

INFORME SOBRE LA CONSULTA DE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL, ENAIRE, ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, ENAIRE GLOBAL SERVICES S.A. EN LICITACIONES PÚBLICAS

INF/CNMC/004/23

15 de marzo de 2023

www.cnmc.es

INFORME SOBRE LA CONSULTA DE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL, ENAIRE, ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, ENAIRE GLOBAL SERVICES S.A. EN LICITACIONES PÚBLICAS

Expediente nº: INF/CNMC/004/23

SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiú García-Ovies

En Madrid, a 15 de marzo de 2023

Vista la solicitud de informe del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA) sobre la consulta planteada por la entidad pública empresarial ENAIRE, en relación con la creación y funcionamiento de la Sociedad Mercantil Estatal, ENAIRE GLOBAL SERVICES S.A. de capital íntegramente de ENAIRE, que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 9 de enero de 2023, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC](#), la Sala de Competencia acuerda emitir el presente informe.

1. ANTECEDENTES

En 2010 se produjo la liberalización de determinados servicios de tránsito aéreo (ATS) en los aeropuertos de la red de AENA¹. Así, la [Ley 9/2010, de 14 de abril](#)², posibilitó la liberalización de los servicios de control de aeródromo (ATC, que aseguran el aterrizaje y despegue ordenado de las aeronaves en el aeropuerto), permitiendo que pudieran ser prestados por otros proveedores de servicio. De acuerdo con la regulación mencionada, corresponde al Ministerio determinar mediante Orden los aeropuertos susceptibles de liberalización y al gestor aeroportuario (AENA) convocar los procesos de selección de los operadores de ATC en régimen de concurrencia competitiva.

En 2011, a través de la [Orden FOM 3352/2010, de 22 de diciembre](#)³, se liberalizaron los servicios ATC en 12 torres de control concretas de los aeropuertos de Aena⁴. Por otra parte, desde 2010, se han designado 6 aeródromos como AFIS, procediéndose a la licitación de estos servicios⁵. Por último, recientemente el MITMA ha iniciado la [consulta pública](#) del proyecto de Orden Ministerial para liberalizar los servicios ATS de aeródromo otras 7 torres⁶.

En la actualidad, existen tres proveedores de servicios ATS en España: ENAIRE, que presta servicios en las 21 torres que no han sido liberalizadas, y dos proveedores privados, Saerco y FerroNats (actualmente denominada Skyway), que prestan servicio en otras 22 torres civiles: las 12 torres de control

¹ Los servicios de tránsito aéreo (ATS) son necesarios para la circulación segura y ordenada de las aeronaves en todo el espacio aéreo. Los ATS incluyen los servicios de control de tránsito aéreo (ATC), los servicios de información de vuelo y los servicios de alerta. A su vez, se dividen en tres tipos según la fase de vuelo en la que son prestados: aeródromo, aproximación y ruta. En cada aeródromo, los servicios ATS pueden ser prestados en dos modalidades en función de lo que resulta más adecuado atendiendo a criterios de seguridad: servicios de control o servicios "AFIS" (servicios de información de vuelo de aeródromo, son servicios de tránsito aéreo que se prestan en aeropuertos con menor complejidad del tráfico).

² [Ley 9/2010, de 14 de abril](#), por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

³ [Orden FOM 3352/2010, de 22 de diciembre](#), por la que se determinan los aeropuertos gestionados por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea para la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo.

⁴ Sabadell, Madrid-Cuatro Vientos, A Coruña, Alicante-Elche, Ibiza, Jerez, Sevilla, Valencia, Vigo, La Palma, Lanzarote y Fuerteventura.

⁵ La Gomera, El Hierro, Burgos, Huesca, La Seu d'Urgell-Andorra y Córdoba.

⁶ A este respecto, recientemente se ha adoptado una proposición no de ley en el Congreso que [insta a revisar el proceso](#).

liberalizadas en 2011, las 6 torres con servicios AFIS y las torres civiles fuera de la competencia de la Administración General del Estado.

