

RESOLUCIÓN (Expte. 496/00, Operadores aeroportuarios)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Troléz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, María Jesús

En Madrid, a 4 de julio de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada y siendo Vocal ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la presente Resolución en el expediente 496/00 (1927/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio) incoado de oficio contra el Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas (AOC-Carga de Barajas) y diversas compañías de transporte aéreo, por una conducta prohibida en el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por perseguir la repercusión uniforme y simultánea de la tasa de utilización del dominio público aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de mercancías (tasa E-2).

ANTECEDENTES

1. El 22 de diciembre de 1998 la Federación Española de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados (FETEIA) denuncia ante el Servicio a la Asociación de Líneas Aéreas por una conducta presuntamente prohibida por los arts. 1 y 6 LDC consistente en la adopción, en el seno de sus órganos de dirección, de una decisión colectiva o de un acuerdo entre las compañías miembros, para que éstas, a partir de 11 de enero de 1999, repercutieran a los expedidores o transitarios de los aeropuertos españoles el importe de la tasa E-2.
2. El 8 de febrero de 1999 la denunciante se dirige por escrito al Servicio desistiendo en el procedimiento ante el hecho de que la repercusión no ha

tenido lugar por falta de acuerdo entre las compañías debido a problemas operativos y comerciales.

3. El 5 de marzo de 1999 el Servicio dicta una Providencia mediante la que acuerda la incoación de oficio de expediente sancionador por conductas prohibidas en el art. 1 LDC, consistentes en la adopción de acuerdos que tienen por objeto la repercusión simultánea de la tasa E-2 a expedidores y transitarios a partir de enero de 1999, precisando que las actuaciones se entenderán contra la AOC-Carga de Barajas y las compañías siguientes: Lufthansa Cargo AG, Air France, American Airlines, Swissair, Trans World Airlines (TWA), Continental Airlines, British Airways, Air Europa, Varig, Alitalia, KLM, Thai Saudí Arabian Airlines, Delta Airlines, así como cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados. El Servicio precisa en su Providencia que toma este acuerdo porque ha encontrado indicios racionales de infracción del art. 1 LDC en la documentación obtenida de las investigaciones domiciliaryas llevadas a cabo en el marco de la información reservada abierta a raíz de la denuncia.
4. El 16 de julio de 1999 la Federación denunciante -que luego desiste- formula una segunda denuncia, esta vez por una supuesta conducta prohibida por el art. 1 LDC consistente en acordar un precio unificado por los gastos administrativos generados por la repercusión de la tasa E-2, ahora contra Air France y Gen-Air. El 1 de diciembre de 1999 el Servicio, mediante Providencia, acuerda admitir a trámite esta segunda denuncia e incoa expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC, decidiendo acumular este expediente al nº 1927/98, por haber apreciado una íntima conexión entre los hechos considerados en ambos. Sin embargo, el 2 de febrero de 2000 el Servicio, mediante Providencia, sobresee el expediente en lo relativo a la segunda denuncia, al considerar probado que los servicios prestados por Air France y Gen-Air, sobre los que la misma versa, son absolutamente distintos entre sí, y que no se ha acreditado ningún acuerdo de unificación de precios entre las dos entidades relativos a los gastos administrativos de repercutir la tasa E-2.
5. El 17 de febrero de 2000 el Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos y, tras recibir las alegaciones de las partes, el 6 de julio de 2000 formula el preceptivo Informe en el que constan, entre otras, las siguientes propuestas:

“Primera. Que se declare la existencia de conducta prohibida por el art. 1.1. LDC, consistente en la adopción de un acuerdo en el seno de la AOC-Carga del Aeropuerto de Barajas que tiene por objeto restringir la

competencia, mediante la repercusión simultánea a partir del 1 de enero de 1999 del importe de la tasa E-2 (antigua G-4). Se consideran responsables a: la Airport Operation Committee (A.O.C.) de Carga del Aeropuerto de Barajas, Lufthansa Cargo AG, Air France, American Airlines, Swissair, Trans World Airlines (TWA), Continental Airlines, British Airways, Air Europa, Varig, Alitalia, KLM, Thai, Saudí Arabian Airlines y Delta Air Lines.

“Segunda. Que se intime a los imputados para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, según prevé el art. 9 de la LDC.

“Tercera. Que se tenga en cuenta la falta de efectos del acuerdo para poder determinar la correspondiente sanción económica.

“Cuarta. Que se ordene a la AOC-Carga del Aeropuerto de Barajas y a las Compañías imputadas la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el B.O.E., en uno de los diarios de mayor tirada nacional, y en un diario de gran tirada en la provincia de Madrid, de conformidad con el art. 46.5 de la LDC.”

