

RESOLUCIÓN EXPEDIENTE DE AUTORIZACIÓN
Expte. (A 336/03 Intercambio Servicios Navieras,
2443/03 del Servicio)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Troléz, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Antonio Del Cacho Frago, Vocal
D. Fernando Torremocha García-Saenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuervo Mir, Vocal

En Madrid a 11 de noviembre de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal) con la composición arriba expresada y siendo Ponente D. Antonio del Cacho Frago, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 336/03 (2443/03 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio o SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de Autorización Singular formulada por las representaciones de las entidades mercantiles CIE MARITIME MAROCO-NORWEGIENNE, CIE MAROCAINE DE NAVIGATION, LIGNES MARITIME DU DETROIT, COMPAÑÍA TRANSMEDITERRANEA, EUROPA FERRYS S.A. y LINEAS MARÍTIMAS EUROPEAS S.A., al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en los sucesivo LDC), para el establecimiento de un Sistema de Intercambio de Billetes y Espacios de Carga y Ordenación de Horarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de 16 de enero de 2003 se acordó la admisión a trámite de la solicitud, así como la incoación del expediente que quedó registrado con el número 2443/03, nombrando, a su vez, Instructora y Secretaria. Del citado Acuerdo se dio el oportuno traslado a los solicitantes, según dispone el artículo 36.3 de la LDC.
2. El 16 de enero de 2003 el Servicio dispuso que se formalizase una nota extracto a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el

artículo 38.3 de la LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992. Previa autorización del Director General de Defensa de la Competencia, el anuncio se publicó en el BOE nº 26 de 30 de enero de 2003.

3. Igualmente, con fecha 16 de enero de 2003, se solicitó al Instituto Nacional de Consumo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989 y artículo 5 del Real Decreto 157/1992, sin que se haya dado respuesta a la petición.
4. Con fecha 18 de marzo de 2003, solicitó su personación como interesado el representante legal de IMTC. Por Providencia del Servicio de 20 de marzo de 2003 se reconoció su condición de interesado en el procedimiento.
5. IMTC con fecha 15 de abril de 2003 formuló escrito de alegaciones para su incorporación al expediente oponiéndose a la autorización solicitada.
6. Con fecha 25 de abril de 2003, el Servicio redactó su Informe al Tribunal en el que llegaba a las siguientes conclusiones:

El origen más inmediato e la presente solicitud de autorización, se encuentra en la apertura de dos expedientes sancionadores. El primero de ellos, el expediente 2069/99, iniciado a instancia de FETEIA contra TRANSMEDITERRANEA S.A. y COMARIT ESPAÑA S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia en el transporte de camiones en la línea Algeciras-Tánger y que, mediante Resolución del TDC por la que se estimaba el recurso interpuesto contra el acuerdo de archivo de las actuaciones, se ordenaba al Servicio ampliar el ámbito geográfico de investigación al trayecto marítimo Cádiz-Casablanca.

El segundo, bajo el número 2261/01, se inició a instancia de IMTC, interesada en el presente expediente, contra los acuerdos referidos a pasaje, entre las seis empresas actualmente solicitantes de autorización.

Según afirmación de los solicitantes, la presente solicitud tiene por objeto un sistema de intercambio de billetes, espacio de carga y ordenación de horarios entre seis navieras que prestan servicios en la línea Algeciras-Tánger (en adelante el “Sistema”), en virtud del cual, cada una de ellas se compromete a:

- *Admitir a bordo de sus buques a los usuarios que dispongan de un billete emitido por cualquiera de las otras compañías.*

- *A intercambiar espacio en sus buques con el fin de admitir a bordo a aquellos transportistas y cargadores que hayan concertado determinadas condiciones de transporte con cualquiera de las otras navieras partícipes en el Sistema.*
- *Establecer una ordenación de horarios y programación de salidas rotativas por períodos semanales.*

El Proyecto del Sistema de Intercambio de billetes y de Espacios de Carga y Ordenación de Horarios en la Línea Marítima Internacional Algeciras-Tánger-Algeciras”, por el que se regulan los citados acuerdos, se remitió junto a la solicitud de autorización (folios 133-146). Posteriormente, al cumplimentar un requerimiento de información del Servicio (folios 150-152), en el que se pedía que se aclarara el contenido de diferentes cláusulas. Los solicitantes introdujeron modificaciones en el mismo, lo que dio lugar a que remitieran un nuevo texto que figura en los folios 294 a 310. Del contenido de ambos, merece la pena reseñar parte del contenido de algunas de sus cláusulas:

