

## RESOLUCION (Expte. R 451/00, AENA/ ALDEASA)

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal  
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 14 de marzo de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente Don Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R 451/00, de recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento de 4 de septiembre de 2000, dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente nº 1718/97, incoado por conductas supuestamente prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de noviembre de 1997 se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por la representación de la entidad mercantil The Tie Gallery S.A. contra el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y la empresa ALDEASA S.A.

La denunciante imputaba a las Entidades denunciadas la práctica de conductas anticompetitivas sancionadas en los artículos 1 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la atribución a ALDEASA de condiciones más

favorables en la adjudicación y explotación de espacios comerciales en los recintos aeroportuarios.

**SEGUNDO.-** Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia dispuso la práctica de una información reservada, como diligencia previa encaminada a comprobar la procedencia de la incoación de expediente o del archivo de la denuncia y, más tarde, una vez oídas las partes denunciante y denunciadas, por Acuerdo de 17 de febrero de 1998, se resolvió archivar la denuncia.

Contra dicho Acuerdo, la denunciante interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que fue resuelto por éste mediante Resolución de 16 de noviembre de 1998 (r 296/98), en el sentido de estimar parcialmente el recurso, ordenando al Servicio la incoación de expediente y la apertura de una investigación por si los hechos denunciados fueran constitutivos de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de AENA en su actividad de concesión y establecimiento de condiciones para la explotación de espacios comerciales en los recintos aeroportuarios y confirmando el Acuerdo de archivo respecto de las imputaciones de infracción de los artículos 1 y 7 de la Ley citada.

**TERCERO.-** En cumplimiento de dicha Resolución, el Director del Servicio ordenó la incoación de expediente por Providencia de 10 de marzo de 1999 y, una vez practicada la instrucción, dictó Acuerdo de sobreseimiento, de fecha 4 de septiembre de 2000, en el que se expresa que la forma de otorgarse la concesión de los locales por parte de AENA es una cuestión ajena a la Ley de Defensa de la Competencia que sólo puede ser sometida a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y que, por otra parte, no existe una posición de dominio por parte de AENA en el mercado de referencia que define.

**CUARTO.-** La empresa denunciante, The Tie Gallery, ha interpuesto recurso contra el citado Acuerdo de sobreseimiento, solicitando su anulación y que se declare la existencia de prácticas prohibidas por parte de las dos empresas denunciadas, con remoción de sus efectos e indemnización a las perjudicadas.

La recurrente fundamenta su impugnación alegando, en síntesis, que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha

acatado íntegramente la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de noviembre de 1998 (r 296/98) que, al revocar el inicial archivo de la denuncia por parte del Servicio, impuso a éste la obligación de practicar determinadas indagaciones, especialmente en relación con las cuestiones de si la actuación de AENA al adjudicar la concesión de espacios comerciales en aeropuertos está sometida o no al Derecho de la Competencia y, en tal caso, si el artículo 156 de la Ley 13/1996 da amparo legal a su adjudicación directa, si AENA puede conceder exclusivas en la actividad comercial y si es necesario que la adjudicación de espacios para nuevas tiendas “dual tax” sea objeto de competencia por el mercado. Por otra parte, alega que el Servicio no ha empleado el método adecuado para definir el mercado de referencia y que debe definirse el mismo como un mercado aeroportuario independiente y relevante.

Por su parte, ALDEASA se opone a la estimación del recurso y solicita la confirmación del Acuerdo recurrido, afirmando que los acuerdos concesionales realizados por AENA tienen un carácter jurídico-público y, como actos administrativos, no están sometidos al Derecho de la competencia, sin que una misma actuación administrativa pueda disociarse en dos facetas, una pública y otra privada, sino que prevalece su carácter público. Apoya, igualmente, el Acuerdo impugnado en cuanto a la determinación del mercado relevante y concluye afirmando que ni siquiera se ha producido una situación de privilegio para ALDEASA frente a otros concesionarios ni en cuanto al plazo de duración de las concesiones ni por la cuantía del canon concesional.