En paralelo al proceso de liberalización descrito, AENA afrontó importante reestructuración. Desde 2014, Aena, S.A. (AENA) asume las funciones de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, mientras que las competencias en materia de navegación y espacio aéreo se asumieron por la entidad pública empresarial ENAIRE. ENAIRE es una entidad 100% pública, que tiene el 51% del capital de AENA (el 49% restante de AENA está en manos privadas)⁷.

En abril de 2021, el Consejo de Administración de ENAIRE acordó la creación de la Sociedad Mercantil Estatal (SME) ENAIRE GLOBAL SERVICES S.A. (en adelante, EGS), de capital íntegramente de ENAIRE. El objetivo perseguido con la creación de la referida filial es poder competir de forma solvente, en el ámbito nacional e internacional, en la prestación de aquellos servicios que integran su objeto social⁸.

Según el borrador de Estatutos sociales de EGS (artículo 2), su objeto social se compone de diversas actuaciones relacionadas con el tráfico aéreo, entre las que se incluyen la prestación de servicios de gestión de tráfico aéreo y servicios ATS "fuera del ámbito del negocio regulado", mientras que su matriz ENAIRE continuará prestando los servicios de gestión de tráfico aéreo y servicios ATS en las torres nacionales "no liberalizadas".

La CNMC ha elaborado varios informes sobre el sector aeroportuario español⁹. En 2018, publicó un [Estudio](#) sobre los servicios de tránsito aéreo en España, en el que constató que la liberalización iniciada en 2010 había conllevado mejoras de costes y calidad de estos servicios¹⁰. En su Estudio, la CNMC recomendó:

- Avanzar en la liberalización de los servicios de control aéreo de aeródromo.

⁷ Recientemente se ha aprobado el [Real Decreto 160/2023, de 7 de marzo](#), por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Enaire, y se modifica el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, aprobado por Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero.

⁸ Según ENAIRE dicha constitución se encuentra supeditada a la preceptiva autorización del Consejo de Ministros conforme al artículo 169 de la LPAP.

⁹ Entre ellos, [E/CNMC/0002/14](#), *El sector aeroportuario en España: Situación actual y recomendaciones de liberalización* y el [IPN/0013/14](#) sobre el Proyecto de Real Decreto-Ley por el que se establece el marco jurídico de la regulación aeroportuaria y el régimen de transparencia y consulta en la fijación de las tarifas aeroportuarias de AENA, S.A..

¹⁰ [E/CNMC/002/2018](#), Estudio de los servicios de tránsito aéreo en España.

- Avanzar en la designación de aeropuertos como AFIS en aquellos donde sea posible en condiciones de seguridad.
- Explorar la posibilidad de liberalizar los servicios de control de aproximación.
- Impulsar una mayor competencia en el mercado de formación de controladores.
- Eliminar la integración vertical entre AENA y ENAIRE.

2. CONTENIDO

En la consulta de ENAIRE se plantean las siguientes cuestiones¹¹:

“1- POSIBILIDAD DE CONCURRIR A LAS LICITACIONES PREVISTAS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY 9/2010

A la luz de la DA 2a de la Ley 9/2010, ¿existe obstáculo para que EGS, filial 100% de ENAIRE, se presente como licitador a los procedimientos de adjudicación promovidos por AENA? ¿Y a los promovidos por otros gestores aeroportuarios?

2.- EVENTUAL CONFLICTO DE INTERÉS

2.1. Si se entiende que ENAIRE y AENA tienen relación de control o son entidades vinculadas, ¿existe algún obstáculo para que EGS, filial 100% de ENAIRE, se presente como licitadora a los procedimientos de adjudicación promovidos por AENA?

2.2. Si se entiende que ENAIRE y AENA no tienen relación de control o no son entidades vinculadas, ¿existe algún obstáculo para que EGS, filial 100% de ENAIRE, se presente como licitadora a los procedimientos de adjudicación promovidos por AENA?

2.3. ¿Qué otras implicaciones puede tener la relación entre AENA y ENAIRE en estos procedimientos de adjudicación?

3.- POSICIÓN DE DOMINIO Y OTRAS IMPLICACIONES EN MATERIA DERECHO DE LA COMPETENCIA

¹¹ A la consulta se adjunta: el borrador de Estatutos de EGS, dos Informes de la Abogacía del Estado, el Plan de Negocios de EGS y un documento con información sobre la situación de los procesos de liberalización de servicios ATS en Europa y en España.

