

RESOLUCIÓN (Expte. 555/03, Líneas Marítimas Estrecho)

Pleno

Excmos. Sres.:

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

Torremocha y García-Sáenz, Vocal

Conde Fernández-Oliva, Vocal

Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 21 de junio de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Sr. Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 555/03 (2261 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por denuncia formulada por la compañía mercantil International Maritime Transport Corporation (IMTC) contra las compañías Euroferrys S.A., Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME), Trasmediterránea S.A., Compagnie Maritime Marocco-Norvegiènne (Comarit), Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav), Lignes Maritimes du Detroit (Limadet) y contra la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la realización de acuerdos colusorios y en abuso de posición dominante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 6 de marzo de 2001 la compañía naviera International Maritime Transport Corporation (IMTC) formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra las compañías Euroferrys S.A., Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME), Trasmediterránea S.A., Compagnie Maritime Marocco-Norvegiènne (Comarit), Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav), Ligne Maritime du Detroit (Limadet) y contra la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras por haber incurrido en prácticas anticompetitivas sancionadas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, imputando a las primeras la adopción de acuerdos sin mantener una estructura abierta en cuanto a la entrada o salida en ellos

de sus partícipes y a la segunda la negativa a facilitar a la denunciante unas instalaciones en la zona portuaria.

2. El SDC acordó la práctica de una información reservada con el fin de confirmar la existencia de indicios de infracción y, después de recabar los datos y documentos que estimó necesarios, acordó la incoación de expediente, por Providencia de 11 de septiembre de 2001, contra las seis empresas denunciadas, pero no contra la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, al no haber observado indicios de infracción en relación a ésta.
3. Con fecha 1 de marzo de 2002, las seis navieras denunciadas presentaron al Servicio de Defensa de la Competencia una solicitud de autorización singular para el establecimiento de un sistema de intercambio de billetes y ordenación de horarios, que fue admitida a trámite por Providencia de 11 de marzo siguiente, en la que se acordó su acumulación a este expediente sancionador. Dicha petición de autorización singular fue ampliada por los solicitantes mediante escrito de 15 de enero de 2003, que añadía la inclusión a la solicitud de un acuerdo de intercambio de espacio en buques para transporte de mercancías, lo que dio lugar a su desglose de este expediente y a su tramitación independiente, al no coincidir ya su objeto con el de éste.
4. El Servicio de Defensa de la Competencia formuló Pliego de Concreción de Hechos con fecha 20 de noviembre de 2002, en el que imputaba a las seis Compañías denunciadas la realización de una infracción al art. 1, a) y d) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción de acuerdos entre ellas, referidos a precios de los servicios, explotación de línea, intercambiabilidad de billetes y coordinación de horarios y de flota en la línea regular de transporte marítima de personas y carga rodada entre los puestos de Algeciras-Tánger-Algeciras.
5. El 24 de enero de 2003 el Servicio dictó Informe Propuesta en el que calificaba los hechos denunciados como constitutivos de una infracción al art. 1. a) y d) de la Ley de Defensa de la Competencia, de conformidad con el Pliego de Concreción de Hechos, remitiendo las actuaciones al Tribunal.
6. El Tribunal de Defensa de la Competencia dictó Providencia el 24 de febrero de 2003 admitiendo a trámite el expediente y ordenando su puesta de manifiesto a los interesados para que, en el plazo legal, pudieran proponer las pruebas que a su derecho convinieran y

solicitasen la celebración de vista o la práctica escrita de la fase de conclusiones, lo que se comunicó a los interesados.

7. Una vez concluido el período probatorio, la denunciante y las partes imputadas presentaron sus escritos de valoración de prueba, acordando después el Tribunal, mediante Providencia de 29 de enero de 2004, la aportación de información, como diligencia para mejor proveer, quedando en suspenso el procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LDC.
8. Los interesados formularon sus respectivos escritos de conclusiones, conjuntamente con su valoración del resultado de la diligencia ordenada.
9. El Pleno del TDC deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 16 de junio de de 2004.
10. Son interesados:

Compañía Trasmediterránea S.A.

Líneas Marítimas Europeas S.A.

