

RESOLUCIÓN (Expt. 621/06, CST/AENA)

Pleno

Sras. y Sres.

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. María Jesús González López, Vocal
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 2 de agosto de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Vocal ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 621/06 (2525/04 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado en virtud de denuncia formulada por el representante de la empresa “CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte, S.L.” (CSt) contra el Ente Público AEROPUERTOS NACIONALES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) por supuesta conducta contraria a los artículos 1 y 6 de la LDC, consistente en la negativa por parte de AENA de suministrar con carácter mensual la información sobre la programación de vuelos no regulares en los aeropuertos españoles.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 17 de noviembre de 2004, se recibió en el TDC un recurso interpuesto por CSt contra el Acuerdo de archivo de 19 de octubre de 2004 del SDC, que se estimó por el Tribunal por Resolución de 31 de enero de 2005 (Expt. r 635/04, Aeropuertos).
2. El 7 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el TDC escrito de recurso de CSt contra el Acuerdo de sobreseimiento de 19 de octubre de 2005 del SDC. El TDC resolvió el 14 de junio de 2006 estimar el recurso (Expt. R 668/05 Aeropuertos 2) declarando que CSt no es parte interesada en el procedimiento de asignación de franjas horarias, pero considera que *“no es este el quid de la discusión, sino el resultante o*

consiguiente de las franjas horarias ya asignadas, esto es, el conocimiento por terceros de tal acuerdo administrativo y de toda aquella información dimanada de lo ya resuelto para ser puesto en el mercado”.

3. El 22 de noviembre de 2006, el SDC remitió al Tribunal el Informe-Propuesta previsto en el artículo 37.3 LDC, correspondiente al expediente sancionador 621/06. El SDC propone que se declare acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6.2.c) consistente en la negativa injustificada de suministro de la información solicitada por CSt, de la que considera responsable a AENA.
4. Por Providencia de 5 diciembre de 2006 se admitió a trámite el expediente y se designó Ponente, acordándose su puesta de manifiesto a los interesados por el plazo de 15 días para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimasen necesarias.
5. El 29 de diciembre de 2006, se recibe escrito de AENA en el que se manifiesta que considera innecesaria la realización de prueba complementaria alguna, ya que el objeto de debate es jurídico, sin perjuicio de que en el momento procesal oportuno puedan aportarse informaciones adicionales a las incorporadas al expediente. Por ello, considera más oportuno que el procedimiento ante el TDC se sustancie en la forma de conclusiones escritas.
6. Transcurrido el plazo concedido para la solicitud de celebración de vista y proposición de pruebas, no se ha recibido escrito de CSt.
7. El 19 de febrero de 2007, se dicta Auto de prueba y vista y se concede un plazo de 15 días para que los interesados puedan formular conclusiones.
8. El 12 de marzo de 2007, se recibe escrito de conclusiones de CSt en el que solicita que se tenga en cuenta lo que solicitó en la carta de fecha 30 de octubre de 2006 enviada al SDC (en relación a que se establezca claramente en el Pliego de Concreción de Hechos cuando se inicia y cuando termina el acto administrativo de asignación o denegación de las franjas horarias) a la que adjunta la contestación de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento a una petición de informe de CST. En concreto, recoge el párrafo de dicha contestación siguiente: “El procedimiento de asignación de franjas horarias.....se considerará iniciado mediante la solicitud efectuada por la Compañía Aérea.....dado

que la finalidad del procedimiento es el otorgamiento de una autorización administrativa para utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria con fines de aterrizaje y despegue....debe entenderse que el mismo concluye con la comunicación por parte del coordinador de la asignación o denegación de la franja horaria solicitada”.

9. El 19 de marzo de 2007, se recibe escrito de conclusiones de AENA en el que, en síntesis, se hace inicialmente un relato de los hechos comenzando por la denuncia. Afirma que no había atendido la solicitud de información por considerar que formaba parte de una información administrativa en curso, por lo que el derecho a conocer dichos datos durante la tramitación corresponde únicamente a los interesados (art. 35, Ley 30/1992), condición que no ostenta CSt. A la vez le indicaba que, una vez finalizada la actuación administrativa, la información estaría disponible en la página web de AENA o podría solicitarse a su Departamento de Estadística Operativa.

El TDC ha estimado dos recursos contra un archivo y un sobreseimiento del expediente, dando lugar a una instrucción que ha concluido con una propuesta del SDC de declarar acreditada una infracción del artículo 6.2.c) LDC.

AENA considera que el SDC comparte, en lo sustancial, sus puntos de vista y señala que el TDC estimó el recurso contra el archivo de las actuaciones fundamentalmente por razones formales, y que el recurso contra el sobreseimiento confirmó que CSt no puede ser considerada parte interesada en el procedimiento de asignación de *slots* y que el “quid” de la cuestión es el conocimiento por terceros de tal acuerdo administrativo y de toda aquella información dimanada de lo ya resuelto para ser puesto en el mercado.

AENA señala que las previsiones del artículo 6 LDC no le son aplicables, ya que su actuación es en el ejercicio de funciones administrativas y no como “empresa”. Considera que el SDC ha modificado el criterio que había mantenido en sus resoluciones precedentes, al entender ahora que AENA tiene posición de dominio en el mercado de información sobre programación de vuelos en los aeropuertos españoles y que la justificación dada para negar la información requerida es insuficiente, dado que entiende que se trata de información sobre un acto administrativo terminado y no en curso, y la negativa impide el desarrollo de un nuevo mercado. En su opinión, este enfoque es erróneo, pues trata la cuestión como si se tratara de una cuestión estrictamente .comercial, cuando la información solicitada

“es una información atinente al ejercicio de potestades públicas, para cuyo conocimiento el ordenamiento ha establecido un régimen jurídico propio y unos canales de acceso específicos que no pueden ser desconocidos”.