3.1. De acuerdo con la normativa de derecho de la competencia relativa a la posición de dominio y abuso de la posición dominante, ¿puede EGS presentarse a los procedimientos de licitación promovidos por AENA u otros gestores aeroportuarios?

3.2. ¿Qué otras implicaciones en materia de derecho de la competencia, pudiera tener la creación y funcionamiento de EGS?”

3. VALORACIÓN

3.1. Consideraciones previas

Las consideraciones realizadas en este informe se realizan **en ejercicio de la función consultiva** que deriva del artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Dicha función consultiva no remplace al procedimiento sancionador previsto para infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), pues el examen de una conducta a la luz de la normativa sancionadora de competencia requiere tener en cuenta el conjunto de las circunstancias concurrentes, de hecho y de derecho, que en el marco de un informe consultivo no es posible apreciar suficientemente.

El régimen actual previsto para tales prohibiciones se fundamenta en la autoevaluación, mediante la cual son las propias empresas quienes deben evaluar la compatibilidad de sus acciones con la normativa de competencia, estando todas las conductas sujetas al control ex post por parte de las autoridades de competencia.

Por ello, lo recogido en este informe no condiciona ni vincula las actuaciones que, en un futuro, pudieran realizarse desde una óptica sancionadora respecto a las actuaciones realizadas por los operadores en cuestión.

3.2. Respuesta a la consulta planteada

3.2.1. Sobre la participación de EGS en licitaciones convocadas por AENA u otros gestores aeroportuarios

La consulta plantea si, a la luz de la DA 2ª de la Ley 9/2010, existe algún obstáculo para que EGS se presente a las licitaciones que convoque AENA.

En concreto, ENAIRE explica que, de acuerdo con la citada disposición, *“la posibilidad de concurrir a estas licitaciones queda limitada a los nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo, lo que plantea la duda acerca de si se permite o no concurrir a las licitaciones a ENAIRE e incluso a EGS”*.

El Informe de la Abogacía del Estado A.G Entes Públicos 16/21 (R-132/2021), que se adjunta a la petición de informe, considera que ni ENAIRE ni su filial EGS pueden ser considerados como un “nuevo operador” a los efectos de la referida DA 2ª de la Ley 9/2010. ENAIRE, en cambio, sostiene que una interpretación teleológica de la citada disposición sí permitiría a ENAIRE y EGS concurrir en las licitaciones de AENA.

Debe señalarse que la CNMC no tiene entre sus competencias la interpretación de la normativa sectorial fuera de los ámbitos previstos en la Ley 3/2013, de 4 de junio (LCCNMC). Entre estos ámbitos, está *“garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”* (art. 1 LCCNMC). Por tanto, el sentido y alcance que debe darse a la opinión de la CNMC se circunscribe a valorar la cuestión desde la óptica de su impacto sobre la competencia en los mercados.

De conformidad con el art. 38 de la Constitución Española (CE) y los principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad), los poderes públicos no deben limitar la competencia en los mercados salvo que exista una razón de interés público que lo justifique y, en tal caso, deben hacerlo de modo que no exista otra manera menos lesiva para la competencia de proteger tal interés¹².

El citado art. 38 CE y los principios de necesidad y proporcionalidad comportan que las limitaciones a la competencia previstas en las normas no pueden interpretarse extensivamente, sino que toda limitación a la competencia, por tratarse de una excepción a la libertad de empresa, debe estar claramente establecida y delimitada en la normativa. De este modo, en la medida en que la normativa sectorial permita diferentes interpretaciones con distinto impacto en términos de competencia en los mercados, los poderes públicos deben optar por aquella que resulte menos lesiva para la competencia en el mercado.