- *PRIMERA. Objeto del Sistema. El objeto del presente Sistema es establecer un intercambio de billetes de pasajeros y vehículos en régimen de equipaje, así como la aceptación por la compañía naviera que efectúa el transporte de las condiciones pactadas por el cargador con otra compañía naviera partícipe y una ordenación de horarios...*
- *SEGUNDA. Acceso al Sistema. Cualquier empresa naviera interesada en la prestación del servicio de línea regular de transporte de pasajeros, vehículos y mercancías entre los puertos de Algeciras y Tánger podrá acceder al mismo, sujeto sólo a la acreditación del cumplimiento de todos los requisitos administrativos exigidos por las autoridades competentes de los Estados rectores de los puertos de la línea, así como de las condiciones previstas en el presente Sistema en la Cláusula Séptima...*
- *TERCERA. Sistema de intercambio de billetes y espacios de carga. Cada una de las navieras partícipes en el mismo, se compromete a admitir a bordo a los pasajeros y vehículos en régimen de equipaje, provistos de billetes emitidos por cualquiera de las otras compañías partícipes, a precio de referencia, es decir, aquellos publicados individualmente por cada naviera, así como las mercancías cuyos cargadores hayan concertado con otra compañía partícipe determinadas condiciones de transporte.*

Cada naviera conservará la libertad de aplicar las condiciones comerciales y de remuneración a su red de ventas y clientes que considere oportunas. Aquella naviera que desee que sus clientes con condiciones particulares en el transporte de mercancías sean aceptados a embarque por otras partícipes, deberá comunicar con carácter previo las condiciones tarifarias particulares para su aceptación a embarque por parte de la naviera que efectúa el transporte.

- *CUARTA. Ordenación de horarios. Las empresas navieras participantes en el Sistema consensuaron con las autoridades e instituciones afectadas de ambos países, así como con las asociaciones de usuarios, unos horarios que cubran la mayor banda horaria posible y que prevean situaciones de tráfico excepcional como puentes, festividades de ambos países y muy especialmente la OPE...*
- *QUINTA. Sistema de liquidación. Del importe facturado por los referidos billetes se descontarán las siguientes comisiones en concepto de gastos de comercialización:*
 - *9% para los billetes emitidos en España y Marruecos.*
 - *16% para los billetes emitidos en otros países.*
- *SEXTA. Tarifas de referencia. Las tarifas publicadas por cada compañía naviera representan un “precio de referencia...”*

En la nueva redacción de esta cláusula se ha añadido un párrafo en el sentido de que ...cada naviera se compromete a celebrar consultas con los usuarios para solucionar las cuestiones...(folio 299)

- *SÉPTIMA. Condiciones de acceso.*

Se declara en esta cláusula que cualquier empresa interesada puede acceder al Sistema siempre que cumpla determinados requisitos de orden administrativo y empresarial. Entre otros:

- *La capacidad ofertada en cada uno de los segmentos de tráfico no podrá ser inferior en más de un 10% a la del buque de las navieras que participan en el Sistema, que tenga la menor capacidad en el momento de la incorporación...*
- *La naviera solicitante deberá comprometerse a permanecer en el Sistema durante un período mínimo de tres años.*

- *La naviera solicitante deberá probar documentalmente que cuenta con otros recursos financieros suficientes...*
- *La naviera solicitante deberá probar que dispone de una red comercial especializada... suficientemente amplia como para comercializar su volumen de embarque anual dentro del Sistema...*
- *Garantizar el cumplimiento de las obligaciones enumeradas anteriormente, mediante el otorgamiento del correspondiente aval bancario, otorgado por entidad de primer orden, fijado en cada caso concreto por la Comisión Paritaria...*
- *La naviera solicitante deberá acreditar, en el momento de la solicitud, el desarrollo de una política de prevención contra el contrabando...*
- *La naviera solicitante deberá acreditar el desarrollo de una política de lucha contra la inmigración clandestina.*
- *La naviera solicitante deberá comprometerse a explotar la línea con un número de buques estructurales igual al número de buques estructurales de cada una de las navieras partícipes, no pudiendo, en ningún caso, explotar la línea mencionada con un número de buques estructurales superior al resto de cada una de las navieras partícipes.*
- *OCTAVA. Ingreso y salida del Sistema... la Comisión Paritaria decidirá por unanimidad de sus miembros sobre la admisión o inadmisión...la admisión del nuevo operador en el Sistema quedará supeditada a la prestación de la garantía establecida en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de comunicación del acta.*
- *NOVENA. Comisión Paritaria. La Comisión Paritaria está constituida por los siguientes miembros: a) Presidente; b) Secretario; y c) un representante por cada naviera participante en el Sistema...*

Para los solicitantes, el Sistema notificado no tiene efectos restrictivos sobre la competencia, dicho Sistema surge ante la necesidad de dar cobertura, estabilidad, continuidad y frecuencia, al creciente tráfico entre los puertos españoles y marroquíes, que se intensifica durante el período estival por el regreso de los ciudadanos marroquíes a sus lugares de origen.