6. El 11 de julio de 2000 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente, y es admitido a trámite por el Pleno, lo que se notifica a los interesados y se comunica al Servicio mediante Providencia de 19 de julio de 2000, en la que, asimismo, se da cuenta del nombramiento de Ponente y se pone de manifiesto el expediente a los interesados por el plazo legal de 15 días para que puedan solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.
7. El 28 de noviembre de 2000 el Tribunal, tras comparecer en el anterior trámite los interesados, acuerda en Pleno un Auto en el que son aceptados ciertos medios de prueba y rechazados otros y en el que se acuerda no celebrar vista y finalizar el expediente con el trámite de conclusiones escritas.
8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 26 de junio de 2001.
9. Son interesados:
 - Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas (AOC-Carga de Barajas).
 - Lufthansa Cargo AG.
 - Air France.
 - American Airlines.
 - Swissair.

- Trans World Airlines (TWA).
- Continental Airlines.
- British Airways.
- Air Europa Líneas Aéreas.
- Varig.
- Alitalia.
- KLM.
- Thai Airways Internacional.
- Saudi Arabian Airlines.
- Delta Air Lines.

HECHOS PROBADOS

1. En el mes de junio de 1999 el Sr. J.J. Boyer envía un teletipo al Sr. Stoermer, responsable de Lufthansa en la central de Alemania, en la que le indica que las compañías aéreas han llegado a un acuerdo para transferir a los expedidores y transitarios la tasa E-2, pero que Lufthansa ha preferido esperar al estar en contra Iberia por considerar que se trata de un gravamen que no debe ser pagado. Finalmente le indica que: "En beneficio de todos es muy importante que Lufthansa se una al acuerdo común. Por favor, háganos saber su posición final sobre este asunto".(Folio 152).

2. Con fecha 22 de julio de 1998 el Presidente de AOC-Carga de Barajas y responsable de carga de Lufthansa en Barajas envía un e-mail al Sr. Stoermer (Lufthansa central) en el que le describe la situación en que se encuentra la repercusión de la tasa E-2 en los términos seguidamente resumidos (Folio 153):
 - Air France ha propuesto que las compañías repercutan la tasa, aunque hasta la fecha no se ha llegado a ningún acuerdo.

 - Iberia se niega, por considerar que la tasa E-2 no debe ser pagada, y Lufthansa considera condición indispensable para la repercusión que Iberia, como operador dominante, suscriba el acuerdo.

 - British Airways, KLM, Alitalia, Swissair, American Airlines, Varig y otras compañías se unirían, aunque no ven muy clara la posible repercusión de la tasa.

 - Como Air France tiene mucho interés y Lufthansa también, al no poderse hacer nada si Iberia no se suma, se podrían intentar otros medios (*Head Office*) para conseguir el acuerdo.

3. En el acta de la reunión extraordinaria del AOC-Carga de Barajas celebrada el 29 de julio de 1998, tras dar cuenta el Presidente de una Circular de la Asociación de Líneas Aéreas sobre la legitimidad de la repercusión de la tasa E-2, figura textualmente (folios 162-163):

"Por todo esto se propone la votación de los asistentes para su aplicación a corto plazo".

En el acta figura que votaron unánimemente a favor de la propuesta la totalidad de los asistentes. Asimismo que en una reunión del AOC-Carga de Barajas se había encargado a varias compañías que, como grupo de trabajo, propiciaran reuniones con las compañías para la aplicación de la tasa E-2. También figura expresamente en el acta de la reunión que, planteadas por varios asistentes algunas cuestiones técnicas para la aplicación de la tasa:

"El Presidente de AOC-Carga propone llegar a una resolución de todos estos detalles a lo largo del mes de septiembre, para su posible aplicación a partir del 1 de octubre".

4. Diversas reuniones de las compañías miembros del AOC-Carga de Barajas fueron convocadas los días 16 de noviembre y 18 de diciembre de 1998 sobre el tema monográfico de la repercusión de la tasa E-2 (folios 159-161). Según los teletipos que el Presidente del AOC-Carga de Barajas envió a las compañías acerca del resultado de la reunión del 18 de diciembre (folio 159):

"Tras ardua y dura discusión, sobre el aplazamiento o no de la citada tasa, la votación ha sido, por mayoría absoluta, repercutir la tasa a partir de 1/1/99 (...) Ruego informéis adecuadamente a los agentes".

5. El 12 de diciembre de 1998 la IATA envía su Circular nº 2/1998 "a todas las agencias participantes en CASS-España" informándoles, entre otros asuntos, de que (folio 6):

"Al introducirse la posibilidad de que su importe se repercuta a los expedidores o destinatarios de la mercancía (el importe de la Tasa)" ... "las Líneas Aéreas les darán las instrucciones correspondientes para repercutir la antes citada Tasa a partir del uno de enero de mil novecientos noventa y nueve . (...)"

