

RESOLUCIÓN (Expte. A 290/01, Conferencia Marítima Península-Canarias)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 18 de febrero de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 290/01 (2176/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular formulada por Compañía Trasatlántica Española S.A., Navicon S.A., Naviera Pinillos S.A., Navimport, S.A. y Nenúfar Shipping, S.A. al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), para una Conferencia Marítima para el tráfico regular de mercancías entre la Península y las Islas Canarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Servicio, mediante Providencia de 4 de julio de 2000, acordó la admisión a trámite de la solicitud de Compañía Trasatlántica Española S.A., Navicon S.A., Naviera Pinillos S.A., Navimport, S.A. y Nenúfar Shipping, S.A. y la incoación del expediente 2176/00. Con fecha 9 de enero de 2001 el Servicio remitió el expediente al Tribunal acompañado del correspondiente informe.
2. Por Providencia de 10 de enero de 2001 el Tribunal admitió a trámite el expediente.
3. El 21 de agosto de 2001 se recibió escrito de la *Conferencia Marítima de Fletes Península-Canarias- Península* (la *Conferencia*) comunicando la

baja en la Conferencia de las empresas Navicon S.A, por declaración judicial de suspensión de pagos, y Nenúfar Shipping, S.A., por haber dejado de tener buques propios.

4. El 19 de septiembre de 2001 la *Conferencia* remitió al Tribunal un escrito precisando, tras la baja de las empresas Navicon S.A y Nenúfar Shipping, S.A., que las nuevas cuotas de mercado de la Conferencia en los tráficos Península- Canarias disminuían desde el 42,34 % inicialmente notificado a 31,40 % (*Southbound*) y 29,33% (*Northbound*).
5. Por Providencia de 22 de octubre de 2001 el Tribunal, antes de acordar la tramitación que pudiera corresponder, remitió al *Consejo Español de Usuarios de Transporte Marítimo* (CEUTM), que había presentado alegaciones en la tramitación ante el Servicio, copia de los documentos recibidos de la *Conferencia*.
6. El 8 de noviembre de 2001 se recibió escrito de alegaciones de CEUTM.
7. Por Providencia de 22 de noviembre el Tribunal, en aplicación del artículo 10 c del R. D 157/92, acordó la tramitación contradictoria poniendo de manifiesto el expediente a los interesados por un plazo común de quince días para que pudieran proponer pruebas y solicitar Vista.
8. Por Auto de 11 de abril de 2002 el Tribunal resolvió sobre la procedencia de las pruebas solicitadas por los interesados y acordó no celebrar Vista.
9. Mediante Providencia de 29 de mayo de 2002 el Tribunal puso de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba concediendo plazos para la valoración de prueba y la formulación de conclusiones.
10. El Tribunal deliberó sobre este asunto en su sesión plenaria del día 18 de diciembre de 2002.
11. Son interesados:

Consejo Español de Usuarios del Transporte Marítimo
Conferencia Marítima Península-Canarias-Península (en
representación de Compañía Trasatlántica Española S.A., Naviera
Pinillos S.A. y Navimport, S.A.)
Navicon S.A.
Nenúfar Shipping, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El acuerdo de constitución de la Conferencia Marítima contiene, entre otras, las siguientes cláusulas restrictivas de la competencia:

- Coordinación de la frecuencia de los viajes y de las escalas
- Regulación de la capacidad de carga ofrecida por cada una de las partes y el reparto del tonelaje entre ellas. Asignación de cuotas a cada una de las navieras partícipes en función de las fachadas de la península en que operan y en las producciones de carga en el tráfico Península Canarias.
- Compromiso de los participantes de no prestar servicio desde otras zonas de las asignadas para desviar cargas hacia ellas.
- Unificación de fletes y de condiciones de pago
- Intercambio o utilización conjunta de buques, espacios de buques o *slots*.

El Servicio, tras amplio examen de las características del acuerdo, mercados afectados y legislación y jurisprudencia de aplicación, considera que podría ser autorizado según el artículo 3 LDC siempre que las empresas partícipes se comprometan a cumplir las siguientes condiciones:

- *Mantener una estructura abierta en cuanto al ingreso o salida de nuevos miembros en la Conferencia, comunicando las variaciones al Servicio, con la periodicidad que el Tribunal considere oportuno, para evitar situaciones como la generada en el caso de COPECAN.*
- *Dar publicidad a las normas que regulan la Conferencia, especialmente en materia de tarifas y condiciones de transporte, comunicando las variaciones de las mismas al SDC.*
- *Celebrar consultas con los usuarios o las asociaciones representativas de éstos para solucionar las cuestiones que surjan en lo referente a tipos de flete, condiciones y calidad de los servicios.*