En cuanto a las prohibiciones del artículo 6 LDC (negativa a satisfacer demandas de compra de productos o prestación de servicios cuando se realicen por una o varias empresas), considera que no son aplicables sin más a AENA, ya que su actuación es en el ejercicio de potestades públicas, sometidas a un régimen jurídico-público y no como una empresa. AENA tiene funciones de diversa naturaleza, unas sometidas al derecho administrativo y otras de carácter económico o empresarial sujetas al derecho privado, por lo que han de excluirse parte de sus actividades de las normas de la competencia, “aquéllas que tradicionalmente se califican como actividades de policía, y que son las que implican el ejercicio de potestades administrativas, de prerrogativas públicas”.

AENA relaciona sentencias del TJE relativas a su criterio de que para “determinar si las actividades de que se trata son las de una empresa en el sentido 86 del Tratado, hay que examinar cuál es la naturaleza de dichas actividades”, destacando una sentencia que declaró que la actividad de gestión de infraestructuras aeroportuarias no puede calificarse de actividad de policía. El procedimiento de asignación de franjas horarias (*slot*), para AENA, es de carácter estrictamente público, ya que el “*slot* es, en términos jurídicos, una autorización administrativa para la utilización del dominio público aeroportuario, cuyo otorgamiento es un claro ejemplo de las prerrogativas de poder público que ejercita AENA”. El *slot* se otorga previo un complejo procedimiento y pago de una tasa que no es proporcional al volumen de negocio, no reuniendo ninguno de los indicios del carácter empresarial de una actividad. La jurisprudencia comunitaria ha señalado que no eran aplicables las prohibiciones de los artículos 81.1 y 82 del Tratado a un Ente Público que realiza actividades prestacionales (no de policía, en sentido estricto), ya que se trata de actividades que no tienen carácter estrictamente económico. En otra sentencia relativa al Sistema Nacional de Salud español, se afirma que, “en la medida en que la actividad para cuyo ejercicio adquiere los productos no tiene carácter económico, no actúa como empresa en el sentido de la normativa comunitaria (...).

La conclusión que obtiene AENA de lo anterior es que el otorgamiento de *slot* no es una actividad empresarial, lo que excluye la posibilidad de analizar la negativa a suministrar información a la luz del artículo 6

LDC. La procedencia o no del suministro de información debe valorarse con arreglo al artículo 37 de la Ley 30/1992 y el Reglamento 95/1993 del Consejo, ya que una información estrictamente administrativa no puede tratarse de la misma forma que una comercial.

No puede considerarse como una obligación ineludible el suministrar información por el mero hecho de que alguien pueda estar interesado, ya que ni la libre competencia ni la libertad de empresa pueden desplazar a las reglas legales para el acceso a los documentos administrativos. Sobre la base de una sentencia del Tribunal Supremo, deduce que la denegación de información está justificada, por tratarse de procedimientos aun no finalizados y no ostentar CSt la condición de interesado.

AENA considera que, en todo caso, no ha existido un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 LDC, ya que: a) su conducta está objetivamente justificada (ni el Reglamento 95/1993 ni la Ley 30/1992 legitiman a CSt a acceder a la información solicitada); b) no se aprecia que exista un “mercado relevante” de la información solicitada por CSt; y, c) no se ha producido ninguna distorsión en ese supuesto mercado ni en los intereses públicos.

El acceso a la información debe producirse dentro de lo dispuesto en el marco del Reglamento 95/1993 y la Ley 30/1992, normas que no legitiman a CSt para el acceso a la información requerida, por lo que la negativa a facilitar la información requerida está justificada. El TDC ha aceptado que CSt no tiene la condición de “interesado” o “parte interesada”, condición exigida por el artículo 4 del referido Reglamento para el acceso a la información de referencia y la Ley 30/1992 dispone que sólo podrán acceder a los documentos de procedimientos aun no terminados a la fecha de solicitud aquéllos que ostenten la condición de interesados. En el expediente se ha argumentado que la información solicitada corresponde a un acto administrativo terminado, lo que AENA no acepta ya que son datos provisionales de un procedimiento abierto, a los que sólo deben tener acceso los que tengan la condición de interesados.

El artículo 4.8 del Reglamento 95/1993, en la redacción anterior a la reforma introducida por el Reglamento 793/2004, establece sólo la obligación del coordinador (AENA) de suministrarla a las partes interesadas (en particular a los miembros u observadores del comité de coordinación).

En la tramitación del expediente, CSt ha defendido la tesis de que además de las compañías y entidades del Comité de Coordinación, debe considerarse “parte interesada” a cualquier otro sujeto que tenga un interés en disponer de dicha información, lo que AENA considera insostenible, ya que el Reglamento limita la difusión de la información a las partes interesadas, y en otro caso diría a cualquier persona, aparte de que ese acceso no se formularía como una obligación del coordinador y el acceso se limitaría a lo solicitado por ese tercero. Si el Reglamento hubiera querido que cualquiera tuviera conocimiento de esos datos, habría previsto su publicación o difusión general. Para AENA, el Reglamento pretende que la información sobre el proceso de asignación de *slot* esté a disposición de las empresas implicadas en el transporte aéreo, sin que una difusión indiscriminada de datos que pueden ser sensibles desde la perspectiva comercial, pueda perjudicar sus intereses comerciales y distorsione el mercado.

El referido artículo 4.8 al enumerar la información a proporcionar a las partes interesadas, permite comprobar que los directamente implicados son las compañías aéreas (y agentes de handling que son también miembros del comité de coordinación), dado que esas informaciones tratan de asegurar a los operadores aéreos que la asignación de *slot* se realiza de forma transparente, objetiva y no discriminatoria. Por otra parte, el artículo 4.9 establece que la información deberá suministrarse inmediatamente antes, durante o después de las conferencias internacionales sobre programación de *slot*, lo que revela que los destinatarios de la misma son las compañías aéreas y demás operadores aeroportuarios.