El importe a cargar es de 3,55 Esp. por kilo de peso bruto. La cantidad resultante se redondeará a la unidad superior si es igual o mayor a 50 céntimos, y a la unidad inferior si es menor".

6. El 16 de diciembre de 1998 el responsable de Lufthansa-Cargo, a cuya condición une la de presidir el AOC-Carga de Barajas, remite un fax a los diversos aeropuertos españoles, en el que, entre otras cosas, se dice (folio 156):

"Tras varias reuniones de todas las Compañías Aéreas, se ha llegado a la conclusión de repercutir esta tasa a partir del 1/1/99 en lo referente a la exportación. A tal efecto, el CASS ha enviado a todos los Agentes una circular, cuyo borrador os adjunto, para informar del tema e indicar la forma de reflejarlo en el conocimiento aéreo.(...)"

Referente a los tránsitos, es Iberia la más afectada y, de momento, su conclusión es no repercutirla ya que no tiene argumentos lógicos para poderla explicar.(...)"

Nosotros pasaremos el próximo lunes una circular a los agentes confirmando que, haciéndonos eco de la circular del CASS, repercutiremos dicha tasa a partir del 1/1/99."

7. El 18 de diciembre de 1998 el presidente de AOC-Carga de Barajas reconoce que hay un acuerdo para repercutir la tasa E-2 en un e-mail que envía al Secretario del Comité de Flete Aéreo Español de FETEIA, señalando expresamente (folio 7):

"Tal como te he comentado, la decisión de las compañías a las que represento ha sido implantar la repercusión de la tasa de AENA, tal y como el CASS os ha anunciado, a partir del 1/1/99. Lamento que no haya sido posible aplazarlo algún tiempo según pensábamos ayer; pero por mayoría absoluta se decidió definitivamente no aplazar más este asunto e implantarlo en la citada fecha."

8. Las compañías aéreas remitieron diversas cartas a los transitarios (folios 8-12 y 190-201) comunicándoles el cobro de la tasa E-2 a partir del 1 de enero de 1999.
9. Acompañando al escrito 8 de febrero de 1999 de desistimiento del representante de FETEIA (folio 319), figuran varias cartas de compañías aéreas (folios 320-328) en las que se indica a los transitarios que se retrasaba la aplicación de la tasa, en unos casos sin fecha determinada (Tap Air Portugal, Air Europa, KLM, etc) y, en otros casos, fijando como

fechas febrero, marzo o abril (Lufthansa, American Airlines, British Airways, TWA, Thai, etc). Las cartas de las distintas compañías son diferentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente corresponde dilucidar si en el seno del AOC-Carga de Barajas, que integran las compañías de transporte aéreo actuantes en el aeropuerto, se tomó algún acuerdo para la repercusión uniforme por las compañías, a partir del 1 de enero de 1999, de la tasa E-2 y si tal acuerdo implica una vulneración del art. 1 LDC.
2. El Servicio sostiene que, efectivamente, en el seno del AOC-Carga de Barajas se tomó un acuerdo para que las compañías integrantes repercutieran a partir del 1 de enero de 1999 la tasa E-2 a los transitarios y expendedores de las mercancías transportadas y que dicho acuerdo, al pretender uniformizar las conductas de las compañías competidoras en cuanto a la repercusión de la tasa, constituye una vulneración del art. 1 LDC. En cuanto a las alegaciones de las imputadas, seguidamente van a ser resumidas y comentadas.
3. Por una parte, las imputadas sostienen que la repercusión de la tasa E-2 a transitarios y expendedores está expresamente amparada por la Ley 25/1998, lo que impediría declarar prohibido un acuerdo destinado a hacer eficaz dicha repercusión. El Tribunal considera equivocado este enfoque de la cuestión porque, si bien es verdad -según el propio Servicio admite en su Informe- que la traslación nominal de la tasa estaba permitida en la fecha de autos, no es menos cierto que eso no puede servir para amparar decisiones colectivas de los competidores al respecto; el que la repercusión esté permitida da a cada compañía la libertad para decidir individualmente su propia política de repercusión (en el cuánto y en el cuándo), pero no abre un camino franco a las compañías competidoras ni a las entidades colectivas que las integran para uniformizar sus políticas en relación con la repercusión de la tasa, en perjuicio de la competencia.
4. Por otra parte, las imputadas sostienen que el acuerdo tomado no tenía por finalidad obligar al cargo simultáneo de la tasa E-2 a los clientes a partir del 1 de enero de 1999, sino meramente preparar el complejo sistema informático de facturación con el que operan las compañías para que la repercusión fuera posible a partir de esa fecha. Así, las imputadas hacen hincapié en que la repercusión no era obligatoria y requería de instrucciones individuales de las líneas aéreas, por lo que, una vez comunicado a los operadores que ya era posible técnicamente la