2. El CEUTM presentó alegaciones ante el Servicio oponiéndose a la autorización de la Conferencia Marítima notificada. A la vista del cambio producido en la composición de dicha Conferencia (tercer antecedente de hecho), al reducirse el número desde los cinco participantes iniciales a los tres que permanecen desde el año 2001, el CEUTM ha mantenido ante el Tribunal su oposición al estimar que la Conferencia no cumple las condiciones del artículo 84.2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) (Las

conferencias marítimas deberán garantizar una oferta de servicios suficiente y eficaz, teniendo en cuenta los intereses de los usuarios. Dichas conferencias estarán sometidas a la competencia de los servicios regulares no integrados en las mismas y, en su caso, de los servicios no regulares que operen en dichas rutas, sin que, en ningún caso, la actuación de las conferencias pueda suponer la eliminación de la competencia sobre partes sustanciales del mercado en el que prestan sus servicios, que pueda crear situaciones dominantes por parte de las empresas integradas en las misma)ni los requisitos exigidos por la LDC para obtener una autorización singular. La oposición a la autorización por parte del CEUTM ha motivado la tramitación contradictoria del presente expediente.

Con respecto a las nuevas cuotas de mercado, comunicadas por la Conferencia tras la baja en la misma de las empresas *Navicón S.A.* y *Nenúfar Shipping S.A.* (cuarto antecedente de hecho), el CEUTM expresa su discrepancia por considerar que, tanto el mercado de producto como el mercado geográfico han sido definidos por los notificantes en términos excesivamente amplios.

Según los notificantes, el mercado de producto debe incluir el transporte en contenedor, la carga rodada, los grandes sólidos y la carga general no transportada en *contenedor*, mientras que para CEUTM, el transporte en contenedor y la carga rodada constituyen mercados diferentes, sin que los servicios de *ferry* de la empresa *Transmediterránea* puedan incluirse en el mercado de producto afectado por la constitución de la Conferencia porque la actividad de transporte de mercancías de esta empresa es marginal en comparación con su negocio principal de transporte de vehículos y pasajeros, porque sólo opera en las líneas entre Cádiz y Canarias, porque el *ferry* es ineficiente para contenedores y se orienta preferentemente hacia la carga rodada y autopropulsada, porque los clientes de carga son diferentes y porque el transporte en *ferry* es más caro.

Por otra parte, cree el CEUTM que las cuotas de las empresas que han abandonado el acuerdo, al haber cesado su actividad o ejercerla de forma residual, no deben imputarse, como hace la *Conferencia*, a la cuota de sus competidores

Considera, en resumen, el CEUTM que el mercado de producto que debe ser tenido en cuenta es el de transporte regular de carga en contenedores y que, con estos criterios, las cuotas globales correctas serían: 39,49% para la Conferencia y 60,46% para el resto de empresas transportistas.

En lo que se refiere al mercado geográfico, CEUTM no está de acuerdo con la definición de los notificantes de un único mercado Península-Canarias, en ambas direcciones. Para el CEUTM, hay que tener en cuenta las zonas de captación de los once puertos peninsulares y cinco puertos canarios desde o hacia los que se ofrece el servicio de transporte marítimo, resultando, así, cinco zonas peninsulares de captación y cinco puertos canarios, en cuyos ámbitos los servicios ofrecidos no son sustituibles entre sí. Se refiere, en apoyo de esta tesis, al cuadro de tarifas de las empresas notificantes que presentan precios diferentes para cada una de estas zonas. De esta forma, existirían veinticinco mercados geográficos afectados por la constitución de la Conferencia, en algunos de los cuales la Conferencia pasará a ostentar posición dominante, por sí misma o en duopolio con la empresa *Contenemar/OPDR*.

3. En el trámite de prueba la *Conferencia* aportó, a efectos de sustanciar su definición de mercado de producto y geográfico, el documento "*Empresas Navieras 2001*" de la *Asociación de Navieros Españoles (ANAVE)*, así como un nuevo cálculo de las cuotas desglosadas por fachadas marítimas, por puertos y por navieras, elaborado por *Tyrrel Consultoría Portuaria*, especificando que la cuota de *Nenúfar Shipping* (que sigue actuando como transportista sin barcos) se ha imputado a la propia Conferencia.

El Tribunal, a propuesta de la *Conferencia*, requirió datos a empresas y autoridades portuarias sobre la actividad de *Navicon S.A.* tras la declaración de suspensión de pagos y sobre la relación existente entre *Contenemar* y *OPDR*.

El CEUTM no requirió la práctica de prueba alguna.