AENA se opone también a la estimación del recurso y hace suyos los argumentos y el pronunciamiento del Servicio.

Finalmente, el Servicio de Defensa de la Competencia se ratifica en los fundamentos del Acuerdo recurrido e insiste en que no se encuentra legitimado para pronunciarse sobre si el artículo 156 de la Ley 13/1996 da amparo o no a la adjudicación directa realizada por AENA y en la determinación del mercado de referencia.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Conviene, ante todo, recordar que el precedente de este recurso se encuentra en la Resolución dictada por el Tribunal el 16 de noviembre de 1998 (r 296/98) que, resolviendo un recurso interpuesto por la entidad The Tie Gallery S.A. contra el Acuerdo de archivo de la denuncia que ésta había formulado contra AENA y ALDEASA por los mismos hechos que ahora nos ocupan, confirmó el archivo de la denuncia en cuanto a las imputaciones de infracción de los artículos 1 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia y consideró únicamente la existencia de indicios de un posible abuso de posición de dominio por parte de AENA, ordenando al Servicio la apertura de expediente de instrucción con objeto de que se investigara, por una parte, “si las actuaciones de AENA para el desarrollo de actividades comerciales en los aeropuertos están sometidas al Derecho privado y si AENA puede, a través de un Pliego, crear una situación de exclusiva en dicha actividad comercial” y, por otra parte, que “el Servicio debe definir el mercado relevante en el que AENA opera en relación con los hechos denunciados y aclarar las condiciones de funcionamiento del mismo”.

Centrado así el ámbito del expediente, resulta necesario rechazar las peticiones formuladas por la recurrente de que se aprecie una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y de que se declare inaplicable a las denunciadas la exención de amparo legal que proporciona el artículo 2 de la misma Ley, pues se trata de cuestiones ya resueltas por el Tribunal en la citada Resolución de 16 de noviembre de 1998 (r 296/98), que confirmó el archivo por el Servicio de las imputaciones relativas a los artículos 1 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que no nos queda aquí sino dar por reproducido el contenido de dicha Resolución, declarando que las conductas denunciadas no son constitutivas de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO.-** En cuanto a las cuestiones alegadas por The Tie Gallery S.A. de que el Servicio no dio el debido cumplimiento a los mandatos del Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución r296/98, ha de señalarse que, con independencia de que el Servicio haya llevado a cabo o no las citadas investigaciones, lo cierto es que se trata de cuestiones tales que, como la de si la actuación de AENA al adjudicar la concesión de espacios

comerciales en aeropuertos está sometida o no al Derecho de la Competencia y, en tal caso, si el artículo 156 de la Ley 13/1996 da amparo legal a su adjudicación directa, si AENA puede conceder exclusivas en la actividad comercial y si es necesario que la adjudicación de espacios para nuevas tiendas “dual tax” sea objeto de competencia por el mercado, no son cuestiones de hecho, sino de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que son funciones que corresponden al Tribunal.

En efecto, sin perjuicio de la función calificadora que el Servicio realiza en el Pliego de Concreción de Hechos o, en su caso, en los Acuerdos de archivo o de sobreseimiento, la instrucción de los expedientes por parte del Servicio tiene por objeto la averiguación e investigación de elementos de hecho y la presentación de pruebas sobre los mismos, correspondiendo al Tribunal determinar sus consecuencias jurídicas mediante la interpretación y aplicación de las normas. Por ello, con independencia de que en este caso el Servicio sí ha llevado a cabo en el Acuerdo impugnado una valoración de la normativa vigente sobre la concesión de espacios comerciales aeroportuarios, auxiliando así las funciones propias del Tribunal, no puede admitirse la primera alegación del recurrente que se basa, de forma exclusiva, en el incumplimiento por el Servicio de una función que no le es propia y que debe ser llevada a cabo en esta sede.

