operador regional, IB desenvuelve su actividad en el mercado interno, europeo y transoceánico, mientras AN sirve rutas cortas.
- 2.- en cuanto a los aparatos operados, IB utiliza aparatos de más de 100 plazas - mínimo 110 -, mientras que AN opera con aparatos de 70 plazas.

Afirma el TDC que no ha existido restricción de la competencia, ni potencial ni realmente, porque ahora las entidades partes en el acuerdo se encuentran presentes en más rutas que anteriormente, y si bien admite que en algunas de ellas hay solapamiento de líneas, acepta la justificación de las horas punta y valle, en cuanto en las primeras es necesario aparatos de mayor capacidad - de los que dispone IB -, y en las segundas son necesarios aparatos más pequeños - de los que dispone AN -, dada la distinta afluencia de pasajeros en uno y otro horario.

La Sala comparte estos planteamientos.

No obstante, la actora afirma que en la práctica se ha dejado de competir entre estas compañías, que AN ha perdido su autonomía comercial y que hubiese sido necesario solicitar la autorización singular del artículo 4 de la LDC 16/1989 .

Es cierta la apreciación del tribunal sobre que las entidades no eran competidoras dada la descripción anterior del mercado, aunque es cierto que en concretas líneas ha existido solapamiento, si bien la explicación de las distintas necesidades de dimensiones de los aparatos según el horario justifica el solapamiento, sin que pueda apreciarse una conducta que pueda restringir o falsear la libre competencia respecto de esas líneas.

No se ha probado - y tanto de la testifical como de las rutas remitidas por AENA resulta lo contrario -, que AN haya perdido su autonomía comercial y se haya integrado en IB. En primer lugar de la información remitida por AENA resulta que AN sigue operando sus propias rutas y el testigo afirmó en la prueba testifical que el conocimiento de la integración de AN en IB lo era por las publicaciones de la prensa. Tales informaciones, no contrastadas, no pueden servir de fundamento a unos hechos probados. Pero además, esa integración, de existir, no tiene necesariamente que ser consecuencia del acuerdo que nos ocupa que se limita a un acuerdo de códigos compartidos y a una coordinación en los servicios accesorios

También señala el TDC que no se ha producido restricciones en franjas horarias como consecuencia del acuerdo y ello no es negado por la recurrente.

No se aprecia pues que el acuerdo pueda vulnerar la libre competencia atendiendo a las circunstancias antes expuestas.

En cuanto a la valoración de la prueba, es cierto que la utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998741) y 28 de enero de 1999 (RJ 199974). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. En este caso no concurre ninguno de dichos requisitos, pues los indicios llevan a la conclusión de que el acuerdo, en la forma antes descrita, no tiene aptitud para vulnerar la libre competencia en el mercado aéreo interno.

CUARTO: En lo referente a la aplicación del artículo 6 , con independencia de que exista o no posición de dominio es necesario que exista un comportamiento abusivo y tal comportamiento no ha existido por un acuerdo que como hemos visto se limita a utilizar una figura aceptada cual es el uso de códigos compartidos si bien con servicios accesorios comunes, que no tiene aptitud para vulnerar la libre competencia.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Spanair S.A., y en sus nombre y representación el Procurador Sr. Dº Cesareo Hidalgo Senén, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de enero de 2003, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

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

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