

RESOLUCIÓN (Expte. r 632/04, Binter Canarias)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 5 de diciembre de 2005

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 632/04, 2.515/04 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC), interpuesto por Special Prices, Auto Reisen, S.L. (en lo sucesivo, AR), contra Binter Canarias, S.A., por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en el intento de rescisión del contrato de inserción publicitaria en la revista que, de manera gratuita, distribuye entre sus pasajeros en los vuelos interinsulares y la posterior negativa de inserción de su anuncio en los mismos términos en que se publicó hasta octubre de 2003, esto es, con especificación de los precios de alquiler de cada modelo de automóvil, favoreciendo así a una empresa competidora en el mercado de alquiler de automóviles.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Según la denuncia, Binter, que ostenta una clara posición de dominio en el tráfico aéreo de pasajeros en el ámbito del archipiélago canario al cubrir casi en exclusiva el tráfico interinsular, distribuye gratuitamente entre sus pasajeros la revista Binter Canarias-Noticias, elemento esencial en la oferta comercial de aquellos sectores de actividad relacionados con el tráfico de pasajeros, y, aprovechando tal posición de dominio en el tráfico aéreo interinsular, ha excluido de la publicidad en su revista de manera

unilateral e injustificada a la denunciante, primero con el intento de rescisión del contrato de inserción publicitaria vigente y segundo con la negativa de inserción de su anuncio en los mismos términos en que vino haciéndose hasta octubre de 2003, esto es, con especificación de los precios de alquiler de cada modelo de coche, lo que favorece a una de sus competidoras en el alquiler de coches: CICAR, S.L. (Cicar).

También, según la denuncia, ha habido infracción de la Ley 34/98, de Publicidad, al censurar e imponer el contenido publicitario, discriminándola respecto de otros anuncios en los que sí se publicitan precios.

2. El Servicio solicitó a Binter información sobre el número de ejemplares de la revista editados, nombre de las empresas de alquiler de coches que se anuncian en las mismas así como copia de los contratos, momento en que comenzaron sus relaciones comerciales con la denunciante y momento y motivos por los que se interrumpieron.

Asimismo, solicitó información a la denunciante sobre el mercado de alquiler de coches en las Islas Canarias y sobre el mercado de vuelos interinsulares en el archipiélago, así como sobre la publicidad contratada por la denunciante en otros medios.

El 25 de octubre de 2004 la Directora General de Defensa de la Competencia acordó el archivo de la denuncia contra Binter presentada por AR.

3. El 10 de noviembre de 2004 se recibió en el Tribunal recurso de AR contra el acuerdo de archivo del Servicio. El Tribunal solicitó y obtuvo, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC, el informe del Servicio sobre el recurso y el expediente correspondiente.
4. El Tribunal, mediante Providencia de 25 de noviembre de 2004, puso de manifiesto el expediente a los interesados, concediéndoles plazo para la formulación de alegaciones.
5. El día 29 de diciembre de 2004 se recibió el escrito de alegaciones de AR.
6. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 23 de noviembre de 2005, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
7. Es interesado:

SPECIAL PRICES, AUTO REISEN S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Dispone el artículo 36.1 LDC que el Servicio incoará expediente cuando observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC. Por tanto, en los recursos contra un archivo de las actuaciones realizado al amparo del artículo 36.2 LDC, el Tribunal ha de limitarse a decidir si los datos disponibles en la denuncia y, en su caso, en la información reservada que puede realizar el Servicio bastan para poder afirmar que no existen indicios racionales de tales conductas prohibidas.
2. El Servicio acuerda el archivo, tras realizar la siguiente valoración:

“Los hechos denunciados consisten en la negativa por parte de Binter de publicitar el anuncio de AR con mención especial de los precios ofertados, tal y como se había contratado.

Con independencia de si ha existido o no incumplimiento contractual por parte de Binter, que, en todo caso, habrá de plantearse ante la instancia correspondiente, este Servicio debe analizar si a los hechos denunciados les es o no de aplicación la LDC.