¹² Artículo 4 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, artículo 129 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

La exposición de motivos de la Ley 9/2010 se refiere al objetivo de introducir competencia en el mercado de la prestación de servicios ATS en virtud de la normativa de Cielo Único Europeo:

Por otro lado, tal y como exigen los reglamentos de Cielo Único Europeo, resulta necesario permitir que otros proveedores de servicios, debidamente certificados por una autoridad europea de supervisión, puedan prestar servicios de control de tránsito aéreo en nuestros aeródromos. Con ello, además de cumplir con los requisitos comunitarios, se introduce la competencia en este sector, lo cual, necesariamente, habrá de producir una mejora en las condiciones técnicas y económicas en las que se prestan estos servicios.

Así, la DA 2ª de la Ley 9/2010 permite que los servicios ATS puedan ser prestados por AENA (hoy ENAIRE) o “cualquier otro proveedor de servicios de tránsito aéreo debidamente certificado por una autoridad nacional de supervisión de la Unión Europea”. El precepto no realiza ninguna distinción y, por tanto, no excluye a filiales de proveedores públicos de servicios ATS en otros Estados miembros, que pudieran estar en situación similar a EGS. Tales filiales, por tanto, no tendrían limitación para participar en las licitaciones promovidas por AENA en España.

ENAIRE señala en su consulta que, en Alemania, el operador público tiene una filial que presta servicios ATS en torres de control liberalizadas, tanto dentro como fuera de sus fronteras¹³. También indica otro ejemplo similar fuera de la UE, en el Reino Unido¹⁴. Ahora bien, en estos países no se da el problema que existe en España de que exista una relación accionarial tan intensa entre el gestor aeroportuario y el proveedor público de servicios de navegación aérea.

También debe tenerse en cuenta que la Ley 9/2010, en cuanto a la selección de proveedores de servicios ATS, se supedita a lo previsto en la Ley 31/2007 (hoy [Real Decreto-ley 3/2020](#)), entre cuyos principios rectores están, precisamente, “la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa” (art. 1 LCSP).

Ni la normativa general de contratación pública (LCSP) ni la especial (Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero) impiden la participación en licitaciones

¹³ En Alemania, existen 19 aeropuertos con torres liberalizadas. La empresa DFS Aviation Services GmbH-DAS (filial del operador público nacional) presta servicios en 11 de estas torres. Una filial de esta empresa también presta servicios en torres liberalizadas en el Reino Unido.

¹⁴ En el Reino Unido, la empresa NATS Services (filial del operador público nacional) presta servicios en varias torres liberalizadas.

públicas de operadores como consecuencia de su naturaleza pública¹⁵. ENAIRE no ostenta desde 2020 la condición de medio propio de AENA, de modo que no está tampoco sujeto a la prohibición establecida en el art. 32.2.d) LCSP.

Ahora bien, no hay que obviar que, desde la óptica de competencia, el principal problema de la participación de ENAIRE/EGS en las licitaciones de AENA estriba en que, además de prestar ENAIRE servicios ATS en las torres no liberalizadas (en exclusiva), su filial EGS competiría con terceros en las licitaciones por las torres liberalizadas convocadas con AENA, teniendo una relación accionarial tan intensa con AENA que podría incidir en la neutralidad de las licitaciones.

De modo que la cuestión determinante es si la relación societaria entre ENAIRE y AENA impide a la primera (o a su filial EGS) presentarse a las licitaciones públicas convocadas por la segunda¹⁶.

Este no es un problema exclusivo del caso que aquí se aborda, sino que ocurre en muchos mercados donde participan empresas públicas. La OCDE, en su Recomendación sobre neutralidad competitiva de 2021 (a la que el Reino de España está adherido), ha recomendado garantizar que las empresas públicas no disfruten de ninguna ventaja por su condición de empresas públicas, ante la necesidad de garantizar unas mismas reglas del juego para todos los licitadores¹⁷. En sus Directrices sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas (2016), la OCDE recomienda específicamente lo siguiente¹⁸:

¹⁵ Aunque estas normas no lo dispongan expresamente, las Directivas UE sobre contratación pública reconocen la condición de “operador económico” a las entidades públicas (art. 2.10 Directiva 2014/24/UE y art. 2.6 Directiva 2014/25/UE), y así debe interpretarse también en derecho interno (ver [Resolución nº 1784/2021 del TACRC de 10/12/2021](#)).