4. En su escrito de 12 de junio de 2002 el CEUTM realiza la valoración de prueba y llega a las siguientes conclusiones:
 - la Conferencia no satisface las condiciones del artículo 84 de la Ley 27/92 (no hay mejora en la oferta de servicios, no se tuvieron en cuenta los intereses de los usuarios, se crea una situación de dominio en los mercados que debe definirse en los términos que CEUTM ha propuesto en escritos anteriores, las cuotas de *Transmediterránea* y *Navicon* no deben incluirse entre las de los competidores, la cuota de mercado conjunta de las empresas conferenciadas alcanza el 36,69% y no el 28,49% alegado por los notificantes).

- la Conferencia, al incumplir las condiciones del artículo 84 de la Ley 27/92, tampoco puede cumplir las condiciones del artículo 3 LDC para que un acuerdo anticompetitivo pueda ser autorizado
5. La *Conferencia*, por su parte, considera que las pruebas practicadas sustentan la definición de mercado que ha venido sosteniendo a lo largo del procedimiento, así como el mantenimiento de la actividad de *Navicon*, pese a su situación de suspensión de pagos y la exactitud de las cuotas de mercado de la *Conferencia* y de sus competidores en el tráfico Península- Canarias. La prueba ha puesto también de manifiesto que CONTENEMAR no es accionista ni controla a la empresa OPDR Canarias.

En sus conclusiones, la *Conferencia* señala que son inexactas las alegaciones del CEUTM sobre la carga transportada en *ferry* ya que no se limita a pasajeros y vehículos sino que transporta 1.000.000 Tm. de carga general frente a 1.600.000 Tm de la Conferencia, que no es cierto que la línea Cádiz-Canarias sea utilizada únicamente por los cargadores del *hinterland* de la provincia de Cádiz ni que los clientes sean diferentes ya que, por ejemplo, *El Corte Inglés* o los exportadores de plátanos utilizan indiferentemente portacontenedores o buques de carga rodada (*roll on-of*), sin que pueda afirmarse que sea más caro el transporte en *ferry* o en *roll on-roll of* que en buques portacontenedores. La *Conferencia* se ratifica en lo expuesto en escritos anteriores y solicita que el Tribunal declare que cumple las condiciones establecidas en la Ley 27/1992.

6. El Tribunal debe examinar las diferentes cuestiones que han sido objeto de contradicción en el presente expediente antes de resolver si la Conferencia se ajusta o no a las condiciones que la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y, en su defecto, si la Conferencia satisface o no los requisitos de el artículo 3 LDC.

La agrupación de productos para definir el mercado relevante debe fundamentarse, sobre todo, en el criterio la sustituibilidad de la demanda y, en este sentido, el Tribunal estima que la *Conferencia* ha aportado suficientes datos para apreciar que su definición de mercado de producto se ajusta más a dicho criterio que la de CEUTM, en particular las consideraciones sobre la indiferencia que muestran las empresas (exportadores de plátanos, *El Corte Inglés*) ante las opciones de carga rodada o carga en contenedor que utilizan indistintamente. También considera que no se puede excluir a los *ferries* del mercado de producto dada la elevada cantidad de carga general que transportan.

Por el contrario, el Tribunal no considera admisible la definición de mercado geográfico de referencia que presenta la *Conferencia* ya que, tanto en la doctrina comunitaria como en la de este Tribunal, dicho mercado se define como un territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de los territorios vecinos por diferencias notables de tales condiciones, entre las que hay que tener en cuenta, desde el lado de la oferta, las que se derivan de diferencias considerables de las cuotas de mercado de las empresas.

En este caso, cada línea o trayecto podría ser un mercado si las *condiciones de competencia* no fueran homogéneas, por ejemplo, por cuotas de mercado variables de *outsiders* y *Conferencia* en las diferentes líneas.

El estudio aportado por la Conferencia con el análisis del tráfico Península – Canarias (*Tyrrel* Consultoría Portuaria), tras señalar la extremada dificultad de obtener datos precisos sobre el origen de la carga y explicar que los datos del estudio proceden únicamente de conversaciones con distintas navieras, aporta estimaciones sobre el origen de la carga y los puertos a donde se dirige y enfatiza el hecho de que la carga de los puertos no corresponde en su totalidad al área de influencia de cada uno de ellos, concluyendo que no se puede hablar de posición dominante en una fachada marítima y mucho menos en un puerto.

El Tribunal admite que para la carga originaria de algunas zonas del interior de la Península puede resultar indiferente el puerto de embarque y que su elección dependerá de las condiciones y costes de cada uno, pero estima que esta indiferencia de elección disminuye hasta anularse para las empresas situadas en las zonas de influencia de cada uno de ellos. Por ello, considera que las altas cuotas de mercado alcanzadas en 2001 por las empresas conferenciadas en algunos puertos de la fachada Norte (Bilbao 48%, Marín 82%) y de la fachada mediterránea (Barcelona 50%, Alicante, 48%, Valencia 33%) pueden determinar posiciones de dominio que hacen inaplicable la excepción prevista en la LPEMM.

