

RESOLUCIÓN (Expt. R 668/2005 Aeropuertos 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio Del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández- Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal

En Madrid, a 14 de junio de 2006

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Excmo. Señor Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado RESOLUCION en el Expediente R 668/2005 (incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia con el número 2525/2004) poniendo fin al Recurso interpuesto por CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., contra el Acuerdo de 21 de Octubre del 2005 en el que se acordaba por el Servicio de Defensa de la Competencia el Sobreseimiento de las actuaciones denunciadas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Entidad Mercantil Limitada CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., con fecha 20 de Mayo del 2004, ante el Ministerio de Economía y Hacienda, presentó escrito de denuncia contra AENA Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea.

Denuncia por:A) vulnerar el derecho que tiene CSt a acceder a información pública en el momento en que un Acto Administrativo ha terminado, B) abusar de posición dominante y crear una barrera de entrada a CSt en el mercado de la Consultoría en Transporte Aéreo; C) ejercer de una limitación y control de la distribución de la información que posee y que es de acceso público en el momento en el que CSt solicita, realizando un reparto del mercado de Consultoría en Transporte Aéreo favoreciendo que se perpetúe el dominio de dicho mercado por su Empresa Consultora INECO (participada al 100% por AENA); y D) atentar contra el derecho a la libre competencia y la igualdad de oportunidades, perjudicando gravemente a CSt en sus oportunidades de negocio.

El día 19 de Octubre del 2004, la Directora del Servicio de Defensa de la Competencia ACORDABA el Archivo de las actuaciones contenidas en el Expediente 2525/2004 que tienen como origen la anterior denuncia.

El día 16 de Noviembre del 2004, la Entidad Mercantil denunciante interponía Recurso contra el citado Acuerdo de Archivo.

SEGUNDO.- Este Tribunal de Defensa de la Competencia en Resolución (Expediente r 635/2004 Aeropuertos) de 31 de Enero del 2005 ACORDABA estimar el Recurso interpuesto por la Entidad Mercantil denunciante contra el Acuerdo de Archivo del Servicio de Defensa de la Competencia y devolver el expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para que lo instruya, dando satisfacción a una serie de interrogantes que se establecían anteriormente y a cualesquiera otros que entienda son procedentes.

Al efecto, en el apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de nuestra Resolución establecíamos en su literalidad lo siguiente:

“TERCERO.- Una segunda línea de actuación, seguida por el Servicio de Defensa de la Competencia y que le lleva al archivo del expediente, parte básicamente de la idea “que la Entidad Mercantil denunciante no puede ser considerada como parte interesada” y, por ello, no puede acceder a la información solicitada, para lo que se ampara en el Reglamento 95/1993 de 18 de Enero, del Consejo Europeo.

Tal vía argumentativa no es relevante en este ámbito de defensa de la competencia, y sí lo es la de dar respuesta a una serie de interrogantes que, sin ánimo de agotarlos, podrían ser:

1º sí con este comportamiento AENA al beneficiar, exclusivamente, a su participada INECO está actuando en perjuicio de otras competidoras y, a los efectos de este recurso y denuncia, en perjuicio de CSt.

2º determinar cuál sea el mercado relevante y, en concreto, el de la consultoría en materia del transporte aéreo. Y consiguientemente si ambas entidades (INECO y CSt) compiten en dicho mercado y qué posiciones mantienen en él.

Examinado y establecido lo anterior determinar si la información solicitada por CSt deviene esencial para competir en el mismo; así como si la interrelación de datos suministrados por AENA a INECO deben ser propios del conocimiento general del mercado o, por el contrario, INECO gozaría, bien desde un aspecto positivo de tal información privilegiada; bien desde una óptica negativa, pudiendo vetar la misma al resto de posibles competidores y, en este caso, a CSt.

Obviamente las respuestas a estos interrogantes y a cualesquiera otros que el curso de la instrucción pudiera determinar y aconsejar “establecería el estar o no ante un caso de abuso de posición de dominio”, que podría adoptar los caracteres definidos en la doctrina de los mercados conexos, respecto de la cual este TRIBUNAL ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, entre otras, en la Resolución de 5 de Febrero del 2002 (Expediente 513/2001 TUBOGAS/REPSOL).

No debiendo desconocerse la Decisión de la Comisión Europea de 21 de Diciembre de 1988 en el asunto MAGILL TV GUIDE/ITP, BBC y RTE.

Todo ello lleva a la estimación del Recurso.”

TERCERO.- El día 21 de Octubre del 2005 se dictaba ACUERDO de Sobreseimiento del expediente 2525/2004 que tuvo su origen en la denuncia formulada por Don A. R. P., en nombre y representación de la empresa CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L.

El día 3 de Noviembre del 2005, la Entidad Mercantil denunciante interponía Recurso contra el citado Acuerdo de Sobreseimiento.

El día 18 de Noviembre del 2005, EL PLENO de este Tribunal de Defensa de la Competencia dictaba Providencia en la que ACORDABA: designar Ponente y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 48.3 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia poner el expediente de manifiesto a los interesados a fin de que durante un plazo de quince días hábiles, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen pertinentes. La citada Providencia fue notificada a las partes y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

La Entidad Mercantil denunciante en escrito fechado el día 10 de Octubre del 2005 alegó lo que entendía a su derecho. AENA en escrito fechado el día 7 de Diciembre del 2005 daba cumplimiento a lo acordado en dicha Providencia alegando lo que a su derecho convenía.