El párrafo introductorio del artículo 4.8 menciona otras partes interesadas, además de los miembros del Comité de Coordinación, ya que el artículo 5 del mismo Reglamento enumera los integrantes mínimos de ese Comité (compañías aéreas, sus organizaciones representativas, el organismo de gestión del aeropuerto, las autoridades de control del tráfico aéreo, y los representantes de la aviación general) todos lo cuales son operadores aéreos, ya que estos son los que tienen interés en esas informaciones y nadie más, y no una empresa consultora. En conclusión, para AENA, la empresa CSt no puede ampararse en la normativa comunitaria para reclamar la información, ya que esa normativa excluye la posibilidad de que los datos solicitados se le faciliten.

Tampoco la regulación del derecho de acceso a archivos y registros de la Ley 30/1992 legitiman a CSt para acceder a la información solicitada. CSt sostiene que la información solicitada se refiere a procedimientos

administrativos ya terminados (lo que permite a cualquiera acceder a la misma), mientras AENA considera que se refiere a procedimientos abiertos (por lo que sólo pueden acceder los que son parte interesada).

AENA ofrece a CSt la información sobre programación de vuelos disponible en su página web por considerar que son los únicos datos referidos a procedimientos ya cerrados, pero CSt considera que esa información carece de valor para sus intereses, para cuyo desarrollo necesita los datos sobre asignaciones provisionales de *slot* por AENA a las compañías aéreas a la vista de sus solicitudes, esto es, datos anteriores a la Conferencia internacional donde son objeto de cambio o negociación. El Ente Público estima que esa información pertenece a la documentación interna de un procedimiento administrativo en tramitación, por lo que es provisional y, por tanto, infiable.

Para determinar si la información solicitada forma parte o no de procedimiento en tramitación, AENA describe el proceso de asignación, que es un procedimiento administrativo que tiene poco en común con cualquier otro procedimiento administrativo típico. El proceso de asignación no es un esquema simplista de solicitud/asignación, ya que se trata de un proceso complejo descrito en sus aspectos técnicos fundamentales en las “Normas de entrada, tránsito y salida de aeronaves” de 17 de octubre de 2000, cuyos pasos fundamentales son:

1º) Casación inicial de solicitudes por la Oficina de Coordinación de Horarios de AENA. El proceso se inicia con las solicitudes que con una antelación de seis meses formulan las compañías (solicitan *slots* por encima de los que efectivamente utilizarán, porque saben que su número es limitado). En la Oficina se realiza una casación con criterios objetivos y transparentes, distribuyendo los *slots* entre las peticionarias, casación que es provisional y tentativa.

El reparto inicial es provisional, ya que un número importante de estos *slot* no serán utilizados (depende de la demanda de plazas que tenga la compañía y de que los *slot* concedidos en un aeropuerto también se concedan en el de destino), siendo los cambios tan numerosos como constantes. La asignación sólo se comunica a las compañías peticionarias y referido a sus *slot*, ya que el conjunto de ellos se traslada sólo a la Conferencia internacional (que es de carácter privado) que se celebra cada seis meses (para cada una de las temporadas, de invierno y verano), a la que asisten los representantes de las Oficinas Nacionales de Coordinación, y en la que se trata de casar las asignaciones iniciales realizadas en cada país.

Los ajustes de las asignaciones tampoco son definitivos, ya que las compañías tienen libertad para renunciar a algunos de los *slot* o para solicitar otros nuevos. Ello puede hacerse en un plazo que la Oficina de Coordinación de Horarios establece para cada temporada, aunque también después (tres días antes de la utilización definitiva o no del *slot*).

La asignación inicial no supone una autorización, ya que sólo es una simple previsión provisional modificable por los acuerdos que se alcancen en la Conferencia o por decisiones de las Compañías. Crea un “derecho” (o una “expectativa de derecho”) al uso del *slot* en la fecha y hora señalada, siendo modificable/renunciable por la compañía o por el aeropuerto. Ese “derecho” se materializa en el momento en que una aeronave recibe autorización para el aterrizaje o despegue por el control aéreo.

2º) Las autorizaciones administrativas no pueden cederse ni cambiarse libremente, por lo que se considera que no puede afirmarse que los ajustes que se realizan en la Conferencia Internacional recaigan sobre autorizaciones administrativas ya otorgadas, ya que se trata de una segunda fase del procedimiento administrativo conducente al otorgamiento de la autorización. Por eso no se acepta que la información requerida por CSt se refiera a procedimientos administrativos terminados.

La asignación inicial de *slot* no es un acto administrativo que finalice procedimiento administrativo alguno, ya que es sólo una casación de las solicitudes de las compañías con las franjas horarias disponibles en los aeropuertos para las que se solicitan, que carece de eficacia ejecutoria (AENA no puede imponer los *slots* asignados y las compañías pueden incluso negociar en el seno de la Conferencia) y tampoco crea derechos a favor de las compañías. La casación inicial no es más que una previsión orientadora de los *slots* que pueden concederse en el futuro. Para ilustrar la movilidad del proceso AENA recoge datos relativos a los cambios de la asignación inicial (en noviembre de 2005 hasta final de la temporada en octubre de 2006) en los aeropuertos de Madrid-Barajas (asignados 275.272 *slots*; disminución de más del 5,5% considerando cancelaciones y nuevas asignaciones; modificaciones del orden de 390.000) y Barcelona (asignados 210.824 *slots*; disminución de casi el 7% entre cancelaciones y nuevas peticiones; modificaciones del orden de 335.000). Aproximadamente, cada *slots* coordinado experimenta una media de 1,5 modificaciones (cambios de horario, de aeronave, de

origen/destino, número de vuelo, etc.) a lo largo de una temporada de coordinación.