Por otra parte, los solicitantes afirman en su escrito (folios 11 y 24) que, “la especial configuración del tráfico e involucración de las respectivas administraciones (españolas y marroquíes), ha impulsado e instado el establecimiento de un sistema de cooperación mínima entre navieras, todo ello al objeto de dar cumplimiento al mandato comprendido en el citado Convenio Bilateral...” y más adelante “...es preciso recordar que el intercambio de espacios en buques para transporte de mercancías constituye un mero acuerdo técnico, que tal y como se establece en el artículo 2 del Reglamento (CEE) 4056/86, escapa a la prohibición del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE”.

Para valorar su tipificación como art. 1 de la LDC, y la posible justificación de la exención implícita en estas afirmaciones y que, en última instancia, lleva a los solicitantes, como se ha visto al principio, a considerar que no hay efectos restrictivos de la competencia debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que no se trata de acuerdos mínimos, sino que la aplicación del proyectado Sistema, supone unos acuerdos que podríamos denominar de carácter general:

- *El Sistema de intercambio de billetes se aplica a la explotación de la línea tanto en los meses de máxima ocupación, en los que se requiere de medidas excepcionales, como en los meses en los que la explotación individual de la línea resulta menos rentable.*
- *El acuerdo afecta a cada uno de los segmentos de tráfico: -Pasajeros; -Pasajeros con vehículos; -Pasajeros (grupos); -Pasajeros (grupos con autocares); -Pasajeros (residentes marroquíes en el extranjero); -Carga de productos hortofrutícolas; -Carga general, etc...*
- *Se establece la coordinación de horarios y flotas.*
- *Los partícipes se comprometen a explotar la línea con igual número de buques estructurales.*
- *Coordinación entre los participantes para la utilización de las instalaciones de los puertos de Algeciras y Tánger, que sólo permiten las operaciones simultáneas de atraque y descarga de un limitado número de buques.*
- *Definición, por parte de los partícipes, de las condiciones de acceso al “pool” para otros operadores, con el consiguiente riesgo de convertirlas en barreras de entrada a otras compañías.*

Estas son las líneas generales del acuerdo, ahora bien, del articulado del Proyecto de Sistema, se deduce la existencia de las siguientes prácticas:

- *Como se ha podido ver hasta aquí, el intercambio de espacios en buques no es una práctica aislada, sino que forma parte de un Sistema en el que admitirán a bordo las mercancías, en las condiciones tarifadas y de transporte que el cargador hubiera concertado con alguna de las otras navieras.*
- *Las tarifas publicadas por cada compañía se consideran “precios de referencia”. Pero tal y como están planteadas, conducen necesariamente a una unificación de las mismas (práctica que fue objeto de los dos expedientes sancionadores) ya que “... la naviera se compromete a admitir a bordo a los pasajeros... a precio de referencia, es decir, aquellos publicados individualmente por cada naviera, así como las mercancías cuyos cargadores hayan concertado con otra compañía partícipe determinadas condiciones de transporte...”*
- *El hecho de que la aceptación por las compañías partícipes, de clientes con condiciones particulares para el transporte de carga, pactadas con otra naviera, esté sujeta a la comunicación y aceptación previa de dichas condiciones tarifarias particulares, sólo puede favorecer la aparición de conductas paralelas que atentan contra la libertad para fijar condiciones comerciales y de remuneración individuales, impidiendo una política comercial distinta e individual, y favoreciendo la aplicación de la tarifa de referencia con criterios homogéneos y con una política común de descuentos.*
- *La ordenación de horarios será consensuada entre las navieras, las autoridades afectadas de España y Marruecos y las asociaciones e usuarios.*
- *Obviamente, la capacidad para consensuar horarios con las autoridades, no va a ser igual para las navieras partícipes en el Sistema que para las navieras externas, lo que se puede convertir en un factor de discriminación y en una barrera de entrada a otras navieras en un mercado que como se ha visto crece anualmente.*
- *Por otra parte, la consulta con las asociaciones de usuarios, únicamente está enunciada, sin definir los cauces, interlocutores y periodicidad de las mismas y, cuando se trata de tarifas se hará individualmente por cada naviera, lo que da muy poco valor operativo a las consultas.*