Tal y como viene pronunciándose el TDC en numerosas ocasiones (Exptes. 87/94, r 259/97, r 444/00, R 540/02), la negativa a suministrar o contratar por parte de una empresa es práctica prohibida por la LDC sólo en dos supuestos: cuando se trata de una práctica concertada entre dos o más empresas con una clara finalidad anticompetitiva (artículo 1) o cuando es práctica de una sola empresa con posición dominante en el mercado (artículo 6).

1.- Aplicación del artículo 1 de la LDC.

El artículo 1 prohíbe todo acuerdo, decisión, recomendación o práctica 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

De acuerdo con la doctrina del TDC (TDC r 567/03) para que una conducta pueda tipificarse en el artículo 1 ha de existir un concierto de voluntades entre diversos operadores económicos. En este caso la denuncia se formula contra Binter, por lo que, en principio, se trataría de un acto unilateral, sin encaje en el citado artículo.

No obstante lo anterior, la denunciante en el cuerpo de su escrito manifiesta que la actuación de Binter favorece a CICAR con la que mantiene una estrecha relación comercial. Aunque la denunciante no aporta prueba alguna al respecto, el Servicio no debe pasar por alto estos hechos sin analizar si existen indicios de infracción en esa supuesta relación entre ambas.

Por un lado parece extraño que Binter, que no compite con la denunciante, intente rescindir el contrato que tiene suscrito con ella y luego le impida publicitar sus precios cuando permite la publicidad de los precios de hoteles, tal y como manifiesta la denunciante. Por otro lado hay que señalar que no existe prueba de que dicha decisión venga inducida por CICAR. Pero aún cuando éste fuera el caso, se trataría de una conducta que si bien priva al usuario de información importante a la hora de elegir el prestador de un servicio, como es el alquiler de coches, no estaría alterando de manera importante la competencia en el mercado, ya que AR tiene otros muchos medios a su alcance para hacer publicidad de sus ofertas, como se explica en el apartado siguiente. Además, el número de viajeros que se vería privado de dicha información sería como máximo de 1.572.096, lo que supone el 15% del total de viajeros que llegan a las Islas Canarias.

2.- Aplicación del artículo 6.

El artículo 6 declara *prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*. De acuerdo con la doctrina del TDC, la aplicación de este artículo exige: la precisa determinación del mercado relevante, la evidencia de que los operadores implicados en la conducta examinada disponen de una posición de dominio en el mercado relevante previamente definido; y, por último, la evidencia de que dichos operadores han abusado de su posición privilegiada en el mercado.

La delimitación del mercado relevante debe realizarse desde la óptica del producto y de la geográfica. El mercado de producto de referencia sería el de compraventa de espacios publicitarios, es decir, del conjunto de los distintos medios a través de los cuales se puede ofertar o anunciar al público un determinado bien o servicio, en este caso el de alquiler de coches.

En dicho mercado, los demandantes serían todos aquellos anunciantes que desean promocionarse; mientras que los oferentes serían los diversos medios publicitarios.

El mercado geográfico sería en principio la zona en la que las empresas afectadas, en este caso la denunciante, desarrollan sus actividades de suministro o prestación de servicios y que pueden diferenciarse de otras zonas geográficas próximas, es decir, el archipiélago canario.

En este caso, y teniendo en cuenta la particularidad del servicio, no puede obviarse que los potenciales usuarios o clientes son turistas, nacionales y/o internacionales, que pueden tener conocimiento de las distintas empresas oferentes de vehículos en su punto de origen, como lo demuestra el que en muchas ocasiones viajan con paquetes en los que se incluye el alquiler de vehículos y que les han sido ofertados por las agencias de viaje, o incluso buscado por ellos a través de Internet, sin olvidar aquellos que eligen la empresa de alquiler de vehículos a la llegada al aeropuerto entre las diferentes oficinas disponibles en el mismo.