Así la información requerida por CSt corresponde a documentos de trabajo sobre la planificación de la actividad aeroportuaria y de las de las compañías, y no a un acto creador de derechos, aparte de que el carácter meramente provisional de la información solicitada hace desaconsejable su comunicación a terceros. Como no es fiable puede dar lugar a distorsiones en el mercado, por lo que AENA considera que, aún empleándola con cautela y con indicación de su provisionalidad, correría el riesgo de verse enfrentada a acciones de responsabilidad.

AENA señala que no se ha probado la existencia de un “mercado relevante” de la información sobre la programación de vuelos en los aeropuertos españoles y dada la provisionalidad de los datos cuestiona si su conocimiento es realmente un elemento esencial para la prestación del servicio. En el Acuerdo de sobreseimiento, el SDC afirmaba que “no puede hablarse de un mercado de información sobre la programación de vuelos”, lo que no puede desvirtuarse por la afirmación que se hace en el PCH de que existe, ya que de “acuerdo con la información aportada por el denunciante, no existe otra información que pueda sustituir a ésta para la elaboración del producto nuevo que se desea lanzar al mercado”. Así, la mera voluntad de lanzar un producto no es suficiente, para crear un nuevo mercado descendente o conexo, máxime cuando no se ha probado que existan otros posibles oferentes ni potenciales demandantes.

Se estima que la información requerida “no es esencial para competir en el mercado de consultoría en transporte aéreo por cuanto en principio no es accesible a los agentes que en él ofrecen sus servicios (salvo indirectamente, a través de publicaciones de estudios turísticos y estadísticos, o bien porque hayan resultado adjudicatarios de un proyecto de AENA para cuya realización se precise esta información)”. Las empresas consultoras conocen la provisionalidad y la falta de fiabilidad de los datos, por lo que hasta ahora, salvo la denunciante, ninguna ha solicitado esta información, no alcanzándose a comprender que uso comercial se quiere hacer con la misma.

AENA considera que su negativa para suministrar los *slots* provisionales no ha producido distorsión alguna en el mercado ni para los intereses públicos y que son infundadas las afirmaciones de CSt de que se realiza un reparto del mercado de consultoría en transporte aéreo favoreciendo el dominio de dicho mercado de su participada INECO (al 100%) que dispone de la información cuando la necesita.

Así, la denuncia se construye sobre la base del presunto carácter público de la información requerida, cuando si se “ha limitado y controlado el acceso de terceros a la información sobre asignaciones provisionales de slots es porque así se lo exigía el ordenamiento jurídico” y “no se ha suministrado la información solicitada por la denunciante a ninguna empresa privada”. Se niega que se suministre a INECO toda la información sobre franjas horarias, ya que sólo se le ha proporcionado ocasionalmente cuando ha sido imprescindible para la ejecución de contratos de asistencia suscritos con AENA; además INECO tiene prohibido el uso de esas informaciones en trabajos que pueda realizar para terceros y no tiene ninguna línea de negocios que tenga relación con la que el denunciante quiere desarrollar. La comunicación puntual de datos asociados a un contrato, no su suministro periódico y completo, no posibilita una distorsión del mercado, siendo también inexacto que INECO tenga una posición privilegiada y la afirmación de que el suministro a una empresa y no a otras constituye una barrera de entrada al mercado.

AENA sí facilita mensual y gratuitamente la información sobre programación de vuelos para la realización de estadísticas a dos organismos públicos en virtud de sendos Convenios de colaboración (Instituto de Estudios Económicos del Ministerio de Economía y la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía), pero tampoco esto puede producir una distorsión grave en el mercado por el carácter público de los destinatarios. El suministro de datos a estos organismos se justifica por el deber de colaboración entre Administraciones Públicas, no compartiéndose la afirmación del Tribunal de que su invocación no era de recibo a los efectos de justificar los Convenios, ya que está obligada jurídicamente a hacerlo.

De lo expuesto, se deduce que la negativa a suministrar datos a CSt ni ha producido ni es susceptible de producir una distorsión en el mercado, ya que esa información no ha sido accesible a ninguna empresa privada y precisamente su difusión es lo que podría haber producido graves distorsiones en el mismo. Se trata de que la información sobre las previsiones iniciales es altamente sensible, ya que revela los planes de empresa y su estrategia comercial (podría considerarse información confidencial incluida en el “secreto comercial o industrial” al que alude el artículo 37.5.d) de la Ley 30/1992). Es cierto que la información se hace pública en el seno de las Conferencias internacionales, pero esto es inevitable ya que su objeto es coordinar los slots concedidos inicialmente. Hasta entonces no pueden ser objeto de difusión, insistiendo el artículo 4.9 del Reglamento 95/1993 en que el suministro de información debe coincidir con la celebración de la

Conferencia. Pero incluso después de ésta es desaconsejable su difusión y debe continuar siendo de acceso restringido, por su carácter provisional y mudable, que lleva a divergencias con lo que realmente se lleva a cabo. Difundir tal información es una forma de introducir confusión en el funcionamiento del mercado.

10. Por Providencia para mejor proveer de 30 de mayo de 2007, el Tribunal solicita al Ministerio de Fomento, Dirección General de Aviación Civil, informe sobre una serie de extremos con suspensión del plazo para dictar Resolución desde la fecha de la Providencia hasta la recepción del mismo.