- *El acceso de nuevas navieras al Sistema está sujeto al acuerdo unánime de todas las compañías partícipes, reunidas en Comisión Paritaria, que comprobarán el cumplimiento de determinados requisitos.*
- *Estos requisitos son concretos cuando tienen carácter administrativo (autorizaciones y licencias para el servicio de transporte, cumplimiento de obligaciones fiscales y de seguridad social), sin embargo, permiten una estimación subjetiva de la citada Comisión Paritaria, cuando tienen carácter empresarial (capacidad financiera, experiencia en el transporte marítimo, red comercial, sistema informático, política de prevención del contrabando y la inmigración clandestina, disposición de un buque con determinadas características –técnicas, capacidad de carga, de servicios, etc.*

En conclusión, el Servicio considera que el Sistema notificado supone la adopción de acuerdos referidos a precios de los servicios, explotación de línea, intercambiabilidad de billetes, coordinación de horarios y flotas y accesibilidad de terceros, tipificados en el art. 1 de la LDC y por lo tanto prohibidos, por lo que para ser susceptibles de autorización singular deberán reunir los requisitos exigidos en el art. 3 de la LDC.

7. En conclusión, el Servicio considera que la creación y puesta en funcionamiento de un Sistema de Intercambio de Billetes y Espacios de Carga y Ordenación de Horarios durante los meses de junio a septiembre, en los que se produce la denominada Operación Paso del Estrecho, puede contribuir ampliamente a la mejora de la explotación más eficiente de la línea Algeciras-Tánger.

Ahora bien, para que dicho acuerdo pueda ser autorizado deberá modificar la definición de su contenido asumiendo y subsanando las objeciones anteriormente expuestas.

Asimismo, el Informe contiene la afirmación de que “este Servicio considera que no se justifica, al amparo del art. 3 de la LDC la aplicación del Sistema a lo largo de todo el año”.

8. Recibido dicho Informe y el expediente en el Tribunal el 25 de abril de 2003, por Providencia de 7 de mayo del mismo año se admitió a trámite el mencionado expediente que recibió el nº A 336/03. Intercambio Servicio Navieras.
9. Por Providencia de 29 de mayo de 2003, el Pleno del Tribunal acordó oír a los interesados y al Servicio de Defensa de la Competencia por plazo de diez días, para formular alegaciones y proponer pruebas, que se amplió

por Providencia de 17 de junio de 2003 con estimación de la petición formulada por los interesados.

10. Mediante escrito de 23 de junio de 2003, las representaciones de las compañías mercantiles solicitantes de la autorización formularon las alegaciones que estimaron oportunas y solicitaron la práctica de la prueba documental consistente en la unión al expediente del dictamen elaborado por el catedrático D. Gerardo Polo, así como de un comunicado de prensa de 27 de marzo de 2003 sobre la intención de Balearia de iniciar la prestación de servicios de la línea Algeciras-Tánger-Algeciras, y remisión de comunicaciones al Cónsul General de Marruecos en Algeciras y a la Dirección General de la Marina Mercante.

El representante de la entidad marroquí Internacional Maritime Transport Corporation-ARMEMENT- Consignation del Naviers – AFFRETEMENT (IMTC), mediante escrito de 25 de junio de 2004, se ratificó en el escrito de oposición presentado ante el Servicio el 15 de abril de 2003, solicitando la celebración de Vista o, en su caso, trámite de conclusiones.

11. Por Auto de 14 de julio de 2003, el Tribunal decidió estimar procedente todos los medios propuestos y acordó su práctica en los términos interesados.
12. Mediante escrito de 1 de agosto de 2003, los representantes de las compañías mercantiles solicitantes manifestaron –apartado VI-, la admisión en el Sistema de Intercambio de la compañía naviera IMTC a todos los efectos.
13. Por Providencia de 21 de octubre de 2003 se acordó poner de manifiesto a los interesados el expediente, una vez incorporadas las pruebas admitidas por Auto de 14 de julio de 2003, para alegaciones en el plazo de diez días, que se amplió por cinco días más previa petición de los interesados
14. Mediante escrito de 10 de noviembre de 2003, formularon las alegaciones que estimaron conveniente sobre el resultado de la prueba que consta en el expediente.
15. Por Providencia de 2 de diciembre de 2003 se acordó poner de manifiesto a los interesados para efectuar conclusiones en el plazo de quince días, que fue ampliado a petición de las partes comparecidas.
16. Mediante escrito de 7 de enero de 2004 los representantes de las entidades interesadas establecieron las conclusiones que estimaron

oportunas y solicitaron la concesión de la autorización singular de conformidad con las previsiones del artículo 4 de la LDC.

