

RESOLUCIÓN (Expte. A 322/02, Contrato-tipo Comisión IBERIA)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 28 de abril de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 322/02 (2391/02 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), iniciado a solicitud de la empresa IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.(en adelante, IBERIA) con el fin de que se le autorice un modelo de contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. IBERIA presentó en el Servicio el día 23 de mayo de 2002 una solicitud de autorización para un modelo de contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España.

La solicitud de autorización singular se presentó con el objeto de dar cumplimiento a la Resolución del TDC de 1 de abril de 2002 (Expte. 514/01 Iberia). En concreto IBERIA señala:

Con carácter previo a la descripción del acuerdo, debe ponerse de manifiesto que, mediante la suscripción del modelo de contrato-tipo objeto de la presente solicitud, IBERIA pretende dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución del TDC de 1 de abril de 2002, por la que

el referido órgano declaró la incompatibilidad con el artículo 6 de la LDC del incentivo variable (“Creciberia”) estipulado en el contrato-tipo de comisión suscrito en 1998 entre IBERIA y las agencias de viajes, e intimó a IBERIA para que cesara en la conducta impugnada. Así, el modelo de contrato-tipo objeto de la presente solicitud sustituiría, a partir del 1 de junio de 2002, al contrato-tipo de 1 de junio de 1998, cuya resolución ha sido comunicada por IBERIA a las agencias de viaje en el mes de abril y que quedará extinguido el 31 de mayo próximo.

2. El Servicio, tras cumplimentar los trámites previstos por la Ley de Defensa de la Competencia, remitió el expediente al Tribunal junto con el correspondiente Informe en el que señalaba:

En el marco de las negociaciones que, desde febrero de 2001, ha venido manteniendo IBERIA con el interlocutor designado por el sector de las agencias de viajes (la Cúpula Asociativa de las Agencias de Viajes Españolas –CAAVE– que agrupa a las asociaciones del sector) para adaptar el sistema de retribución acordado en 1998, IBERIA ha puesto de manifiesto, reiteradamente, la necesidad de someter a las autoridades de competencia el nuevo modelo de sistema retributivo que viniera a pactarse. En esta línea, en su escrito de fecha de 17 de mayo de 2002 por el que IBERIA ha dado traslado a las agencias del modelo final de contrato-tipo acordado (folio 28), IBERIA ha procedido a comunicar a CAAVE su voluntad de notificar, de forma inmediata, el modelo de contrato a las autoridades de competencia, al objeto de obtener su autorización.

y concluía:

El nuevo sistema salva las restricciones que según el TDC en su Resolución de 1 de abril de 2002 conllevaba el incentivo “Creciberia” del antiguo sistema,.....

En consecuencia, el Servicio de Defensa de la Competencia estima que la presente solicitud de autorización singular, formulada por Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. (IBERIA) para el modelo de Contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España, es susceptible de autorización al amparo del art 3.1 de la Ley 16/89, por un plazo no superior a cinco años para su aplicación.

3. Recibido el expediente en el Tribunal el 26-7-02, éste lo admitió a trámite por Providencia de 29-7-02.

4. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 23 de abril de 2003, deliberó y falló sobre este asunto.
5. Se considera interesada a IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. IBERIA solicita que se le autorice un modelo de contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España. En su solicitud, IBERIA hace referencia en varias ocasiones a la Resolución de este Tribunal, de fecha 1 de abril de 2002, en el Expte. 514/01, IBERIA, y manifiesta su deseo de *dar pleno cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal* en dicha Resolución.

En dicha Resolución el Tribunal había considerado que:

el sistema de comisión Creciberia comparte muchas de las características fidelizadoras que han sido consideradas reprobables por la jurisprudencia europea cuando se producen en el seno de situaciones de dominio del mercado. En este sentido, el sistema Creciberia constituye un abuso de posición de dominio.

La primera observación que debe realizarse es que en el Derecho español no existe un procedimiento específico para la obtención de una declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia que acredite que la práctica de referencia no es restrictiva de la competencia.