A la vista de todo lo anterior, si bien Binter pudiera ostentar una posición dominante en el mercado del transporte aéreo interinsular, tal y como manifiesta la denunciante, se trata de un mercado distinto del que es objeto de examen en este expediente, el de la compraventa de espacios publicitarios, en el que aunque se delimite estrechamente y se restrinja al territorio nacional, incluso canario, la revista Binter no es más que un medio entre muchos otros (agencias de viaje nacionales e internacionales, Internet, espacio aeroportuario, incluso revistas de otras líneas aéreas tal y como viene haciendo) a través del cual el denunciante se puede publicitar, por lo que no puede decirse que Binter ostente posición de dominio.

Los dos requisitos señalados anteriormente para la aplicación del artículo 6 de la LDC son acumulativos, de modo que la inexistencia de posición de dominio en el mercado relevante sería suficiente para justificar que la denunciada no ha incurrido en infracción de tal artículo.

3.- Aplicación del artículo 7.

Por último, hay que analizar si a los hechos les es de aplicación el artículo 7 de la LDC en el que se establece que "El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público".

De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, la aplicación del artículo 7 de la LDC exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un comportamiento desleal, de acuerdo con la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).
- b) Que dicho comportamiento afecte al interés público, esto es, a la libre competencia.
- c) Y que esta afectación sea importante o, lo que es lo mismo, tenga entidad suficiente para causar una grave perturbación en los mecanismos de mercado.

Sólo cuando se den los tres requisitos estará habilitado el TDC para interpretar dichos actos en los mismos términos que se establecen en la LDC para las conductas prohibidas por atentar contra la libre competencia, debiendo en caso contrario acudir los interesados a la jurisdicción ordinaria tal y como se establece en la Ley 3/91 de Competencia Desleal.

Entre las actuaciones consideradas como comportamiento desleal por la Ley 3/91 se encuentra la recogida en su artículo 15, que establece:

“1.- Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2.- Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

El denunciante considera que Binter ha infringido la Ley 34/98 de Publicidad al intentar censurar e imponer el contenido publicitario, por lo que cabe analizar si dicha infracción encaja en alguno de los dos supuestos recogidos en el mencionado artículo de la LCD.

En este caso, no se ha producido una vulneración del apartado 1, puesto que Binter no ha obtenido ningún tipo de ventaja competitiva, entre otras cosas, porque no es competidor de la denunciada en el mercado definido. Además, tampoco se ha vulnerado el apartado 2 ya que la Ley de Publicidad no tiene por objeto regular la actividad concurrencial.

Finalmente, en el caso de que se considerara – cosa que no hace la denuncia - que pudiera haber existido una inducción a la ruptura contractual por parte de CICAR, prohibida por el artículo 14 de la Ley 3/91, tampoco sería de aplicación el artículo 7 de la LDC y ello porque no se dan los otros dos requisitos necesarios (grave distorsión de la competencia y afectación del interés público).

No puede concluirse que se haya producido una distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, en el que, como se ha señalado, existen otras muchas alternativas para AR y el usuario no se ve limitado ni en el número de ofertas ni en su poder de elección.

En consecuencia, al no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, procede archivar la denuncia conforme a lo establecido en su artículo 36.”

3. En el Recurso interpuesto ante el Tribunal, AR, tras reiterar los aspectos más destacados de su denuncia contra Binter, hace hincapié en la posición dominante de Binter en el mercado interinsular de tráfico aéreo de viajeros y en la proyección de dicha posición de dominio sobre mercados conexos a través de la publicidad en la revista que distribuye exclusiva y gratuitamente a sus clientes que son los demandantes preferentes de los coches de alquiler en los aeropuertos canarios. Según el recurrente, la negativa de Binter a insertar los anuncios de los precios de alquiler de los automóviles de AR produce el efecto constatable en las revistas aportadas al expediente de que la empresa Cicar S.L (Cicar), competidora de AR en el mercado de coches de alquiler, sea la única que sigue anunciándose en dicha revista y, además, priva a los consumidores del conocimiento de los precios ofertados por AR en dicho mercado.

Por otra parte, como elementos indiciarios de que la denunciada negativa puede constituir una práctica concertada entre Binter y Cicar señala el denunciante, en primer lugar, el mencionado beneficio que recibe Cicar, cuyo anuncio se publica en la contraportada de la revista, al ver excluida en la misma la oferta de los precios especialmente competitivos de AR, en segundo lugar, la presencia de publicidad de Cicar en los cabezales de todos los asientos de los aviones de Binter y, por último, el hecho de que la flota de vehículos que utiliza Binter procede de la empresa Cicar.