Europa-Ferry S.A. (Euroferrys)

Lignes Maritimes du Detroit

Compagnie Marocaine de Navigation

Compagnie Maritime Maroco-Norvégienne

International Maritime Transport Corporation

HECHOS PROBADOS

- 1.- El servicio regular de transporte marítimo de pasajeros y carga rodada entre los puertos de Algeciras y de Tánger (Marruecos) era atendido por la Compañía Trasmediterránea hasta el año 1973, en el que comenzó a prestar servicios la compañía de nacionalidad marroquí Lignes Maritimes du Detroit (Limadet). Posteriormente se incorporaron a dicha línea las navieras Compagnie Maritime Maroco-Norvégienne (Comarit) en 1984, Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME) en 1996, Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav) en 1997 y Euroferrys en 1998, operando todas ellas con buques tipo ferry con capacidad para pasajeros y vehículos.

- 2.- Desde las fechas de sus respectivas incorporaciones a prestar el servicio en la línea expresada, todas las compañías imputadas han mantenido un acuerdo permanente de equiparación de tarifas para los distintos tipos de pasajeros y vehículos, en virtud del cual las categorías y clases de billetes y los precios correspondientes a cada uno de ellos han sido en todo momento idénticos, modificándose simultáneamente de forma periódica por todas las compañías imputadas en los mismos días, de forma que las tarifas idénticas que regían para todas las compañías desde el 15 del junio de 1998, fueron modificadas uniformemente por todos ellos el 9 de marzo de 2000 y, nuevamente, el 21 de diciembre del mismo año.
- 3.- Al mismo tiempo, las compañías imputadas han adoptado acuerdos de intercambiabilidad de billetes y de reparto de horarios en sus respectivos viajes que, si bien han sido alentados por las Autoridades encargadas de la organización y funcionamiento de la llamada Operación Paso del Estrecho, que tiene lugar entre los meses de junio y septiembre y durante la cual es necesario adoptar medidas excepcionales que aseguren la normalidad y la seguridad de un número elevadísimo de pasajeros magrebíes que viven en Europa y regresan al norte de África para pasar sus vacaciones, constituyen acuerdos que son mantenidos por las empresas imputadas durante el resto del año.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados aparecen acreditados en las actuaciones mediante prueba directa, especialmente los relativos a las tarifas y a su modificación, que se acreditan por las relaciones aportadas por cada una de las navieras imputadas (folios 61 a 67, los correspondientes a Trasmediterránea y Limadet, 71 y 72 a Comanav, 87 a LME, 92 a Comarit y 99 a 103 respecto de Euroferrys), en las que se observa la identidad absoluta entre todos ellos, tanto en lo que se refiere a las diferentes clases de billetes para pasajeros y vehículos como a los precios aplicados para cada una de ellas. Así, de la documentación incorporada al expediente por las imputadas a instancia del Servicio, resulta que todas las compañías imputadas tenían establecidas cuatro categorías de vehículos –general, RME, Rally y autocares- y que en cada una de ellas se establecían los mismos precios e idénticos suplementos por razón de la altura y longitud de los vehículos o por razón de su naturaleza, según se tratase de furgonetas, caravanas, remolques o motocicletas. De los mismos documentos resulta que las compañías imputadas modificaron simultáneamente estas tarifas en varias ocasiones, al menos el 15 de junio de 1998, el 9 de marzo de 2000 y el 21 de

diciembre de 2000, fechas indicadas en las propias relaciones de tarifas aportadas por aquéllas.

Por su parte, los acuerdos sobre intercambiabilidad de billetes y su aplicación durante todos los meses del año son reconocidos por las propias compañías imputadas en sus escritos presentados al Servicio, que obran en los folios 59 a 103 del expediente.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en relación con los hechos fijados en el Pliego de Concreción de Hechos, atribuyó a cada una de las compañías imputadas la comisión de una infracción del artículo 1, a) y d) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción de acuerdos referidos a precios de los servicios, explotación de línea, intercambiabilidad de billetes y coordinación de horarios y de flota en la línea regular de transporte de pasajeros y carga rodada entre los puertos de Algeciras y Tánger.