CUARTO.- El PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló este recurso en su sesión del día 24 de Mayo del 2006.

QUINTO.- Son partes interesadas en el recurso: de una y como denunciante CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L.; y de otra y como denunciada AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La norma del Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, establece con el valor *numerus clausus* la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Defensa de la Competencia “aquellos actos de archivo y trámite dictados por el Servicio de Defensa de la Competencia que **determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión**”.

De ahí que el TRIBUNAL admitiera a trámite el recurso interpuesto por la Entidad Mercantil denunciante contra el Acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia. De ahí que ahora, nuevamente, procede entrar a examinar todos y cada uno de los motivos que el escrito desarrolla, tanto en el inicial de denuncia, como de los establecimientos que conforman el Acuerdo recurrido.

No siendo menos relevante, el examinar ahora también si el Acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia ha dado cumplimiento, fiel y puntual, a todos y cada uno de los interrogantes que este TRIBUNAL estableció en la Resolución de 31 de Enero del 2005.

Toda resolución (administrativa y/o judicial) conforma un silogismo, cuya mayor es el relato y concreción, fiel y puntual, de los establecimientos fácticos; la menor es la incardinación de los mismos en los preceptos legales normativos en los que las partes amparan sus pretensiones; siendo la conclusión el fallo a adoptar por consecuencia de todo lo anterior.

A los efectos anteriores procede decir:

1º En cuanto a los hechos (antecedente) no es discutible que la Administración tiene un derecho exclusivo y excluyente en orden al proceso de asignación de franjas horarias (procedimiento administrativo) que viene amparado no sólo por normas legales nacionales (Real Decreto-Ley 15/2001 de 2 de Noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de transporte aéreo; Ley 21/2003 de 7 de Julio, de Seguridad Aérea; y Ley 48/1998 de 30 de Diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE), sino que también y a mayor abundamiento desarrolla el Reglamento (CEE) 95/93 del Consejo, de 18 de Enero de 1993 “relativo a las normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios” y que ha sido con posterioridad sujeto a modificación en los Reglamentos (CE) 894/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de Mayo del 2002 ; Reglamento (CE) 1554/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de Julio del 2003; y Reglamento (CE) 793/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Abril del 2004.

Es decir, no se discute en este expediente tal autoridad exclusiva y excluyente de la Administración para dictar resoluciones administrativas dentro de la esfera propia de su competencia, de ahí que aceptemos, para este momento, el argumento sustentado por la Abogacía del Estado, cuando en su Informe mantiene el criterio “de no estar la Entidad Mercantil denunciante y recurrente, en posición de parte interesada en el procedimiento” y de no entenderlo así la Entidad Mercantil “no sería este orden el competente para conocer de su pretensión”, sino que la misma vendría diferida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2º Pero 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.

Y es en esta segunda fase (objeto del recurso) en donde tanto el Servicio de Defensa de la Competencia, como la Abogacía del Estado en su Informe “han desenfocado absolutamente la cuestión controvertida y sometida a instrucción, por consecuencia de la denuncia habida”.

Por ello, este TRIBUNAL entiende que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha dado cumplida respuesta a todos y cada uno de los interrogantes que establecimos en nuestra Resolución de 31 de Enero del 2005 y que ahora nuevamente reiteramos del siguiente tenor:

- habida cuenta de la existencia de un nuevo mercado tras el proceso de asignación de franjas horarias, debe concretarse si el mismo está abierto a cualquier interesado en su conocimiento o goza de especial restricción por afectar a intereses estratégicos nacionales.
- habida cuenta se proporcionase por AENA información sobre la programación de vuelos a otras Administraciones Públicas y nunca a empresas privadas “con la finalidad de elaboración de estudios estadísticos y turísticos”, citando a modo de ejemplo al Instituto de Estudios Turísticos y a la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, debe concretarse cuál sea la causa objetiva para ello, al no ser de recibo el aserto de “del deber de colaboración que debe existir entre las Administraciones Públicas”.

No ha sido argumentada la exclusión de las empresas privadas, debiendo concretarse el por qué de ello.

- habida cuenta y partiendo de lo anterior, no es admisible que AENA suministre este conocimiento sobre la programación de franjas horarias

a su participada INECO y lo deniegue a otros interesados en este mercado.

No es entendible el aserto que hace el Servicio de Defensa de la Competencia en el apartado 11 del parágrafo V cuando afirma, en contradicción con lo anterior, que “si bien al personal de dicha compañía le puede haber sido proporcionado aquellos datos relativos a la programación de vuelos....”

Estos interrogantes, sumados a los establecidos en nuestra Resolución de 31 de Enero del 2005, deben ser objeto de estudio y valoración por el Servicio de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Por todo ello debemos estimar el recurso interpuesto por la Entidad Mercantil CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., contra el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia de 21 de Octubre del 2005.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar el Recurso interpuesto por la Entidad Mercantil CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., contra el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia de 21 de Octubre del 2005.

Estimación que conlleva su anulación, en todos sus pronunciamientos.

SEGUNDO.- Devolver el expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para que lo instruya, dando satisfacción a los interrogantes anteriormente establecidos y cualesquiera otros que entienda son procedentes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoseles saber que no es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno, pudiendo interponer, en su caso, recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la definitiva resolución que en su día pueda dictar este Tribunal.