17. Por Providencia de 31 de mayo de 2004 se concedió un plazo de quince días para que por las compañías interesadas se procediera a formular alegaciones sobre el Informe emitido por el Servicio de Defensa de la Competencia, en el que se distingue el período comprendido en la operación Paso del Estrecho y el resto del año, a efectos de la concesión de la autorización singular solicitada.
18. Los representantes de las compañías navieras solicitantes, mediante escrito de 24 de junio de 2004, insistieron en las alegaciones formuladas en el expediente y solicitaron la autorización singular para la aplicación del Sistema de Intercambio durante todo el año.
19. El Tribunal, en su sesión plenaria de 14 de octubre de 2004 deliberó y falló este expediente, encargando al Vocal Ponente la redacción de esta Resolución.
20. Son interesados:
 - Compagnie Maritime Maroco-Norvégienne
 - Compagnie Marocaine de Navigation
 - Lignes Maritimes du Detroit
 - Compañía Transmediterránea S.A.
 - Europa-Ferrys S.A.
 - Líneas Marítimas Europeas S.A.
 - Internacional Maritime Transport Corporation

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Este expediente tiene su origen en la petición de autorización singular formulada con la cobertura legal del artículo 4 de la LDC, por las compañías mercantiles ya citadas, que prestan sus servicios en la línea Algeciras-Tánger, respecto del denominado Sistema de Intercambio de Billetes y de Espacios de Carga y Ordenación de Horarios, descrito en los documentos incorporados al expediente tramitado por el Servicio. El análisis de la cuestión planteado exige, en primer lugar, determinar si los acuerdos contenidos en el referido Sistema, tienen una naturaleza capaz de producir, o de poder producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y, en consecuencia, atraigan la calificación de conducta prohibida, según el artículo 1 de la LDC, así como, si corresponde, en su caso acoger la petición de autorización.

2. En la solicitud de autorización se hace constar que el Sistema, que trae causa del marco de colaboración iniciado por España y Marruecos con la firma del Convenio de 29 de diciembre de 1979, surge ante la necesidad de dar cobertura al intenso tráfico de ciudadanos marroquíes que cada año regresan desde Europa a su país de origen; en virtud de este Sistema de Intercambio cada una de las navieras se compromete a admitir a bordo de sus buques a aquellos transportistas y cargadores que hayan concertado determinadas condiciones de transporte con cualquiera de las navieras, y establecer una ordenación de horarios y programación de salidas rotativas por períodos semanales.

Asimismo, las entidades solicitantes hacen referencia a la colaboración entre las autoridades españolas y marroquíes, que han puesto en marcha durante el período estival un dispositivo conocido con el nombre de “Operación Paso del Estrecho” (OPE), en el fin de facilitar el tránsito en esta zona, y que este sistema de “billete open” (sin reserva) se extiende a todo el año, permitiendo al usuario habitual de esta línea marítima utilizar los servicios de cualquiera de las navieras evitando así tiempos de espera no deseados.

El contenido del denominado Sistema de Intercambio queda descrito en cláusulas que, en su parte más significativa a los efectos de resolver este expediente, se consignan en los precedentes antecedentes de hecho. De su lectura se aprecian, en primer lugar, dos elementos configuradores de los acuerdos adoptados por las compañías navieras que operan en la línea marítima Algeciras-Tánger, que merecen ser destacados.

El primero de ellos hace referencia la definición del sistema en el aspecto objetivo de segmentos del Servicio de Transporte en él incluidos, cuestión resuelta por las entidades interesadas en el sentido de extender el ámbito de aplicación a los pasajeros, a los vehículos en régimen de equipaje, así como a los espacios de carga o mercancías; en segundo lugar, el conjunto de reglas convenido rige durante todos los meses del año.

El compromiso adquirido por cada una de las navieras partícipes, en cuanto al intercambio de billetes y espacios de carga, se concreta en la admisión a bordo de los pasajeros y vehículos en régimen de equipaje, provistos de billetes emitidos por cualquiera de las otras compañías partícipes, a precio de referencia publicados individualmente por cada naviera, así como las mercancías cuyos cargadores hayan concertado con otra compañía partícipe determinadas condiciones de transporte. Existe también la previsión de que las navieras que deseen que sus clientes con condiciones particulares en el transporte de mercancías sean aceptados a

embarque por otros partícipes, deberán comunicar, con carácter previo, las condiciones tarifarias para su aceptación a embarque por parte de la naviera que efectúa el transporte.