TERCERO.- Frente a tales imputaciones los interesados han alegado básicamente lo siguiente:

- A) Caducidad, por haber acordado el Tribunal una diligencia para mejor proveer antes de la conclusión del plazo de alegaciones, contra lo dispuesto en el artículo 42 Ley de Defensa de la Competencia, que establece que las mismas se acordarán después de las conclusiones y antes de dictar la Resolución. Las partes imputadas deducen de ello la nulidad de la diligencia acordada, lo que les lleva a la conclusión de que si dichas diligencias son nulas, no han podido producir el efecto de suspender el procedimiento y, por lo tanto, el transcurso del tiempo empleado para la práctica de la diligencia interesada ha originado la caducidad del expediente.

- B) Amparo legal de los acuerdos que han mantenido, respecto de los que las partes señalan que están propiciados por el Convenio de 29 de diciembre de 1979, celebrado entre el Estado Español y el Reino de Marruecos, sobre transporte marítimo, modificado por el Canje de Notas de 30 de diciembre de 1992 y 14 de mayo de 1993, ya que éstos establecen para los buques un reparto de carga y pasaje en las líneas marítimas que unen a ambos países firmantes, señalando el art. 5 del Tratado que “los armadores estarán encargados de tomar las medidas que oportunas que aseguren la organización del tráfico en cuestión, según las directrices que reciban de los dos Gobiernos.”

- C) Confianza legítima, respecto de la que argumentan que los acuerdos imputados eran reconocidos y auspiciados por las autoridades encargadas de la Operación Paso del Estrecho.
- D) La existencia de competencia externa, fuera de los límites de los acuerdos imputados, ya que desde la incoación del expediente se han incorporado nuevos operadores a la línea de transporte marítimo a que se refieren los hechos probados.

CUARTO.- En cuanto a la cuestión previa de la caducidad del expediente, si bien es cierto que la Ley establece que las diligencias para mejor proveer podrán acordarse en el momento que media entre la conclusión del trámite de conclusiones y la Resolución final, su disposición en el momento posterior de la fase de valoración probatoria no constituye un defecto de procedimiento que pueda generar la nulidad de las actuaciones, ya que, en primer lugar, se trata de un momento del procedimiento en el que ya ha concluido la actividad probatoria, constituyendo las diligencias para mejor proveer el único medio para complementar extremos que, como el que fue objeto de la diligencia acordada, son necesarios para dictar la Resolución; en segundo lugar, se ha evitado un doble trámite de alegaciones en las partes interesadas, como hubiera sucedido en caso de acordar la diligencia con posterioridad a la formulación de las conclusiones; finalmente, la infracción denunciada constituye una infracción de carácter estrictamente procedimental, que no genera en ningún caso la nulidad de la actuación, ya que no produce indefensión ni limitación de ninguno de los derechos fundamentales enlazados con la tutela efectiva, aplicables con algunas limitaciones al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración, al quedar intacto el derecho de los interesados a formular las alegaciones que estimen procedentes, como efectivamente hicieron, y a hacer uso de los recursos que la ley autoriza. Por otra parte, la denegación de la declaración de caducidad del expediente tampoco genera un perjuicio significativo para las partes imputadas, ya que la caducidad no conlleva la liberación de las responsabilidades administrativas que sean exigibles, sino que produce el efecto único de extinguir el expediente pero sin enervar la facultad de la Administración para iniciar inmediatamente un nuevo expediente con idéntico objeto que el anterior.

En todo caso, el defecto procedimental en el que las partes basan su impugnación no es de los que generan la nulidad del acto, al no producir indefensión ni merma de derechos constitucionalmente reconocidos y tampoco es de los que determinan su anulabilidad, conforme al artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues no carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, que, por el contrario, se ha

cumplido y por lo tanto, si el acto es válido, también lo es la suspensión acordada, no habiendo excedido la tramitación del expediente de los límites temporales establecidos por la Ley.

No procede, por lo tanto, estimar la alegación de caducidad del Expediente.

QUINTO.- En relación con las conductas imputadas, las partes invocan el amparo legal que proporciona a los acuerdos que se declaran probados el Convenio de 29 de diciembre de 1979, celebrado entre el Estado Español y el Reino de Marruecos, sobre transporte marítimo, modificado por el Canje de Notas de 30 de diciembre de 1992 y 14 de mayo de 1993, ya que éstos establecen para los buques un reparto de carga y pasaje en las líneas marítimas que unen a ambos países firmantes, señalando el art. 5 del Tratado que “los armadores estarán encargados de tomar las medidas que oportunas que aseguren la organización del tráfico en cuestión, según las directrices que reciban de los dos Gobiernos.”