A este respecto, una vez que se define el mercado geográfico en términos estrictos, las cuotas de mercado globales resultan relativamente irrelevantes. En cualquier caso, no resultaría admisible la pretensión del CEUTM de excluir a las empresas *Trasmediterránea* del grupo de competidores de la Conferencia por las razones antes examinadas con respecto al *ferry* ni puede excluirse a *Navicon* del

grupo de *outsiders* a la vista de la prueba practicada en donde se comprueba que dicha empresa sigue activa, pese a encontrarse en situación de suspensión de pagos.

7. En resumen, el Tribunal considera que la creación de la Conferencia Marítima, al coordinar frecuencias y escalas, asignar cuotas de carga y unificar fletes y condiciones de pago entre distintas empresas, constituye una conducta prohibida por el artículo 1 LDC y, al no ser de aplicación en este caso el artículo 84.2 de la Ley 27/92 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, no goza del amparo legal previsto en el artículo 2 LDC.

Sin embargo, no se puede deducir de lo anterior, como hace el CEUTM, la inaplicabilidad automática del artículo 3 LDC pues, como el Tribunal ya expuso en su Resolución de 13 de mayo de 1993 (Expte. 34/92 COPECAN), la Ley 27/92 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante es *más estricta que el propio art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia el cual no prohíbe la existencia de posición de dominio, sino su abuso*.

La LDC permite la autorización de acuerdos restrictivos de la competencia si contribuyen a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, no impongan a las empresas restricciones no indispensables y no consientan a los partícipes la posibilidad de eliminar la competencia.

El Tribunal considera que el acuerdo notificado reúne la condición de mejora que el artículo 3 exige para que pueda ser autorizado al asegurar, en una situación de exceso de capacidad y costes crecientes, el mantenimiento de líneas regulares entre la Península y Canarias.

El mantenimiento de la regularidad en el tráfico beneficia a consumidores y usuarios para los que la desaparición de líneas regulares constituiría un retroceso en términos de eficiencia económica.

El acuerdo no elimina la competencia de otras empresas de transporte regular o no regular, ni siquiera en los puertos en que su cuota de mercado hace presumir una posición de dominio, y no contiene restricciones que vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos que persigue.

Tal como propone el Servicio, la autorización del acuerdo debe condicionarse a la transparencia de la política de precios de las

empresas que integran la Conferencia y a la regular celebración de consultas con los representantes de los usuarios sobre la calidad y coste del servicio prestado.

Por el contrario, el Tribunal no considera conveniente mantener un régimen abierto a nuevas entradas en la Conferencia, sin autorización previa del Tribunal, porque ello podría conducir a una indeseable restricción adicional de la competencia. Con respecto a la libertad de salida de las empresas integrantes de la Conferencia, el noveno punto del acuerdo que se autoriza establece ya la posibilidad de denuncia del mismo por cualquiera de las partes.

Por todo ello, considera el Tribunal que resulta procedente autorizar el acuerdo notificado por un periodo de cinco años significando, de acuerdo con el artículo 4.3 LDC, que la autorización podrá ser revocada si se produce un cambio fundamental de las circunstancias que se han tenido en cuenta para su concesión o si se incumplen las condiciones establecidas por el Tribunal, en particular: si se incrementa el número de partícipes en el acuerdo sin solicitud previa al Servicio; si no se respeta la libertad de los miembros para abandonar el acuerdo; y si se alteran de forma abusiva los precios y las condiciones del servicio prestado a los usuarios.

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

HA RESUELTO

Primero.- Conceder la autorización singular solicitada por Compañía Trasatlántica Española S.A., Naviera Pinillos S.A. y Navimport, S.A. para el acuerdo de constitución de la Conferencia Marítima Península – Canarias, cuyo texto figura en el expediente del Servicio en los folios 18-21, ambos inclusive.

La autorización se concede por un período de cinco años a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que, en general, establece el artículo 4 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia y, en particular, a la obligación de dar publicidad a las normas que regulan la Conferencia Marítima, especialmente en materia de tarifas y condiciones de transporte, comunicando las variaciones de las mismas al Servicio de Defensa de la Competencia y a la obligación de celebrar regularmente consultas con los usuarios o sus

asociaciones representativas para solucionar las cuestiones que surjan en lo referente a tipos de flete, condiciones y calidad de los servicios.

Segundo.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia del acuerdo que se autoriza, al que se adjuntará la notificación al Tribunal del abandono de la Conferencia de las empresas Navicon S.A. y Nenúfar Shipping, S.A. (folios 6-8 del expediente del Tribunal).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno 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.