

RESOLUCIÓN (Expt. r 635/2004, Aeropuertos)

Pleno

Excmos. Sres.:

Don Gonzalo Solana González, Presidente

Don Antonio Castañeda Boniche, Vocal

Don Julio Pascual y Vicente, Vocal

Don Miguel Comenge Puig, Vocal

Don Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal

Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal

Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal

Don Miguel Cuervo Mir, Vocal

En Madrid, a 31 de enero de 2005

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Excmo. Sr. Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado RESOLUCION en el Expediente r 635/2004 (incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia con el nº 2525/2004) poniendo fin al Recurso interpuesto por CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., contra el Acuerdo de 19 de Octubre del 2004 en que se acordaba por el Servicio de Defensa de la Competencia el Archivo 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, que tuvo su entrada el siguiente día 21 de Mayo y fue registrado con el nº 1245 (Folios 1 y siguientes).

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 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.

SEGUNDO.- La Dirección General de Defensa de la Competencia acordó el día 5 de Julio del 2004 “llevar a cabo una información reservada, con amparo en el Artículo 36.3 de la LDC, como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediere” (Folios 20 y siguientes).

Requiriendo a la entidad denunciante para que facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan:

1º con relación a la “Previsión de Programas de vuelos correspondiente a Servicios no Regulares de pasajeros en cada aeropuerto nacional”:

- a. Tipo de datos que incorpora.
- b. Con qué periodicidad se elabora y se actualiza; y en particular, qué grado de variabilidad experimenta esta previsión a un mes vista.
- c. En qué medida esta información es pública o no, y en caso de serla, con qué grado de antelación puede serlo.
- d. En virtud de qué Acuerdos o convenios puede suministrarse; y en concreto, mencionar qué Acuerdos o Convenios se han firmado, nombre y domicilio de los agentes implicados, con qué periodicidad se les ha suministrado la información y si ha sido de forma gratuita o previo pago, siendo así señalar la cuantía cobrada.
- e. Si se ha facilitado esta previsión a INECO, qué datos, con qué periodicidad; en caso afirmativo por qué se puede suministrar la información a Ineco y no a la empresa CSt.
- f. ¿Pueden los aeropuertos facilitar esta previsión?, ¿con qué antelación?, ¿y qué tipo de datos?

2º con relación a INECO:

- a. Porcentaje de su participación en el capital de INECO.
- b. Actividad realizada por INECO en el campo de la consultoría del transporte aéreo y cuota de mercado en volumen de negocio.
- c. Mencione nombre y domicilio social, así como en su caso una estimación de la cuota de mercado, de las principales empresas en la consultoría del transporte aéreo.
- d. ¿Qué otro tipo de información distinta a la mencionada en el punto 1 y relacionada con el transporte aéreo se suministra a INECO?

La contestación deberá ser cumplimentada, punto por punto, y enviada en un plazo de diez días.

El anterior ACUERDO fue notificado tanto a la Entidad Mercantil denunciante, como a AENA denunciada.

TERCERO.- La Entidad Mercantil denunciante, en escrito al efecto, que tuvo su entrada el día 28 de Julio del 2004 y registrado con el número 1900 (Folios 24 y 25) daba respuesta al requerimiento que se les hiciera.

AENA en escrito fechado el día 20 de Julio del 2004, que tuvo su entrada el día 5 de Agosto y registrado con el número 1998 (Folios 29 al 323 inclusive) daba respuesta con la información solicitada.

CUARTO.- El día 19 de Octubre del 2004, la Directora General del Servicio de Defensa de la Competencia ACORDABA el Archivo de las actuaciones contenidas en el Expediente 2525/2004 que tienen como origen la denuncia formulada por Don Antonio Rodríguez Pérez, en nombre y representación de la empresa CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., que fue notificado a ambas partes, denunciante y denunciada, con expresión del recurso a que tienen derecho. De todo ello se dio cuenta al TRIBUNAL.