¹⁶ AENA tiene la condición de entidad contratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del [Real Decreto-ley 3/2020](#), por ostentar un derecho especial o exclusivo en las actividades aeroportuarias que se señalan en el artículo 12 de la citada normal. Sobre los principios aplicables, el Preámbulo dispone: “*El Capítulo IV del título I del Libro primero señala como principios que han de regir la contratación los ya tradicionales principios de no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato y transparencia; a los que, como novedad, este real decreto-ley añade: el principio de libre competencia, con una formulación amplia, de manera que el mismo aparece asociado tanto al elemento intencional, como al objeto y efectos de la práctica o medida potencialmente restrictiva; y los principios de garantía de la unidad de mercado que se recogen en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (..)*”. Véanse especialmente los artículos 27, 30.4, 45.3 y 59.2 del mismo. Puede consultarse igualmente a este respecto la reciente actualización de la Guía sobre contratación pública y competencia en lo relativo a su Fase II Encargos a medios propios y convenios (G-2020-01, págs. 43 y 44).

¹⁷ OCDE (2021), [Recomendación sobre neutralidad competitiva](#).

¹⁸ OCDE (2016), [Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas](#). En ellas, se señala también que “*La ley no debe discriminar indebidamente entre las empresas públicas y sus competidores en el mercado*” y que “*Cuando las empresas*

Cuando las empresas públicas intervengan en contrataciones públicas, ya sea como licitadoras o como contratantes, los procedimientos aplicables deben estar abiertos a la competencia, no ser discriminatorios y contar con la protección de normas de transparencia adecuadas.

Por tanto, el principio de neutralidad competitiva no impone una limitación *prima facie* a la participación de empresas públicas en licitaciones donde puedan contar con ventajas, sino un requerimiento general de que las licitaciones promuevan la concurrencia en igualdad de armas de empresas públicas y privadas.

Del mismo modo, como se examina con más detalle en el apartado siguiente, la normativa de contratación pública no impone una prohibición de participar a las empresas públicas como forma de solucionar los eventuales conflictos de interés, sino que otorga amplia discrecionalidad a los órganos de contratación para actuar ante estas situaciones, aunque impone que tal actuación solucione de modo efectivo los problemas. Así, corresponde a los órganos de contratación tomar las medidas adecuadas para ***“solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”*** (art. 64 LCSP, art. 29 RDL 3/2020).

De este modo, corresponderá a AENA establecer las medidas oportunas para que la eventual participación de ENAIRE/EGS en las licitaciones promovidas por ella respete tales disposiciones.

Como operador sujeto a la normativa de contratación pública, las licitaciones públicas promovidas por AENA deben respetar los principios generales de no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato, así como los principios de transparencia y de libre competencia y de neutralidad competitiva. De esta manera, cualquier operador con la aptitud y capacidad requeridas debe poder participar, en igualdad de condiciones, en los procedimientos de concurrencia competitiva que se promuevan.

Por tanto, considerando que la vocación de la normativa aeroportuaria era permitir la entrada de prestadores de servicios ATS distintos del proveedor estatal (antes AENA, ahora ENAIRE) y que la normativa de contratación pública no impide la participación de entidades públicas en procedimientos de contratación pública, se infiere que, en aras del fomento de la concurrencia de

públicas realizan actividades económicas, es comúnmente aceptado que estas actividades deben llevarse a cabo sin ninguna ventaja o desventaja con respecto a otras empresas públicas o privadas”.

operadores y la competencia efectiva entre ellos, **debería admitirse la participación de todos aquellos proveedores (públicos o privados) de servicios de tránsito aéreo debidamente certificados por una autoridad nacional de supervisión de la Unión Europea.**

Todo ello sin perjuicio de que AENA, como órgano de contratación, deba tomar las **medidas oportunas para minimizar la existencia de potenciales conflictos de interés.**

3.2.2. Sobre el eventual conflicto de interés generado por las relaciones de control entre ENAIRE y AENA de cara a la participación de EGS en las licitaciones de ésta última

En su consulta, ENAIRE defiende que, pese a ostentar el 51% del capital de AENA, ambas entidades no actúan en el tráfico jurídico y económico como un único operador o agente, sino que operan como personas jurídicas autónomas e independientes. ENAIRE afirma que no existe interés de grupo entre ambas, que no da instrucciones o dirige la actuación de AENA, que no propone ni nombra directivos de AENA ni participa de otro modo en su elección o designación, y que destina todos los dividendos que percibe de AENA al Tesoro Público.