Sin embargo, tal argumento no puede ser aceptado, ya que el mencionado artículo 5 del Tratado fue suprimido en 1994 por el procedimiento de Canje de Notas Verbales a que se hace referencia en el párrafo anterior y que fue publicado en el BOE del día 2 de febrero de 1994, varios años antes de que se produjeran los hechos que son objeto en este expediente. Además, en todo caso, el Convenio y sus modificaciones no hacen exclusión alguna de la aplicación a las empresas dedicadas al transporte marítimo de las normas reguladoras de la competencia ni, en el texto del artículo 4 del propio Convenio, redactado conforme al resultado del Canje de Notas de 30 de diciembre de 1992 y 14 de mayo de 1993, ya citado, se concede a las compañías navieras comunitarias y marroquíes ninguna facultad o iniciativa en la regulación del tráfico marítimo, sino que se atribuye a las Autoridades competentes de los Estados respectivos la misión de favorecer “una participación igualitaria y equilibrada entre las compañías navieras nacionales del Reino de Marruecos y de compañías navieras nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, quienes en todo caso, gozarán de un acceso justo, libre y no discriminatorio en los repartos de cargamento que en el futuro pueden establecer para dichos tráficos las dos partes contratantes”, es decir, los Estados firmantes del Convenio y no las compañías navieras, pues es a los Estados y no éstas a quienes se atribuye el cumplimiento de lo acordado.

En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en la Resolución 561/03, de 26 de mayo de 2004, “nada permite vincular la llamada *tarifa de referencia*, cuya existencia va en detrimento del interés de los usuarios, con el mencionado Convenio, cuyo objeto principal es la simplificación de las

formalidades administrativas, aduaneras y sanitarias en los puertos de ambos países”.

Así pues, las normas alegadas no eximen a las empresas navieras de cumplir las exigencias del art. 1 de LDC ni les autoriza a adoptar o asumir acuerdos como los que les son imputados por el Servicio de Defensa de la Competencia.

SEXTO.- Sobre la alegación de los acuerdos imputados eran reconocidos y auspiciados por las autoridades, no cabe duda de que la Operación Paso del Estrecho, con las especiales circunstancias que se producen en el Puerto de Algeciras y en otros puertos españoles y marroquíes durante los meses de verano, con una gran cantidad de viajeros de origen magrebí que cruzan el Estrecho de Gibraltar con motivo de sus vacaciones laborales y que generan riesgos de aglomeraciones de vehículos y de personas en las instalaciones portuarias y en zonas próximas a éstas, constituye una situación muy especial por los riesgos sanitarios, sociales y de seguridad que genera, por lo que se hace necesario la adopción de medidas excepcionales para garantizar el control de esta situación.

Con este objeto, la Dirección General de Protección Civil del Ministerio del Interior coordina, ya desde el año 1987, una serie de medidas extraordinarias en las que intervienen numerosos organismos e instituciones de diversa índole, públicos y privados, recibiendo dicha actuación la denominación de Operación Paso del Estrecho. Dicha operación afecta al funcionamiento y actuación de diversos sectores, como puertos españoles, centros de atención sanitaria, centros de acción social, centros de información, servicios de seguridad y orden, servicios de control de tráfico, infraestructuras portuarias, servicios contra incendios y otras muchas, encontrándose también entre ellas las compañías navieras encargadas de efectuar el transporte de las personas y vehículos. Dichas compañías navieras son instadas por las Autoridades encargadas de la organización y coordinación de la OPE, especialmente por la Dirección General de Protección Civil y la Dirección General de la Marina Mercante, a establecer un acuerdo de intercambiabilidad de billetes, de manera que durante la OPE, entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de cada año, los billetes emitidos por cualquiera de las compañías que operan las líneas marítimas afectadas por la OPE puedan servir a los pasajeros para embarcar en los buques de las otras, evitando así las aglomeraciones e incidentes que surgirían de la necesidad de que cada pasajero tuviera que esperar la salida de los buques cuyos pasajes hubieran adquirido, a veces con mucha antelación.