En todo caso, las cuestiones planteadas por el recurrente han sido resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa en la Sentencia de 11 de julio de 2001, dictada por la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (recurso 235/98) que, al desestimar un recurso formulado por The Tie Gallery S.A. contra AENA por los mismos hechos que son objeto de este expediente, señala que la concesión de los locales en los aeropuertos para usos comerciales es una concesión demanial, que no tiene por objeto ninguna de las prestaciones que contempla la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que no es ésta aplicable a dichas concesiones que, por el contrario, se rigen por lo dispuesto en el artículo 126 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado. De acuerdo con este criterio, correspondía a AENA la determinación de las condiciones que debían regir la concesión y, al mismo tiempo, queda claro que las reclamaciones que pudieran plantearse contra las

irregularidades que se consideren cometidas en el proceso de adjudicación deben resolverse acudiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, como de hecho hizo también en su momento la parte que recurre en este procedimiento, aunque con el resultado adverso a que se hace referencia más arriba.

**TERCERO.-** En cuanto a la alegación de que AENA haya atentado contra la libre competencia al conceder exclusivas en la actividad comercial, la respuesta, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, ha de ser negativa, pues no debemos olvidar que los bienes sobre los que recae dicha actividad, los locales comerciales de los aeropuertos españoles, son bienes de dominio público, sobre los que pesa una limitación de las actividades de las empresas privadas, que no pueden disponer de ellos sin obtener previamente una concesión administrativa, correspondiendo precisamente a AENA su administración y la determinación de las condiciones de su adjudicación. En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional antes citada declara que la concesión demanial de los locales comerciales de los aeropuertos no contraviene el principio de la libertad de empresa, como tampoco lo hace el establecimiento de un régimen de exclusividad, “pues el alcance de la concesión demanial se encuentra sometido a las normas de la concesión, teniendo en cuenta las características particulares de ésta”.

Finalmente, en cuanto a la alegación de que la adjudicación de los espacios para nuevas tiendas de régimen fiscal dual o mixto, es decir, de aquéllas que pueden aplicar o no la exención fiscal a los productos vendidos, según el país de destino de los viajeros compradores, debería haber sido objeto de competencia, no parece que sea aplicable a los hechos denunciados, ya que no figura en los acuerdos concesionales denunciados la adjudicación de nuevas tiendas de esa naturaleza, sino la previsión, al tiempo de producirse tales hechos, de transformación de las tiendas libres de impuestos en tiendas de régimen fiscal mixto para el momento en el que se eliminaran las tiendas libres de impuestos para pasajeros intracomunitarios, lo que efectivamente ocurrió a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/1999, que llevó a cabo la transposición de la Directiva 91/680/CE.

**CUARTO.-** Lo anteriormente expuesto enerva las alegaciones del recurrente sobre la deficiente investigación por el Servicio del mercado de referencia aplicable a los hechos denunciados, ya que la

inexistencia de una actuación abusiva, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, por parte de AENA, hace irrelevante la definición del mercado de la adjudicación de espacios comerciales en las zonas aeroportuarias que, por constituir una concesión demanial de bienes patrimoniales del Estado, no se encuentra sujeta a las normas que rigen los mercados.

Por ello, aun reconociendo la excesiva amplitud del mercado relevante definido por el Servicio, equiparando incondicionalmente la oferta de espacios comerciales aeroportuarios a la de cualesquiera otros espacios comerciales, no puede atribuirse a esta imprecisión el valor que pretende otorgarle la parte recurrente pues, como queda dicho, con independencia de la mayor o menor amplitud con que pueda definirse dicho mercado, los intereses generales que mueven al legislador a someter la adjudicación de estos espacios comerciales a concesión administrativa y a atribuir a AENA las condiciones de ésta, impiden la consideración de la actuación administrativa bajo las coordenadas de la competencia, lo que lleva a este Tribunal, aunque por razones diversas de las que fundamentan el Acuerdo del Servicio, a confirmar el sobreseimiento dictado.

En su virtud, este Tribunal

### **HA RESUELTO**

Desestimar el recurso interpuesto por The Tie Gallery S.A. contra el Acuerdo de sobreseimiento de 4 de septiembre de 2000, del Servicio de Defensa de la Competencia, que confirmamos íntegramente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.