Teniendo en cuenta que esa relación vertical puede restar objetividad al proceso de toma de decisiones que tienen una especial relevancia en el contexto actual de apertura a la competencia de la prestación de los servicios de ATS en determinados aeropuertos, se debe prestar **especial cautela en el diseño de los procedimientos de licitación que convoque AENA** con el objeto de maximizar la participación de operadores, evitar restricciones a la competencia injustificadas y garantizar el principio de neutralidad competitiva.

El artículo 64 de la LCSP, en la misma línea que el artículo 29 del RDL 3/2020, dispone lo siguiente:

Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

*1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y **solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación** con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y **garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.***

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además

*participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga **directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia** en el contexto del procedimiento de licitación.*

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

El conflicto de intereses implica el riesgo de que la entidad contratante se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se otorgue preferencia a un licitador por su condición subjetiva¹⁹. En la práctica y sin ánimo de exhaustividad, el conflicto de interés puede dar lugar a que la entidad contratante introduzca aspectos en el diseño de la licitación o en su desarrollo que no resulten objetivamente necesarios y favorezcan o pretendan favorecer al licitador afectado, o a que el licitador cuente con ventajas de otro tipo respecto a terceros licitadores por su condición (por ejemplo, ventajas informativas respecto al contenido, plazos, u otros aspectos de la licitación).

En palabras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (informe 16/2019), el concepto de conflicto de intereses supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, susceptibles de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir las actuaciones del órgano de contratación.

La jurisprudencia ha destacado que es necesario que el conflicto sea efectivamente constatado y derive en la existencia de un interés económico, financiero o personal en decidir la licitación a favor de uno de los participantes²⁰.

En este caso, la existencia de un vínculo accionarial tan intenso entre ENAIRE y AENA arroja fuertes indicios de la existencia de una relación de “control” de AENA por parte de ENAIRE²¹, y en todo caso de la posible existencia de un

¹⁹ Entre otras, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2015, Asunto eVigilo, C-538-13.

²⁰ Entre otras, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, y de 18 de abril de 2007, Deloitte Business Advisory/Comisión, T- 195/05. En igual sentido, Resolución del TACRC – de 29 de diciembre de 2021, Resolución 1936/2021.

²¹ El art. 42 del Código de comercio dispone que “1. [...] se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración [...]”.

A efectos del derecho de la competencia, “...el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho,

“interés financiero, económico o personal” de AENA en su matriz ENAIRE y la filial de esta, EGS, que podría condicionar la competencia en el procedimiento de licitación. La CNMC ya indicó a este respecto que:

*...el hecho de que ENAIRE siga teniendo el control efectivo sobre Aena, S.A. puede tener efectos desde el punto de vista de la competencia, especialmente dada la posición de partida ventajosa de Aena/ENAIRE en el mercado de servicios ATS, cuyo monopolio había mantenido hasta 2010. **Podrían darse, por ejemplo, conflictos de interés derivados de que uno de los proveedores de servicios ATS (ENAIRE) posea la capacidad de tomar o vetar decisiones de la empresa que demanda sus servicios (Aena, S.A.). En cualquier caso, la integración vertical de ambas empresas puede crear incentivos perversos a la creación de restricciones a la competencia en el mercado liberalizado, a través de imposición o mantenimiento de barreras de entrada a operadores alternativos. Por lo tanto, sería recomendable que se avanzase en la separación efectiva de ambas entidades, de forma que ENAIRE dejase de poseer el control mayoritario sobre Aena, S.A. y de este modo, evitar posibles restricciones a la competencia en el mercado liberalizado**²².*

Ahora bien, la conclusión sobre si en este caso concreto existe un conflicto de interés excede de las funciones consultivas de la CNMC y del objeto de este informe y debe dilucidarse a la luz de todas las circunstancias de hecho y de derecho pertinentes.