repercusión de la tasa, las compañías de transporte aéreo decidieron individualmente su comportamiento al respecto. El Tribunal considera nuevamente errado el planteamiento de las imputadas al respecto. Ciertamente, la primera decisión colectivamente tomada por las imputadas es poner a punto el sistema informático, lo cual no constituye infracción alguna, ni hay imputación del Servicio al respecto. Pero es que la segunda decisión que se toma en el seno del órgano colectivo de las compañías, el AOC-Carga de Barajas, es recomendar a éstas que repercutan la tasa E-2 a partir de 1º de enero de 1999, a lo que algunas dicen sí y otras, no, obrando cada una en consecuencia. Claro que no se obliga a nadie, pero se toma el acuerdo para hacer -y se hace- una recomendación colectiva a las compañías sobre la repercusión de la tasa E-2. Y cualquier recomendación colectiva con aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, como es el caso, está expresamente prohibida por el art. 1 LDC.

5. También se alega la insignificancia económica de la repercusión de la tasa E-2 para su persecución por los órganos de defensa de la competencia. A esta alegación el Tribunal quiere responder de una manera muy tajante. Si bien el art. 1.3 LDC establece que los órganos de competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en la Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, en el presente caso no procede esa decisión por un motivo fundamental: independientemente de la importancia cuantitativa de la conducta, cuando una organización colectiva en la que participan empresas competidoras y que existe para fines amparados por la Ley -como es el AOC-Carga de Barajas- es aprovechada para adoptar en su seno acuerdos colusorios contra la competencia, la reprobación de que se hace merecedora no debe ser eludida.
6. Finalmente, varias compañías imputadas alegan no haber participado en el acuerdo. En este sentido, el Tribunal desea dejar constancia de que, como resulta acreditado, el acuerdo que da origen a la recomendación colectiva para la repercusión de la tasa E-2 -y ésta misma- se adoptan en el seno del AOC-Carga de Barajas válidamente y no han sido impugnadas por ninguna compañía miembro, de modo que el no haber participado en el acuerdo, que podría exonerar de responsabilidades individuales, no mengua participar de las responsabilidades colectivas correspondientes.
7. Por lo que respecta a la imputación que hace el Servicio, no sólo al AOC-Carga de Barajas, en cuyo seno se acuerda la recomendación colectiva sobre la repercusión de la tasa E-2, sino también a las compañías a las que atribuye una participación directa en la misma, el Tribunal considera

que es redundante. La infracción del art. 1 LDC que se consuma es una conducta colusoria que toma la forma -adopta el tipo- de *recomendación colectiva* contra la competencia del propio AOC-Carga de Barajas. O es acuerdo entre empresas o es recomendación colectiva del ente que las agrupa; el Tribunal, en el presente caso, considera más adecuado a las circunstancias que se dan en el mismo declarar que la infracción del art. 1 LDC ha consistido en una recomendación colectiva de las prohibidas en el mismo de la que es responsable el AOC-Cargo de Barajas.

8. Aunque la conducta imputada al AOC-Carga de Barajas tenía plena aptitud para afectar negativamente a la competencia en el mercado del transporte aéreo por Barajas de mercancías para exportación, el Servicio considera que la misma no ha tenido efectos reales en el mercado debido a la falta de uniformidad en el seguimiento de la recomendación colectiva por las compañías de transporte aéreo.
9. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la sección segunda del Capítulo I del Título I de la LDC que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras.

En cuanto a las intimaciones, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar y multar al AOC-Carga de Barajas y, teniendo en cuenta todos los factores

expuestos, estima que la multa sancionadora debe ser de 12 millones de pesetas.

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

RESUELVE

1. Declarar al Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas incurso en la realización de una conducta prohibida por el art. 1 LDC, consistente en una recomendación colectiva, dirigida a las compañías de transporte aéreo participantes en el mismo, con el objeto de restringir la competencia en el mercado del transporte aéreo de mercancías para la exportación desde el Aeropuerto de Madrid-Barajas, induciéndolas a repercutir a sus clientes la tasa de utilización del dominio público aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de mercancías (tasa E-2) a partir de 1º de enero de 1999.
2. Intimar al Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas para que se abstenga en lo sucesivo de realizar conductas semejantes.
3. Imponer al Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas una multa de 12 millones de pesetas ó 72.121,45 euros.
4. Ordenar al Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas la remisión del contenido íntegro de esta Resolución a todos sus miembros y la publicación a su costa de la parte dispositiva de la misma, en el plazo de dos meses, en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor tirada nacional.
5. Imponer al Airport Operation Committee de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas una multa coercitiva de 100.000 pesetas ó 601,01 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la orden de publicación contenida en el punto anterior.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.