En síntesis, se solicitaba información sobre los siguientes extremos:

- si está prevista alguna tasa o percepción que grave la solicitud y, en su caso, concesión para aterrizar o despegar en una determinada fecha y hora.
- si es aplicable a una empresa de consultoría el artículo 4.9 del Reglamento comunitario 95/1993 que prevé la posibilidad de que el coordinador pueda facilitar información de los *slot* antes, durante o después de las Conferencias internacionales (cuyo carácter es privado) y pedir una retribución cuya cuantía corresponda al coste de la prestación.
- el momento en que las empresas de *handling* de los aeropuertos conocen la asignación efectuada provisionalmente.

11. El 15 de junio de 2007, se recibe escrito de la Subdirección General de Explotación de Transporte Aéreo (Dirección General de Aviación Civil, Secretaría General de Transportes, Ministerio de Fomento) informando sobre los extremos solicitados. En síntesis señala:

- no existe, ni está prevista, tasa alguna u otra percepción que grave la solicitud, y en su caso, concesión de autorización por los *slot*, aunque existe una tasa asociada a la operación de aterrizaje.
- para facilitar información a una empresa de consultoría, debería ser parte interesada y participar en el Comité de Coordinación. Deduce a la vista de los preceptos aplicables que corresponde al Comité de Coordinación determinar los sujetos que han de participar en el mismo y que nada impide desde un punto de vista normativo que esas empresas formen parte del mismo. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 9 de los Estatutos del Comité Nacional de Coordinación que

determina la composición del mismo y, en tanto no figuran en el mismo las empresas de consultoría, caso de que fueran parte interesada, deberían modificarse los Estatutos, si bien ello no parece lógico o apropiado, dado que las partes interesadas son los operadores directos de los aeropuertos.

- Las empresas de *handling* conocen la información completa en el momento de la celebración de la Conferencia internacional.

12. El 26 de junio de 2007, se recibe escrito de AENA (División de Coordinación Aérea Jurídica y Operativa) aclarando informaciones relativas a hechos relevantes en el expediente, dado que la información remitida por la Dirección General de Aviación Civil da una respuesta parcial al requerimiento de información solicitado y omite una serie de aspectos de importancia. En síntesis, expone lo siguiente:

- Para mejor ilustración de la actividad consistente en la casación provisional de horarios, remite copia de las Directrices de Programación Mundial del Sector Aéreo de IATA (*Worldwide Scheduling Guidelines, IATA, 13th Edition, effective December 2006, Montreal-Geneva*). Este documento de carácter semiprivado que todas las autoridades aeroportuarias aplican, describe el procedimiento de asignación de los *slots* y, sobre todo, el desarrollo de las denominadas “Conferencia de Programación”. A este respecto se llama la atención del TDC sobre el punto 5 de la parte II, referido a la “*Confidentiality of slot and Schedule information*”, sin perjuicio de la lectura de todo el documento, donde se establecen los criterios de reserva de la información que la Oficina de Coordinación aplica a las solicitudes y casaciones iniciales de *slots* hasta el momento de la celebración de la Conferencia.

- En la Ley 25/1998, se establece la “Tasa por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario” (artículo 4 a 11), pudiendo apreciarse de la lectura de la relación de hechos imponibles, que ninguno se refiere específicamente a la “concesión de autorización para aterrizar o despegar en una determinada fecha y hora”. Así, el hecho de solicitar *slots* a la Oficina de Coordinación y las casaciones que en la misma se realizan no dan lugar al devengo de percepción pública alguna.

- Sobre la segunda de las cuestiones formuladas en la Providencia, se remite a lo dicho en anteriores escritos, por haber sido ya respondida por la Dirección General de Aviación Civil.

- Las empresas de *handling* sólo tienen noticia de la asignación inicial o provisional de *slots* en el momento y con ocasión de cada Conferencia de Programación, si asisten a la misma. Hasta ese momento, dicha asignación sólo es conocida, en una relación bilateral, por la Oficina de Coordinación y por la compañía aérea peticionaria de los *slots*, a la que sólo se le comunica el resultado de la casación inicial de su solicitud, no los referentes a las demás compañías.
13. El 2 de julio de 2007, se recibe escrito de AENA remitiendo el Documento *Worldwide Scheduling Guidelines* de IATA, que, por error, no se adjuntaba al escrito de alegaciones. El punto 5 de la parte II, “*CONFIDENTIALITY OF SLOT AND SCHEDULE INFORMATION*”, se recoge: “*Coordinators and Schedule facilitators must no release to any other organization or individual details of data submitted by an airline prior to the official Start of the Conference. If there is a need, for planning purposes, to provide some data in advance to airport managing bodies or other interested parties, this should be done in consolidated format only*”.
 14. El Tribunal deliberó sobre este asunto en su sesión plenaria de 26 julio de 2007.
 15. Son interesados:
 - CSt CONSULTORA Y SERVICIOS PARA LA GESTIÓN EN EL TRANSPORTE, S.L.” (CSt).
 - AEROPUERTOS NACIONALES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA).

HECHOS PROBADOS

1. AENA es un Ente Público adscrito al Ministerio de Fomento que es responsable de la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea.

En el Real Decreto-Ley 15/2001 se designa a AENA como el coordinador encargado de la asignación de franjas horarias en los aeropuertos españoles (*slots* en la terminología internacional), Las franjas horarias implican el permiso dado por el coordinador para utilizar la infraestructura aeroportuaria con fines de aterrizaje y despegue en fechas y horas determinadas e implican un procedimiento administrativo sujeto a normativa específica a través del cual se obtiene una previsión de la programación de vuelos en los aeropuertos. Su

elaboración comienza con la solicitud de slots de las compañías aéreas a la Oficina de Coordinación de Horarios de AENA, con una antelación de seis meses, donde se realiza una casación inicial dentro de las disponibilidades, comunicándose a cada compañía el resultado sólo de sus propios *slots*. Posteriormente, se procede a otra casación en la Conferencia Internacional, pero la misma tampoco es definitiva, ya que la asignación está sujeta a numerosas y constantes variaciones hasta el mismo día de la operación.