Como se ha indicado en el apartado anterior, corresponde a AENA, como órgano de contratación, adoptar las medidas oportunas para solucionar efectivamente los posibles conflictos de interés que puedan aparecer. En caso de constatarse la existencia de conflicto de interés y no encontrarse otras soluciones más efectivas, la exclusión de ENAIRE/EGS de las licitaciones puede ser una solución necesaria.

Se recuerda que la CNMC puede ser consultada de conformidad con el artículo 5.2 de su Ley de creación sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, en particular, se considera de especial interés que los pliegos sean objeto de informe previo por esta CNMC.

confieran la posibilidad de ejercer una **influencia decisiva** sobre una empresa [...]” (art. 7 Ley 15/2007).

²² Véanse apartado 4.7 *Relación del gestor aeroportuario con el proveedor de servicios de tránsito aéreo* y la Recomendación cuarta del ya referido Estudio de la CNMC (2018).

3.2.3. Sobre posible posición de dominio y otras implicaciones en Derecho de la Competencia

En el escrito de consulta, se afirma que en 2019 ENAIRE tuvo una cuota del 70,9% en el mercado de prestación de servicios ATS en España²³. Por ello, se plantea si una eventual constatación de su posición dominante supondría un obstáculo para que ENAIRE se presentara a las licitaciones de AENA u otros gestores aeroportuarios y si generaría otras implicaciones desde la óptica de derecho de la competencia.

Adicionalmente, ENAIRE alega que, en Alemania y Reino Unido, el proveedor de servicios nacional, que ostenta posición de dominio (cuotas mayores a la suya), ha creado una filial a través de la cual se presenta a los procesos de concurrencia competitiva de torres liberalizadas sin que se hayan constatado implicaciones en términos del derecho de la competencia.

ENAIRE está sujeta a las normas de defensa de la competencia pese a que se le hayan concedido derechos exclusivos, en virtud del 106 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)²⁴.

En el supuesto que nos ocupa, de constarse eventualmente una posición de dominio de ENAIRE, podría concebirse hipotéticamente un riesgo de abuso de posición de dominio, dado que podría tener capacidad e incentivos para beneficiar su propia posición competitiva en el mercado liberalizado u obstaculizar el desarrollo de este mercado. Como ha destacado el Tribunal de Justicia de la UE²⁵:

²³ En el anexo aportado junto al escrito de consulta se aclara que esta es la cuota de mercado para el conjunto de aeropuertos, tanto liberalizados como no liberalizados, por número de operaciones gestionadas en base a datos de 2019 (1.591.000 operaciones). ENAIRE presta servicios de control de aeródromo en 21 aeropuertos entre los que se encuentran los 5 de mayor tráfico en España.

²⁴ A tenor literal: *Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.*

²⁵ Sentencia del TJCE de 25 de octubre de 2001 (Ambulanz Glöckner [asunto C-475/99](#)): “40. A este respecto, según reiterada jurisprudencia, constituye un abuso a efectos del art. 86 del Tratado el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa. Si la extensión de la posición dominante de la empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos es obra de una medida estatal, tal medida constituye una infracción del art. 90 del Tratado, en relación con el art. 86 del Tratado”.

“[...] constituye un abuso a efectos del art. 86 del Tratado el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa”.

En principio, las reglas sobre abuso de posición dominante no prescriben ninguna forma concreta de conducta por parte de las entidades en posición de dominio, salvo que tal conducta constituya una explotación abusiva de una posición dominante.

Para analizar si una conducta es constitutiva de un abuso de posición dominante hay que determinar, en primer lugar, los mercados relevantes afectados (de producto y geográfico) y constatar si en esos mercados existe una posición de dominio de una empresa (o de varias conjuntamente). En segundo lugar, debe analizarse si la conducta de la empresa o empresas en posición de dominio puede ser constitutiva de un abuso de tal posición.

Ahora bien, el análisis de todas estas cuestiones en el caso concreto que nos ocupa excede el objeto de este informe, como ya se ha señalado.

Por otro lado, la normativa de competencia impone también la obligación de respetar las reglas sobre ayudas de Estado (artículos 107 y ss. del TFUE).