Por ello, este Tribunal considera que las especiales circunstancias que concurren en la denominada OPE justifican la adopción de los acuerdos

referidos, con carácter excepcional y referidos únicamente a las fechas que comprende dicha Operación, que suelen ser fijados por la Administración entre los días 15 de junio y 15 de septiembre aunque no justifican su mantenimiento durante el resto del año, en el que la normalidad en la afluencia de viajeros y vehículos no obliga a adoptar ninguna medida excepcional y, desde luego, tampoco justifica la adopción o mantenimiento de acuerdos anticompetitivos, prohibidos por la Ley con carácter general.

SEPTIMO.- Finalmente, las alegaciones de algunas de las imputadas sobre la existencia de competencia externa, fundadas en la incorporación a la línea de nuevas compañías navieras, no desvirtúa la realidad del acuerdo y sus consecuencias pues, por una parte, dicha incorporación se ha producido con posterioridad a los hechos que son objeto de este expediente y por otra parte, la unificación de tarifas y de condiciones comerciales constituye una de las formas más graves de concertación anticompetitiva con independencia de que dicha concertación deje resquicios que permitan la entrada de algunos nuevos competidores, pues por sí sola ya produce el efecto de limitar o anular la competencia entre los propios partícipes en el acuerdo.

OCTAVO.- A la vista de las anteriores consideraciones los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un acuerdo anticompetitivo previsto y sancionado por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción por parte de las empresas imputadas de idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras y en el mantenimiento durante todo el año de los acuerdos de intercambiabilidad de billetes adoptados excepcionalmente durante la Operación Paso del Estrecho, del que son responsables todas las compañías imputadas.

NOVENO.- En cuanto a la sanción a imponer, es necesario partir de la base de la gravedad de las conductas que se sancionan que, en el caso de los acuerdos de unificación de tarifas debe considerarse que incurre plenamente en la prohibición del artículo 1 LDC y, por tanto, es grave en cuanto que afecta al interés público que representa el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo. En el caso examinado, en el que el acuerdo alcanza a la casi totalidad de los agentes que operan en la línea marítima a que se refieren los hechos declarados probados, se observa una grave vulneración del principio de independencia de comportamiento de los agentes individuales que operan en el mercado afectado, que es un elemento esencial para el ejercicio de la libertad económica y constituye el presupuesto básico de la libre competencia.

Sobre esta base, es preciso considerar los demás elementos que el artículo 10 LDC establece como criterios determinantes para fijar la cuantía

de la sanción y, como más destacados, la pluralidad de actos y conductas sancionables, la duración de la infracción, que sólo aparece acreditado en el expediente que fue cometida durante los años 1998, 1999 y 2000 y la dimensión de los mercados afectados, que en el caso examinado es el del transporte de pasajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras, en el que las empresas imputadas han tenido en el pasado ejercicio un volumen de ventas conjunto de alrededor de 36.500.000 €, según cifras facilitadas por ellas mismas. La facturación individual durante el mismo ejercicio de las empresas imputadas es muy similar respecto de todas ellas, salvo las correspondientes a Comarit y LME, que son inferiores en más del cincuenta por ciento.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto

PRIMERO.- Declarar que las compañías Euroferrys S.A., Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME), Trasmediterránea S.A., Compagnie Maritime Marocco-Norvegienne (Comarit), Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav) y Lignes Maritimes du Detroit (Limadet) han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos consistentes en la adopción por parte de las empresas imputadas de idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras y en el mantenimiento durante todo el año de los acuerdos de intercambiabilidad de billetes adoptados excepcionalmente durante la Operación Paso del Estrecho

SEGUNDO.- Imponer a cada una de las empresas imputadas Euroferrys S.A., Trasmediterránea S.A., Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav) y Lignes Maritimes du Detroit (Limadet) una multa de 300.000 € y a cada una de las empresas Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME) y Compagnie Maritime Marocco-Norvegienne (Comarit) una multa de 150.000 €.

TERCERO.- Intimar a las compañías Euroferrys S.A., Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME), Trasmediterránea S.A., Compagnie Maritime Marocco-Norvegienne (Comarit), Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav) y Lignes Maritimes du Detroit (Limadet) para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas sancionadas.

CUARTO.- Ordenar a las empresas sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional. En caso de incumplimiento de esta obligación se les impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en la publicación.

QUINTO.- Las empresas sancionadas justificarán ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo ordenado en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.