El procedimiento está sujeto a la aplicación del Reglamento (CE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero, modificado por el Reglamento (CE) 793/2004 de 21 de abril de 2004, sobre Normas Comunes para la Asignación de Franjas Horarias en los Aeropuertos Comunitarios.

La normativa relativa al procedimiento de asignación de franjas horarias enumera a quiénes debe facilitarse la información de las mismas, pero no limita de forma explícita que terceros puedan conocer el resultado del proceso de asignación de las franjas horarias.

AENA tiene acuerdos de colaboración con el Instituto de Estudios Turísticos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y con la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, en virtud de los cuales les proporciona, con periodicidad mensual y de forma gratuita, información sobre las programaciones de vuelos para la elaboración de estudios y estadísticas de difusión pública.

AENA niega haber facilitado a la empresa INECO datos de las programaciones de vuelos, aunque reconoce que puede haber proporcionado a su personal aquellos datos relativos a la programación de vuelos que se necesitasen para desarrollar los trabajos que realiza para AENA en virtud de diferentes contratos administrativos.

INECO es, sociedad mercantil estatal cuyo capital social es propiedad de entidades públicas empresariales dependientes del Ministerio de Fomento (AENA tiene el 61% del capital). Esta sociedad realiza todo tipo de estudios, proyectos y trabajos de consultoría e ingeniería, en general, en las actividades relacionadas con el transporte, infraestructuras, telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información para toda clase de empresas o personas físicas o jurídicas. INECO ha realizado trabajos para AENA en los ejercicios 2003 y 2004 sujetos a condiciones y normativa específica, aunque también ha realizado trabajos para otras compañías.

2. CSt es una empresa que desea introducirse en el mercado de consultoría del transporte aéreo a partir del lanzamiento del producto “análisis competitivo de demanda de transporte no regular y de alojamientos vacacionales”, para cuya elaboración requiere disponer de la información relativa a la previsión de la programación de vuelos no regulares en los aeropuertos nacionales. Con tal finalidad hizo una solicitud a AENA para que le enviase mensualmente esa información, que ya le suministraba un aeropuerto.

La previsión de la programación recoge datos relativos a la compañía aérea, número de vuelo, periodo y días de operación, número de plazas ofrecidas, tipo de aeronave, aeropuerto de origen/destino, horario autorizado, tipo de servicio y frecuencia de operación.

3. Inicialmente AENA no negó la referida información, ya que propuso CSt la celebración de un posible acuerdo para proporcionar la misma. En su respuesta a la petición de la empresa, comunicaba que “(...) no proporciona información con carácter regular o periódico a ningún organismo, empresa o particular sobre los vuelos programados en ninguno de los aeropuertos de la red. Tan solo, de forma excepcional y en virtud de diferentes Acuerdos o Convenios de Colaboración suscritos por AENA, esta información se viene suministrando de manera periódica a algunos organismos oficiales.

Por todo lo anterior y con objeto de regularizar de manera adecuada la situación que se viene produciendo en el suministro de esta información a su compañía desde los diversos aeropuertos, es conveniente que su empresa solicite a AENA la formalización de un Acuerdo o convenio. Para ello deberá dirigirse a la Dirección General de AENA con una propuesta de Acuerdo o convenio en la que se especifique de forma clara la necesidad de la colaboración, su propósito y su alcance. Una vez se realice el estudio de dicha propuesta, desde AENA se informará a su compañía sobre la posibilidad de llevarlo a cabo (...).”

Más tarde, AENA negó a CSt el suministro de la información por considerar que la misma forma parte de un procedimiento administrativo en curso, por lo que de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 30/1992, el derecho a conocer los referidos datos corresponde sólo a los interesados, condición que su empresa no ostenta.

Además, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento (CE) 95/1993, modificado por el 793/2004, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, interpreta AENA que CSt no tiene la condición de parte interesada. En

el Reglamento figuran con la condición de parte interesada los integrantes del Comité de Coordinación (compañías aéreas y/o sus organizaciones representativas, las autoridades aeroportuarias y los representantes del control).

AENA también comunicó a CSt que, una vez finalizada la actuación administrativa, podía ejercer su derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, regulados en el artículo 37 de la Ley 30/1992, consultando en la página Web de AENA la programación de vuelos o solicitando a su Departamento de Estadística Operativa información sobre las operaciones realizadas en cada aeropuerto.

FUNDAMENTOS DERECHO

1. El artículo 6.1.a) LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional y en su artículo 6.2. c) recoge entre las posibles formas de abuso, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. Esa negativa de suministro sólo resulta contraria a la LDC, por tanto, si se realiza desde una posición de dominio y es injustificada.
2. El artículo 4.7 del Reglamento (CE) 95/1993 establece lo siguiente:

“Cuando se asignen franjas horarias, el coordinador deberá facilitar a todas las partes interesadas, cuando se lo pidan y en un plazo razonable, para examen, la información siguiente:

 1. Una relación cronológica de las franjas horarias históricas de todas las compañías aéreas que operan en el aeropuerto,
 2. Respecto de todas las compañías aéreas, las franjas horarias solicitadas (solicitudes iniciales), por compañía y por orden cronológico,
 3. Respecto de todas las compañías aéreas, todas las franjas aéreas asignadas y las solicitudes pendientes de todas las compañías aéreas, por compañía y por orden cronológico,
 4. Las franjas horarias aún disponibles,
 5. Una explicación pormenorizada sobre los criterios utilizados para la asignación.