En este caso, en la medida en que ENAIRE presta una actividad reservada (y recibe por ello una remuneración cuya cuantía no se determina por el mercado), y se prevé que ENAIRE vaya a prestar determinados servicios “comunes” a EGS²⁶, existe un riesgo de que la remuneración percibida por ENAIRE para financiar sus costes de provisión de los servicios reservados se destine, directa o indirectamente, a financiar la actividad de EGS en los mercados liberalizados (problema de **subvenciones cruzadas**).

Como ha destacado el TJUE, el hecho que una empresa pública preste un apoyo logístico y comercial a sus filiales de Derecho privado que ejercen una actividad abierta a la libre competencia puede constituir una ayuda de Estado si la retribución percibida como contrapartida es inferior a la que se habría exigido en condiciones normales de mercado²⁷. En definitiva, en respuesta a la consulta de ENAIRE, **la normativa de defensa de la competencia no impide que**

²⁶ De acuerdo con la información proporcionada por ENAIRE, “los servicios ordinarios como recursos humanos, servicios jurídicos, financieros, informáticos, etc. se prestarán directamente por la empresa matriz”.

²⁷ [Sentencia del TJUE 1 de julio de 2008](#), asuntos acumulados C-341/06 P y C-342/06 P (Chronopost SA y La Poste).

ENAIRE/EGS se presente a licitaciones públicas, aunque todo comportamiento en el mercado de estas entidades queda sujeto a las disposiciones nacionales y del TFUE en materia de competencia.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La CNMC ha analizado la **consulta planteada** sobre la creación por parte de ENAIRE de la filial EGS, que pretende participar en el mercado de prestación de servicios de control de tráfico aéreo en los aeródromos en los que esta actividad se va a liberalizar, teniendo en cuenta a su vez que ENAIRE es socio mayoritario de AENA, y es esta la responsable de la selección en régimen de competencia competitiva de los proveedores de servicios de control de tráfico aéreo en los aeródromos en cuestión.

Esta Comisión realiza este informe en ejercicio de su función consultiva, por lo que no reemplaza al procedimiento sancionador previsto para infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Por tanto, las manifestaciones de este Informe no condicionan ni vinculan las actuaciones que, en un futuro, pudieran realizarse desde una óptica sancionadora respecto a las actuaciones realizadas por el operador en cuestión.

Respecto a la primera de las **cuestiones planteadas en la consulta**, relativa a la participación de EGS en licitaciones convocadas por AENA u otros gestores aeroportuarios, la opinión de la CNMC se circunscribe a valorar la cuestión desde la óptica de su impacto sobre la competencia en los mercados. Así, considerando que la vocación de la normativa aeroportuaria era permitir la entrada de prestadores de servicios ATS distintos del proveedor estatal (antes AENA, ahora ENAIRE) y que la normativa de contratación pública no impide la participación de entidades públicas en procedimientos de contratación pública, se infiere que, en aras del fomento de la competencia de operadores y la competencia efectiva entre ellos, debería admitirse la participación de todos aquellos proveedores (públicos o privados) de servicios de tránsito aéreo debidamente certificados por una autoridad nacional de supervisión de la Unión Europea.

En cuanto a la segunda cuestión, sobre el eventual conflicto de interés generado por las relaciones de control entre ENAIRE y AENA de cara a la participación de EGS en las licitaciones de ésta última, la CNMC considera que corresponde a AENA, como órgano de contratación, de conformidad con la normativa de contratación pública, adoptar las medidas oportunas para solucionar efectivamente los posibles conflictos de interés que puedan aparecer. En caso de constatar la existencia de conflicto y no encontrarse otras soluciones más

efectivas, la exclusión de ENAIRE/EGS de las licitaciones puede ser una solución necesaria.

En este ámbito, la CNMC recuerda que puede ser consultada de conformidad con el artículo 5.2 de su Ley de creación sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

Finalmente, sobre la cuestión relativa a las implicaciones que pueden derivarse en materia de derecho de la competencia, la CNMC concluye que la normativa de defensa de la competencia no impide que ENAIRE/EGS se presente a licitaciones públicas, aunque todo comportamiento en el mercado de estas entidades queda sujeto a las disposiciones nacionales y del TFUE en materia de competencia.