El intercambio de billetes y espacios de carga se aplica con el criterio de generalidad que proclama el Sistema, esto es, afecta a todos los segmentos del tráfico y durante todos los meses del año, es decir, tanto los de máxima ocupación, que reclaman la adopción de medidas especiales, como al resto del año; esta circunstancia unida al hecho de que la aceptación por las compañías partícipes de clientes con condiciones particulares para el transporte de carga, pactadas con otra naviera, esté sujeta a la comunicación y aceptación previa de dichas condiciones tarifarias particulares, perjudica una política comercial propia e individualizada de cada una de las empresas participantes, favorece la aplicación de la tarifa de referencia con criterios homogéneos y una política común de descuentos, dando lugar, en definitiva, a la creación de conductas paralelas, prohibidas por el artículo 1 de la LDC. En este sentido, respecto de lo que constituye el objeto de cada procedimiento, ha resuelto este Tribunal las cuestiones planteadas por las denuncias formuladas por la Federación Española de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados (FETEIA) y por la naviera Internacional Maritime Transport Corporation (IMTC), que dieron lugar, respectivamente, a los expedientes sancionadores números 561 y 555 ambos del años 2003. En el primero de estos expedientes el Tribunal declaró acreditada la realización por parte de las navieras denunciadas, solicitantes en este procedimiento de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la LDC “consistente en la aplicación de una política de precios homogénea y paralela, basada en descuentos comunes sobre una tarifa común de referencia”; y en el expediente citado en segundo lugar, el Tribunal declaró que las navieras de constante referencia han incurrido en una práctica prohibida en el artículo 1.1ª) de la LDC, por haber realizado acuerdos consistentes en la adopción “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 Fase del Estrecho”.

El Sistema notificado, por una parte, establece determinadas condiciones de acceso para cualquier empresa interesada en participar en sus objetivos y finalidad y, por otro lado, regula el ingreso y salida de las navieras mediante la decisión de la denominada Comisión Paritaria. Del conjunto de disposiciones encaminadas a regularizar la entrada de nuevas empresas conviene distinguir entre aquellos requisitos que por su naturaleza tienen carácter objetivo, que se pueden denominar

administrativos, de aquellos otros que ostentan un marcado significado empresarial y están sometidos a valoración por los representantes de las navieras mediante criterios excesivamente amplios, favorable a una estimación subjetiva. Entre los que merecen la calificación de requisitos empresariales: la naviera solicitante deberá probar documentalmente que cuenta con unos recursos financieros suficientes, así como también deberá probar que dispone de una red especializada, suficientemente amplia para comercializar en volumen de embarque anual dentro del Sistema; también deberá acreditar la naviera solicitante, en el momento de la solicitud, el desarrollo de políticas de prevención contra el contrabando y de lucha contra la inmigración clandestina; además del compromiso de explotar la línea como mínimo durante tres años, con buques de determinadas características técnicas y de capacidad. La decisión acerca del cumplimiento de las expresadas condiciones corresponde a los representantes de las navieras participantes en el Sistema reunidos en Comisión Paritaria, constituida, además de por un Presidente y un Secretario, por un representante de cada una de las navieras partícipes, que deciden sobre el ingreso y salida del Sistema por unanimidad.

Estas reglas de accesibilidad de terceros, junto al consenso entre las navieras para la ordenación de los horarios con las autoridades administrativas de España y Marruecos, constituyen elementos de discriminación para las navieras externas interesadas en la prestación de servicios en la línea Algeciras-Tánger-Algeciras, en la que la demanda debe ser atendida desde la oferta surgida y apoyada en la libre competencia.

En consecuencia, el Sistema notificado contiene acuerdos tipificados en el artículo 1 de la LDC y, por ello, prohibidos, sin que encuentren cobertura externa alguna, a pesar de las alegaciones formuladas por los solicitantes. En primer lugar, los principios generales que estructuran el Sistema de Intercambio en cuestión, así como las reglas que integran su contenido normativo exceden del mero acuerdo técnico definido en el artículo 2 del Reglamento (CEE) 4056/86 del Consejo; en segundo término, el amparo legal pretendido por los solicitantes del Convenio de 29 de diciembre de 1979 celebrado entre el Estado Español y el Reino de Marruecos, sobre transporte marítimo y modificaciones posteriores, no es aceptado por el Tribunal según los razonamientos efectuados en las Resoluciones de 26 de mayo y 21 de junio de 2004, que pusieron fin a los expedientes sancionadores 561/03 y 555/03, respectivamente. En estas Resoluciones se afirma que el principal objeto del citado Convenio “es la simplificación de las formalidades administrativas y sanitarias en los puertos de ambos países”, así como “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 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 a éstas a quienes se atribuye el cumplimiento de lo acordado”.

3. El artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 permite la autorización por este Tribunal de aquellas conductas incluidas en el artículo 1 de la misma norma, siempre que contribuyan a mejorar la producción a la comercialización de bienes y servicios, cuando concurren los requisitos determinados por el artículo 3 de la Ley citada.