El Reglamento (CE) 793/2004 ha modificado el texto de la introducción sustituyéndole por el siguiente:

“El coordinador, previa petición y en un plazo razonable, deberá facilitar gratuitamente a las partes interesadas, en particular a los miembros u observadores del comité de coordinación, para su examen, la información siguiente, por escrito o de cualquier otra forma fácilmente accesible”.

3. CSt solicita que se tenga en cuenta lo solicitado en la carta de fecha 30 de octubre de 2006 enviada al SDC que remite Dictamen de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento de 28 de julio de 2005 en relación a los momentos en que se inicia y finaliza el procedimiento de asignación de franjas horarias (Antecedente de Hecho 6).
4. AENA alega que su negativa a facilitar la información requerida por CSt se debe a que la misma forma parte de un acto administrativo en curso (no terminado), por lo que el derecho a conocerla sólo corresponde a los interesados, lo que apoya también con una interpretación de los Reglamentos (CE) 95/93, modificado por el 793/2004, señalando que el propio TDC, en su Resolución de 14 de junio de 2006 (Expt. R 668/05) aceptaba que CSt no tenía la condición de interesado. La asignación de las franjas horarias por la Oficina de Coordinación de AENA, sólo es el producto de la casación inicial de los *slots* solicitados dentro de las disponibilidades, por lo que es provisional y tendrá después modificaciones, incluso después de la Conferencia Internacional en la que se casan las asignaciones hechas por los coordinadores nacionales, por lo que estima que su difusión podría ocasionar responsabilidades por su infiabilidad, aparte de ser una información sensible por revelar las estrategias de las compañías, por lo que puede perjudicar intereses comerciales.

Considera AENA que el suministro de información periódica a organismos públicos se enmarca dentro del deber de colaboración entre Administraciones Públicas y niega que se favorezca a INECO y produzca un reparto de mercado por los datos que le facilita para la elaboración de trabajos contratados para AENA.

Además, entiende que las previsiones del artículo 6 no le son aplicables ya que su actuación es en el ejercicio de potestades públicas sometidas a régimen jurídico-público y no como “empresa”, si bien desarrolla también otras actividades de carácter económico o empresarial sujetas al derecho privado. En todo caso, considera que no ha habido un abuso de posición de dominio prohibido por dicho artículo ni se ha probado la

existencia de un “mercado relevante” de la información. Adicionalmente, señala que su actuación no ha producido distorsión alguna en el mercado, ni creado barrera alguna a la entrada, como tampoco que se haya afectado a los intereses públicos.

5. El Servicio no encuentra causa objetiva que justifique la negativa a suministrar la información solicitada por CSt por considerar que se refiere a un acto administrativo terminado. Los datos requeridos no son en sentido estricto el contenido propio de un expediente administrativo abierto o en trámite, sino datos esenciales para la realización de una actividad económica en el sector del transporte aéreo. Datos que AENA tiene como coordinador y que cede a una empresa mercantil participada, que no tiene la condición de interesado, así como a dos organismos públicos que tampoco tienen esa condición de interesado o parte interesada.

El SDC considera que los mercados afectados por las prácticas que contempla son:

- el de información sobre programación de vuelos en los aeropuertos españoles, en este caso el directamente afectado, en el que la oferta la controlan AENA y demás miembros de Comité de Coordinación y en el que la demanda es de CSt y de algunos organismos públicos e INECO. En este mercado, AENA como coordinador legal de aeropuertos tiene una cuota de mercado del 100%, si bien otros miembros del comité de coordinación pueden acceder a la misma
- el de consultoría en transporte aéreo, en el que se producen los efectos de la práctica, que incluye diversos tipos de trabajos, donde hay muchos oferentes, siendo demandantes los organismos públicos y empresas privadas. En este mercado es en donde se producen los efectos de la conducta de AENA, ya que es el mercado donde CSt trata de vender su nuevo producto.

El mercado geográfico, por otra parte, se circunscribe al territorio nacional.

Afirma el Servicio, que el Reglamento CEE 793/04 establece la obligación del coordinador de facilitar de forma gratuita y previa petición a las partes interesadas para su examen, en particular a los miembros del Comité de Coordinación, la información especificada en el artículo 4.7 del Reglamento, a más tardar antes de celebrar las conferencias e incluso durante éstas o posteriormente, pero no excluye expresamente

que no se pueda facilitar a terceros ni que estos la puedan comercializar.

Por lo anterior, el SDC propone que el TDC declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 6.2.c) LDC consistente en *la negativa injustificada del suministro de información solicitada por CSt* de la que se considera responsable a AENA, así como se le intime para que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, publique la parte dispositiva de la Resolución en el BOE y en un periódico de ámbito nacional y se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 LDC.

6. Aunque AENA considera que no le es aplicable el artículo 6 LDC, el TDC deduce del examen del artículo 2 LDC que las prescripciones del artículo 6 LDC son aplicables a las actuaciones públicas, incluso aunque estén amparadas por una ley (artículo 6.3 LDC), por lo que tampoco puede aceptarse la alegación de AENA de que no le es aplicable el referido artículo 6 y que, por tanto, no puede incurrir en abuso de posición de dominio.
7. El Tribunal no comparte la alegación de AENA en relación a que el suministro de información a dos organismos públicos está amparado por el deber de colaboración entre Administraciones Públicas, pues ya el TDC declaró que no era de recibo en su Resolución de 14 de junio de 2006, expediente R 668/2005 Aeropuertos 2, fundamento de derecho primero.
8. Alega el Ente Público que la información debe mantenerse reservada dada su provisionalidad (las constantes modificaciones considera que la hacen infiable) y ser sensible por revelar estrategias empresariales, pero AENA inicialmente no negó la información, solicitando que se hiciera una propuesta de convenio, por lo que tampoco el Tribunal puede aceptar esta argumentación, máxime cuando al parecer conocía que algún aeropuerto se la estaba proporcionando a la referida empresa y se trataba de regularizar esa situación. En realidad lo que ocurre es que AENA no justifica suficientemente el carácter reservado de esa información ya que el que sea provisional no influye en ello y las estrategias empresariales pueden comprobarse por otras vías como ofertas, etc.