Por otra parte, IBERIA solicita la aprobación de lo que denomina un contrato-tipo. La celebración de contratos tipificados no supone una práctica contraria al art. 1 LDC, por lo que, en principio, no requiere autorización. Es cierto que es frecuente la presentación ante los órganos de defensa de la competencia de solicitudes de autorización de ciertos contratos-tipo que contienen cláusulas restrictivas de la competencia, pero que se consideran incursos en alguno de los supuestos de autorización que prevé el art. 3 LDC. Sin embargo, lo que el Tribunal sancionó en su día fue la existencia de cláusulas que suponían un *abuso de posición de dominio*, concepto que no es idéntico al de *cláusulas restrictivas de la competencia*, como pone de relieve el propio FD 5 de dicha Resolución en el que el Tribunal acude a la jurisprudencia comunitaria para señalar qué actividades –en principio lícitas y no restrictivas de la competencia- pueden considerarse abusivas cuando son llevadas a cabo por una empresa que ostenta posición de dominio.

Por tanto, un contrato-tipo que no incluya cláusulas restrictivas de la competencia no es contrario al art. 1, por lo que no requiere autorización.

No obstante, el hecho de que los conceptos de prácticas restrictivas de la competencia y de prácticas abusivas no sean idénticos no excluye que exista un considerable solapamiento entre ambos. Por ello, resulta pertinente analizar los elementos abusivos que, en su día, encontró el Tribunal en los contratos celebrados por IBERIA con el fin de constatar si han sido excluidos del proyecto de contrato que se somete a autorización del Tribunal. En este sentido en el Expte.514/01 el Tribunal señaló la existencia de tres elementos objetables en la prima CRECIBERIA:

- 1.1 *En primer lugar, la prima sólo se aplica cuando el crecimiento de los ingresos brutos por venta de billetes de IBERIA de la agencia en relación con el período precedente es igual o superior al 3%; la función de retribución por ese concepto muestra discontinuidad en el entorno de ese valor del 3%, de tal forma que la retribución de las agencias por el concepto Creciberia salta del 0 al 0,75% cuando el crecimiento de los ingresos por venta de billetes de IBERIA alcanza el 3%. Ello significa que las agencias, que normalmente controlan la información sobre vuelos que pueden ponerse a disposición del cliente, tienen, cuando se encuentran en ese entorno del 3%, un fuerte aliciente para encauzar a sus clientes hacia la compañía IBERIA lo que puede llevar, incluso, a que silencien las ofertas alternativas de otras compañías.*
- 1.2 En segundo lugar, el hecho de que las primas se establecieran como función de la variable crecimiento de las ventas de la agencia de viajes en relación con el año anterior, hacía que las agencias de viajes tuvieran un importante aliciente para encauzar pasajeros hacia la compañía IBERIA hasta alcanzar esa remuneración máxima del 5%.
- 1.3 En tercer lugar, el hecho de que la prima máxima del 5% se alcanzase en un valor máximo de X (Xmax, en la terminología de dicha Resolución) negociado bilateralmente entre IBERIA y cada agencia; esa negociación bilateral introducía un elemento de opacidad similar al que la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de 9 de noviembre de 1983, en el caso 322/82, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin contra la Comisión Europea*, consideró reproable.

El Tribunal constata que en el proyecto de contrato tipo que se somete a autorización esos tres elementos han sido eliminados. En efecto, el nuevo contrato se caracteriza, por:

- 1.4 Establecer una prima positiva para todos los valores de la variable independiente.
- 1.5 La variable independiente se define en términos de cifra de ventas de la agencia, no de porcentaje de crecimiento de las ventas de la agencia, con ello desaparece el *efecto succión* que asimilaba el sistema anterior al sancionado por el Tribunal Europeo de Justicia en el citado caso *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin contra la Comisión Europea*.
- 1.6 El valor de la variable en el que se alcanza la prima máxima queda determinado en el cuadro del Anexo C, pág. 109 del expediente del Servicio, por lo que desaparece el elemento de opacidad del sistema anterior.

En definitiva, el Tribunal constata que los elementos *abusivos* que aparecían en el sistema anterior han desaparecido del presente sistema.

2. Por ello, al no observarse elementos restrictivos de la competencia en el contrato-tipo que se somete a autorización, procede declarar que dicho contrato-tipo no constituye un acuerdo incurso en el art. 1 LDC por lo que no requiere autorización por parte de este Tribunal.

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

RESUELVE

ÚNICO: Declarar que dicho contrato-tipo no constituye un acuerdo incurso en el art. 1 LDC por lo que no requiere autorización por parte de este Tribunal.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso en tal vía pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.