QUINTO.- El día 16 de Noviembre del 2004, la Entidad Mercantil denunciante interponía Recurso contra el citado Acuerdo de Archivo, que tuvo su entrada en el TRIBUNAL el siguiente día 17 de Noviembre y registrado con el nº 2113 (Folios 1 y siguientes).

Por consecuencia de ello, el TRIBUNAL “en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 32.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” ACORDO que habida cuenta que “ante el Servicio, en el trámite de informe a que se refiere el Artículo 48.1 de la Ley de Defensa de la Competencia indica que en su expediente no está acreditada la representación con la que actúa” se le requiere a los efectos “de aportar poder que sea bastante, así como que se encuentran vigentes para recurrir en nombre de su representada” y ello en el plazo de diez días, “con los efectos dispuestos en el Artículo 71, en relación con el anterior Artículo 70.1a y 1d de la citada Ley” (Folio 44).

SEXTO.- El TRIBUNAL dictó Providencia el día 22 de Diciembre del 2004 (Folios 65 y siguientes) en la que se acordaba designar Ponente y , de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 48.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, poner de manifiesto el expediente a los interesados, a fin de que durante un plazo común de quince días hábiles, a contar desde el

siguiente al de la notificación de esta Providencia, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Providencia que fuera notificada a la parte recurrente y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

El día 13 de Enero del 2005, la Entidad Mercantil denunciada presentó escrito que fue registrado con el nº 51 (Folio 73) en el que manifiesta “no formula alegaciones adicionales a las alegaciones ya indicadas por CSt en el Recurso presentado con fecha 16 de Noviembre del 2004 ante ese Tribunal”.

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló el día 26 de enero de 2005.

Es interesada CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L.

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 de *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 del Servicio de “archivar el expediente”. Por lo que procede ahora entrar a examinar todos y cada uno de los motivos que el escrito desarrolla partiendo, tanto de la denuncia como de los establecimientos fácticos recogidos en el Acuerdo de Archivo.

A.- Son hechos probados que gozan de fehaciencia los siguientes:

1º La Entidad Mercantil denunciante es una consultoría y de servicios para la gestión en el transporte, que opera en el concreto campo de la consultoría en el transporte aéreo.

La denunciada, AENA, es un Ente Público, adscrito al Ministerio de Fomento, cuyo objeto es la gestión de los aeropuertos civiles, de interés general y de las instalaciones y redes de ayuda a la navegación aérea.

INECO Ingeniería y economía del transporte SA., es una empresa española especializada en la realización de estudios y proyectos vinculados con el sector de los transportes y las telecomunicaciones. Los socios de Ineco son AENA con un 61% del capital; GIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias) con un 5%; y RENFE con un 34%.

2º La Previsión de programas de vuelos correspondiente a Servicios No Regulares de Pasajeros en cada aeropuerto nacional recoge los siguientes datos: compañía aérea, número de vuelo, periodo de operación, días de operación, número de plazas ofertadas, tipo de aeronave, aeropuerto de origen/destino, horario autorizado, tipo de servicio y frecuencia de la operación. Estas previsiones comienzan a elaborarse con seis meses de antelación y están sujetas a variaciones hasta el mismo día de la operación. En este proceso AENA juega un papel fundamental como coordinador de franjas horarias en los aeropuertos españoles.

En esta condición, AENA no proporciona información con carácter regular a ningún organismo, empresa o particular sobre los vuelos programados en aeropuertos de la red. De forma excepcional, en virtud de acuerdos o convenios de colaboración suscritos por AENA esta información se viene suministrando de manera periódica a algunos organismos oficiales, como el Instituto de Estudios Turísticos o la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía.

En perjuicio de lo anterior, INECO disfruta excepcional y particularizadamente de tal derecho informativo.