El TDC considera que si se quiere evitar la elaboración de informes poco fiables, siempre que se advierta de su carácter provisional, sería responsabilidad de los agentes que la utilicen el manifestarlo a los usuarios. En cuanto al carácter sensible o de secreto comercial, el

Tribunal estima que los planes de las compañías se publicitan por las mismas y que, en todo caso, su detalle final (aparte modificaciones) sólo se conocería con un desfase de seis meses, dado que después de cada Conferencia Internacional la información se publica y hasta entonces IATA mantiene un criterio de reserva.

Según AENA, para dar información a una empresa de consultoría, ésta debería ser parte interesada y participar en el Comité Nacional de Coordinación, pero ello obligaría a la modificación del artículo 9 de los Estatutos del Comité que determina su composición para incluirla, lo que no parece apropiado, al ser sus miembros sólo operadores directos de los aeropuertos.

9. El TDC considera que AENA, como coordinador de aeropuertos, dispone de la totalidad de la información sobre las previsiones de vuelos, por lo que controla totalmente el supuesto input.
10. Cabe considerar si el suministro de información que se niega a CSt por parte de AENA desde su control absoluto sobre el input supone un trato discriminatorio con respecto a los organismos a los que se facilita regularmente. Para ello habría que analizar si la diferencia de trato carece de justificación objetiva y va dirigida a producir efectos en el mercado. El TDC considera que la diferente utilización que pretenden los destinatarios (CSt su venta) y los organismos públicos (elaboración de estadísticas) e INECO (que no tiene una línea de negocio como la que la denunciante quiere desarrollar y sólo recibe información para contratos de asistencia suscritos con AENA, teniendo prohibido su utilización para trabajos con terceros), permite deducir que no son competidores entre sí en el mercado ni ocasionar perturbación de la libre competencia.
11. Para concluir que existe una negativa de suministro que vulnera la normativa de la competencia hay que tener en cuenta si el bien es esencial o no para competir en un mercado relacionado, así como si la empresa que niega el suministro controla el producto y no existen fuentes de suministro alternativas, si ello tiene un impacto significativo sobre el mercado afectado, y si no existe justificación objetiva para el suministro.

El Tribunal considera que es cierto que la negativa de suministro de la información solicitada impide el desarrollo de la actividad que planeaba CSt, ya que aunque AENA indicaba que la misma podía obtenerse de la publicación en su página *web* o solicitándola a su Departamento de Estadística Operativa después de la Conferencia Internacional, referida

a procedimientos ya cerrados, la denunciante considera que esa información carece de valor para sus intereses, en tanto que el producto que trataba de elaborar requería conocer los datos de asignaciones provisionales de *slots* a la vista de las solicitudes iniciales de las compañías. En todo caso, la información solicitada es tan específica que no existen alternativas para su obtención, salvo que la facilitaran las propias compañías aéreas, alternativa que parece haber sido descartada por el denunciante, pues el suministro de la misma por los aeropuertos ahora ya no resulta viable.

Adicionalmente, cabe señalar que AENA controla el producto, pero el mismo no es de su propiedad, ya que aunque es quién realiza las casaciones de los *slot*, la información sobre la que lo hace es propiedad de las compañías aéreas. En todo caso, la Conferencia de Programación donde se casan las asignaciones de franjas horarias de los diferentes países constituye una fuente de suministro alternativa, aunque la información que allí puede obtenerse no es la que CSt desea.

Por otra parte, dado que el mercado en el que opera el denunciante es el de consultoría en materia de transportes, no se puede decir que la información solicitada sea esencial para competir en el mismo. El TDC considera que, si bien la negativa de suministro puede impedir la oferta de un nuevo producto en el mercado de consultoría por parte de CSt, ello no quiere decir que no existan otras alternativas para competir. Máxime cuando el producto que ofrecería CSt es un producto nuevo y no ha acreditado que exista una demanda potencial del mismo, y con independencia de que no se aprecia que se trate de un producto lo suficientemente diferente y definido como para constituir un mercado cuyo desarrollo se impide. En tanto el producto no se “comercializa” a terceros ni se emplea para elaborar otros productos que terceros comercialicen, no resulta acreditado que se genere desventaja competitiva para el denunciante que ya compite en el mercado el no acceder al mismo.

Además, el TDC considera que no se acredita que la negativa de suministro tenga un impacto significativo en el mercado, pues aparte de CSt no existe ninguna demanda potencial del mismo, ni su efecto es reducir el número de competidores o debilitarlos sustancialmente.

Finalmente, el Tribunal entiende que existe una justificación objetiva de la negativa de suministro de información, ya que las autoridades aeroportuarias aplican las Directrices de Programación Mundial del

Sector Aéreo de IATA, en las que se establece un criterio de reserva que se sigue por la Oficina de Coordinación de AENA.

Por todo ello, el TDC considera que no se acredita que la conducta de AENA denunciada sea una abusiva en el sentido del artículo 6.2.c) LDC, por las razones expuestas y existir una justificación objetiva para no facilitar la información solicitada.

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

HA RESUELTO

Único- Declarar que no se ha acreditado que el Ente Público Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (AENA) haya incurrido en una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6.2.c) de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, por la negativa del suministro de la información solicitada por CSt.

Comuníquese esta Resolución al SDC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que dicha Resolución agota la vía administrativa y que, por tanto, contra la misma se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la correspondiente Sala de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la fecha de recepción de esta Resolución.