En este aspecto de la cuestión planteada en el procedimiento es conveniente hacer referencia al hecho de que el Servicio de Defensa de la Competencia, en el Informe remitido al Tribunal, distingue entre los meses en que se desarrolla la Operación del Paso del Estrecho y el resto del año, en tanto que los solicitantes en todas las fases de tramitación de este expediente, es decir, desde la formulación de la solicitud inicial hasta las últimas alegaciones, interesan la autorización para la explotación de la línea Algeciras-Tánger-Algeciras durante todos los meses del año, con referencia a todos los segmentos del tráfico. La distinción se argumenta por el Servicio con fundamento en la realidad que supone la denominada OPE, que se desarrolla entre los meses de junio y septiembre, con el tránsito masivo de marroquíes hacia su país de origen con ocasión de las vacaciones laborales, circunstancia que origina un auténtico fenómeno social, con niveles de concentración muy importantes de personas y de vehículos en las instalaciones portuarias de los países afectados, que exige la adopción de medidas excepcionales tendentes a agilizar el tráfico en la zona y así eliminar o, cuando menos, reducir el tiempo de espera en los puertos, objetivo que se puede lograr con una programación ordenada que garantice una frecuencia óptima, un servicio de transporte marítimo coordinado y equilibrado según las singularidades de los diferentes segmento del tráfico, teniendo en cuenta la especial tipología de los buques y la racionalización de horarios. La petición de las notificantes dirigida a solicitar la autorización singular para la aplicación del Sistema a

todo el año, produce el efecto de adoptar la resolución en este procedimiento sin distinguir los períodos de máxima ocupación y aquellos otros en que la concurrencia de usuarios o demanda de espacios de carga se produce en condiciones de normalidad, es decir, que la concesión o denegación de autorización debe estar referida a todo el año.

Ahora bien, las medidas anotadas en orden a lograr la agilidad en el tráfico de la línea marítima de constante referencia pueden ser adoptadas también en los meses de menor intensidad como pretende el Sistema objeto de la solicitud de autorización singular, y dar cumplimiento de esta manera al enunciado general del artículo 3 de la LDC, es decir, de lograr beneficiar al mercado y a los usuarios. No obstante, el citado precepto en sus tres apartados del punto número uno exige la concurrencia de los requisitos relativos a la participación adecuada de consumidores y usuarios en las ventajas del Sistema, no imposición a las empresas interesadas de restricciones que no sean indispensables para la consecución de sus objetivos, así como la imposibilidad de las empresas de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios de que se trata.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos enunciados –art. 3.1a) LDC- de participación adecuada de consumidores y usuarios en las ventajas derivadas del Sistema, el análisis de las actuaciones practicadas muestra que si bien es cierto que el Sistema puede permitir a los usuarios, como razona el Servicio en su Informe, beneficiarse de numerosas ventajas y facilitar el acceso a un servicio eficaz y frecuente embarque continuo, reduciendo considerablemente el tiempo de espera; así como que la explotación más eficiente de la línea que implica la racionalidad de la capacidad existente, podrá repercutir no sólo en las empresas navieras sino también en los usuarios en forma de ventajas económicas y en un mejor servicio; sin embargo, como queda declarado con anterioridad, el Sistema favorece la creación de conductas paralelas con efectos anticompetitivos que dan lugar a la aplicación de criterios homogéneos y una política común de descuentos, que repercute negativamente sobre los precios.

Por otra parte, aún cuando el Sistema hace referencia a la consulta a los usuarios, no existen previsiones sobre el procedimiento adecuado para hacer efectiva la participación de los interesados en las condiciones y calidad de los servicios prestados.

En cuanto al segundo de los requisitos antes mencionados –art. 3.1. b) LDC- no imposición a las empresas interesadas de restricciones que no sean indispensables para la consecución de sus objetivos, del conjunto de

actuaciones se advierten restricciones –y así lo hace constar el Servicio en su informe- que no tienen la naturaleza de necesarias para la consecución de sus objetivos. Carece de fundamento la exigencia impuesta a la naviera solicitante de permanecer en el Sistema durante un período de tres años. Asimismo, no se justifica el deber que tiene la naviera solicitante de comprometerse a explotar la línea con un número de buques estructurales igual al número de buques estructurales de cada una de las navieras partícipes, sin que pueda, en ningún caso explotar la línea con un número de buques estructurales superior al del resto de cada una de las navieras partícipes. En este sentido de imposición de restricciones que no tienen el carácter de imprescindibles, el Servicio anota el hecho de que la aceptación por las compañías partícipes de clientes con condiciones particulares para el transporte de carga, pactadas con otra naviera, esté sujeta a la comunicación y aceptación previa de dichas condiciones tarifarias particulares, sólo puede favorecer la aparición de conductas paralelas, e impedir o dificultar la autonomía en la política comercial de cada empresa.