En sus alegaciones ante el Tribunal, AR se limita a dar por reproducidos los argumentos contenidos en el escrito de recurso.

4. En su informe al Tribunal sobre el recurso de AR contra el acuerdo de archivo, el Servicio insiste en los argumentos que se exponen en el

segundo fundamento de derecho de esta resolución y, en particular, reitera como mercado de referencia el de alquiler de espacios publicitarios, en el que Binter no tiene obviamente posición de dominio, reiterando, también, que aunque pudiera probarse que la negativa de Binter estuviera inducida por Cicar, la competencia en el mercado de alquiler de coches no se vería alterada de forma importante puesto que AR tiene otros muchos medios para hacer publicidad de sus ofertas y porque el número de viajeros que transporta Binter sólo supone el 15% del total de viajeros que llegan a las Islas Canarias.

5. El Tribunal considera que el Servicio, al establecer como mercado relevante el de compraventa de espacios publicitarios en el archipiélago canario, no acierta en la calificación de los hechos denunciados y pasa por alto algunas alegaciones del denunciante que merecen ser atendidas.

La posición dominante de Binter en el mercado interinsular de transporte aéreo de pasajeros parece ser reconocida, si bien reticentemente, por esta empresa (ver folio 159 expte. SDC), aunque desvía la cuestión hacia el mercado de publicidad que, en opinión de este Tribunal, no es relevante según los hechos denunciados.

Considera el Tribunal que la distribución de la revista Binter Noticias es parte del servicio que la compañía aérea presta a sus clientes y la negativa a que en ella se anuncie la empresa denunciante (que opera en el mercado conexo de coches de alquiler) o la negativa a que en sus anuncios figure la información de precios no parece tener justificación objetiva ya que, pese a la afirmación de Binter (folio 160 expte. SDC) según la cual *“el criterio comercial de que en el futuro los anuncios que se publicaran no incorporarían la oferta de precio”*, no parece que, en realidad, la exigencia de omitir los precios en la publicidad sea una política comercial uniforme de Binter, pues basta examinar las revistas que figuran en el expediente para constatar que dicho *criterio comercial* no se aplica a los anunciantes de otros mercados.

Como los hechos denunciados (negativa de inserción de anuncios en la revista que Binter distribuye gratuitamente a sus clientes impidiendo que éstos conozcan las ventajas de la oferta del denunciante en el mercado conexo de alquiler de coches) parecen plenamente probados y reconocidos por las partes, resulta procedente que el Servicio, en ausencia de una explicación objetiva de las negativas que se han producido en el mercado interinsular de transporte de viajeros, dominado al parecer por la empresa denunciada, examine si dicha posición de dominio existe, si realmente los viajeros interinsulares constituyen la parte más importante de los que alquilan coches en los aeropuertos canarios,

así como las características de la relación entre Binter y Cicar (empresa rival de AR en el mercado de coches de alquiler, siendo la única, junto con AR, que opera en todos los aeropuertos canarios y única también que permanece como anunciante en la revista distribuida por Binter en los vuelos interinsulares), relación que la denunciante ha calificado de *estrecha* y sobre la que ha aportado algunos indicios.

La relación entre Binter y Cicar debe ser investigada, tanto por la posibilidad de que la conducta denunciada constituya un acuerdo prohibido por el artículo 1 LDC como por su trascendencia a efectos de la potencial aplicación del artículo 6 LDC por abuso de la empresa dominante en un mercado, con efecto en mercados conexos distintos del dominado.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Estimar el recurso interpuesto por Special Prices, Auto Reisen, S.L. contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2004 que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra Binter Canarias, S.A.

Segundo. Interesar del Servicio la continuación del procedimiento, con los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de las cuestiones que se expresan en el quinto fundamento de derecho.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, pudiéndose interponer, en su momento, únicamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, contra la Resolución del Tribunal que dé fin al expediente.