3º En orden a la solicitud (inicial) de la denunciante, AENA respondió mediante carta fechada el 20 de Enero del 2004, en la que sugería a CSt la presentación de una propuesta de convenio o acuerdo, de modo que una vez se realizara el estudio de la misma, le informaría sobre la posibilidad de llevarlo a cabo. No consta que CSt presentara propuesta alguna.

AENA con fecha 30 de Abril del 2004 informa a CSt la imposibilidad de acceder a facilitarle la información solicitada y de que no ostenta la condición de interesado, según el Reglamento 95/1993 del Consejo, de 18 de Enero “sobre asignación de slots aeroportuarios en los aeropuertos comunitarios (Unión Europea) y legislación complementaria”.

B.- La Entidad Mercantil denunciante “considera que la negativa de AENA a facilitarle la información demandada debe ser considerada como injustificada y constituye una infracción de la LDC” (escrito de denuncia). Negativa que se contrae “a suministrarle mensualmente la información sobre la Programación de Vuelos No Regulares en los Aeropuertos Nacionales”, “con la finalidad de

procesarla y vender el producto resultante en el mercado de consultoría en el transporte aéreo” (antecedentes del Acuerdo).

Según la Entidad Mercantil denunciante “esta negativa de suministro de información:

- vulnera el derecho que tiene CSt a acceder a información pública en el momento en que un acto administrativo está terminado, tal y como establece el artículo 37 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- constituiría un abuso de posición dominante y crearía una barrera de entrada de CSt en el mercado de la consultoría en el transporte aéreo, lo que sería una práctica contraria al artículo 6 de la LDC.
- constituiría una limitación y un control de la distribución de la información que posee y que es de acceso público en el momento en que CSt la solicita, realizando un reparto del mercado de consultoría en el transporte aéreo y favoreciendo que se perpetúe el dominio de dicho mercado por su empresa consultora INECO (participada al 100% por AENA) que sí dispone de dicha información cada vez que lo necesita. Según la denuncia esto supondría una infracción del artículo 1 de LDC.
- atenta contra el derecho a la libre competencia y la igualdad de oportunidades, perjudicando gravemente a CSt en sus oportunidades de negocio.”

C.- La Entidad Mercantil, en su escrito de formalización del Recurso, establece como preceptos legales infringidos los Artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- En su escrito de denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia, la Entidad Mercantil CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., amparaba su derecho en la norma del Artículo 37 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (derecho de acceso a Archivos y Registros).

Con el carácter de previo pronunciamiento, los Entes Públicos están sujetos prima facie a las normas del Derecho Público, pero a ello no empece que “cuando los mismos actúan como empresarios” lo estén a las normas propias del Derecho privado, perdiendo el imperio o vis atractiva de aquél,

debiendo someterse en sus relaciones, como no podía ser de otra manera, a las reglas privadas de competencia y concurrencia de mercados (mercados conexos).

De ahí que, sí bien de actuar como Ente Público, la vulneración de la norma del Artículo 37 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, llevaría a este TRIBUNAL a declarar la incompetencia para conocer de la pretensión deducida por la Entidad Mercantil denunciante en dicho escrito inicial de denuncia “por razón de la materia”, no es menos cierto y evidente que “al actuar AENA vía a su participada INECO, como sujeto de relaciones contractuales privadas, sometidas al imperio del Derecho privado” toda conducta dimanante/derivada de ello queda incardinada al conocimiento de este orden administrativo, esto es, a las normas propias de la competencia.

De ahí que tengamos que rechazar el desarrollo argumental seguido por el Servicio de Defensa de la Competencia, como argumento inicial, para acordar el Archivo de las actuaciones.

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 sí 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.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar el Recurso interpuesto por la Entidad Mercantil denunciante, CSt consultoría y servicios para la gestión en el transporte S.L., contra el Acuerdo de 19 de Octubre del 2004 en que se acordaba por el Servicio de Defensa de la Competencia el Archivo de la denuncia por ella instado contra AENA.

Estimación que lleva a 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.