En relación al tercero de los requisitos –art. 3.1.c) LDC- es decir, imposibilidad de las empresas de eliminar la competencia respecto de una parte esencial de los servicios, las navieras solicitantes alegan que el Sistema no supone una limitación sustancial de los servicios, porque sólo afecta a una de las líneas a disposición de los usuarios en las rutas que unen Marruecos con Europa en general, y a una de los diferentes medios de que disponen. Además el impacto de la competencia potencial favorecida por la movilidad de la flota y por la ausencia de barreras significativas a la entrada, no puede ser olvidado.

Estas alegaciones de las navieras solicitantes de la autorización singular, así como las pruebas practicadas a su instancia singularmente el informe emitido por D. Gerardo Polo no pueden ser acogidas por el Tribunal porque, como informa el Servicio de Defensa de la Competencia, no cabe aceptar la definición del mercado geográfico refiriéndolo a Marruecos con Europa, de forma que procede partir de la delimitación del tránsito a través del Estrecho entre la Península y el norte de África, y más en concreto, entre la zona Sur-Estrecho y el Magreb, donde se dan unas condiciones específicas y homogéneas. En este sentido es conveniente recordar el Informe emitido por el Tribunal, con fecha 25 de noviembre de 2002, en el expediente de Concentración Económica C-75/02 (Acciona Transmediterránea) en el que se distinguen tres áreas geográficas en las que opera la Compañía Transmediterránea: la zona del mediterráneo, la zona de Canarias y la zona Sur-Estrecho, de forma que, en conclusión, pueden considerarse las siguientes rutas: Península-Baleares, Península-

Canarias, Sur de España-Norte de Marruecos y tráfico interinsular balear o canario.

En consecuencia, a los efectos de este expediente, el mercado relevante está referido a la totalidad de los servicios de transportes marítimos, es decir, de pasajeros, vehículos en régimen de equipaje y carga o mercancías que realizan el tránsito a través del Estrecho entre la zona sur de España y Marruecos.

La intensidad de tránsito en esta zona, la limitación de las infraestructuras portuarias en los dos países afectados por la línea, y las incidencias que puedan surgir en determinadas épocas como la denominada OPE, son factores que legitiman una adecuada ordenación de horarios y una programación conveniente de las actividades que posibilitan el tránsito. El Sistema notificado cumpliría esta finalidad en el supuesto de no contener cláusulas que, en la dinámica del mercado, actúan como auténticas barreras de entrada para otras empresas que quedarían discriminadas respecto de las partícipes en el Sistema, originando efectos anticompetitivos, rechazados por las normas reguladoras de la defensa de la competencia y, concretamente, por la regla contenida en el art. 3.1.c) de la LDC, que en este momento se analiza en relación con la solicitud de autorización sustanciada en este procedimiento. Como queda relacionado con anterioridad, en el Sistema en cuestión se elimina la competencia en materias tan importantes como son las relativas a las condiciones de acceso con unos requisitos cuyo cumplimiento corresponde a la decisión unánime de la Comisión paritaria integrada por los representantes de las compañías navieras solicitantes. En el mismo sentido de perjuicio grave para una competencia eficaz deben ser calificadas las exigencias previstas en el Sistema respecto de determinada capacidad de los nuevos participantes, experiencia anterior de tres años, permanencia en el Sistema de tres años, garantía mediante aval bancario suficiente, obligatoriedad de asignación a la línea del mismo número de buques estructurales y, en definitiva, de las restricciones que el Sistema establece que de ninguna forma pueden considerarse indispensables incumpliendo así, el apartado b) del referido art. 3 LDC y cuyas consecuencias negativas para la política comercial de las empresas, tanto partícipes como de nuevo ingreso han sido puestas de relieve anteriormente.

4. El Sistema de intercambio no merece la autorización singular solicitada, según las previsiones normativas del art. 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por no concurrir en él los requisitos enumerados en el art. 3.1 de la misma Ley. El Tribunal coincide con los criterios expuestos por el Servicio de Defensa de la Competencia y desestima la petición deducida por las compañías navieras solicitantes, cuyas alegaciones, así como los

razonamientos y conclusiones del informe de D. Gerardo Polo, no logran el éxito pretendido, según razonamientos precedentes.

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

HA RESUELTO

No autorizar el Sistema de Intercambio de Billetes y Espacio de Carga y Ordenación de Horarios entre las Compañías Navieras solicitantes que prestan servicios en la línea Algeciras-Tánger-Algeciras.

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