

RESOLUCIÓN (Expte. R 388/99, Air Taxis Málaga)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 24 de marzo de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 388/99, de recurso interpuesto por las entidades mercantiles Air Taxis Handling S.L. y Air Taxis Corporation S.A contra el Acuerdo de sobreseimiento de 3 de septiembre de 1999, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Con fecha 23 de febrero de 1996 se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por la representación de las entidades mercantiles Air Taxis Handling S.L. y Air Taxis Corporation S.A. contra el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y la empresa SART S.L.

Las denunciantes imputaban a las Entidades denunciadas, de un modo genérico y sin mencionar las normas supuestamente infringidas, “comportamientos y actos presuntamente encuadrados en una ilícita e inadmisibles competencia desleal” en relación con la adjudicación y práctica de los servicios de representación y asistencia en tierra a la aviación general en el aeropuerto de Málaga.

Segundo: Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó 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, por Providencia de 20 de mayo de 1997, se admitió a trámite la denuncia y se incoó expediente contra las denunciadas.

Una vez practicadas las comprobaciones que se estimaron necesarias, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo motivado, de fecha 3 de septiembre de 1999, en el que se declara la procedencia del sobreseimiento de la denuncia, por estimar que las conductas a que ésta se refería no se encuentran entre las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente el Acuerdo señalaba que “los hechos denunciados no pueden suponer infracción alguna a la LDC, al no existir, en el presente caso, ni acuerdos entre empresas, de los contemplados en el artículo 1, ya que nos encontramos ante un sistema concesional; ni abuso de posición de dominio por parte de AENA, tal como lo define el artículo 6, ya que únicamente este organismo ha ejercido las facultades y competencias que le otorga la legislación del sector; ni actos de competencia desleal regulados por el artículo 7 ni por parte de la anterior ni de la actual concesionaria del servicio de asistencia en tierra a la aviación general (handling) en el aeropuerto de Málaga, ya que se han limitado a cumplir escrupulosamente las obligaciones fijadas por AENA en el propio título concesional”.

Tercero: Contra dicho Acuerdo las empresas denunciantes interpusieron recurso ante este Tribunal, por medio de escrito presentado el día 2 de octubre de 1999, en el que manifiestan su disconformidad con el sobreseimiento y reiteran tanto la fundamentación jurídica como las peticiones contenidas en sus anteriores escritos.

Admitido el recurso, el Tribunal dictó Providencia el 10 de diciembre siguiente, dando traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones, lo que hicieron en tiempo y forma las partes recurrentes en apoyo de sus respectivas pretensiones, no habiendo cumplimentado el trámite las denunciadas.

Cuarto: El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 21 de marzo de 2000.

Quinto: Son interesados:

- AIR TAXIS CORPORATION S.A.
- AIR TAXIS HANDLING S.L.
- AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA)
- SART S.L.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero: Las sociedades recurrentes se oponen al Acuerdo del Director General del Servicio, de 3 de septiembre de 1999, alegando en síntesis que la redacción del mismo les produce indefensión, que el marco jurídico descrito en el propio Acuerdo no está correctamente definido y que AENA no ha actuado dentro de sus facultades como gestor aeroportuario, contraviniendo principios establecidos por la ley, tanto al convocar los concursos para la asistencia en tierra a la aviación general como en determinados actos y comportamientos restrictivos del libre ejercicio de la actividad comercial de las impugnantes.

En el trámite de alegaciones se limitan básicamente a reproducir las ya formuladas ante el Servicio en respuesta a la propuesta de sobreseimiento, expresando su disconformidad con la misma, ya que entienden que los servicios de handling de aviación general no han de ser prestados a través de una concesión, circunstancia que sólo se da en los aeropuertos de Madrid y Málaga, sino que ha de regir la libertad de prestación. Afirman, asimismo, que ya que el servicio de handling de aviación general puede ser prestado en régimen de autohandling por el mismo propietario de la aeronave o por sus empleados, también puede serlo por un tercero con el que le una cualquier relación de dependencia o representación admitida en Derecho, entre las que citan por vía de ejemplo el mandato, el apoderamiento o el arrendamiento de servicios.

Seguidamente argumentan en apoyo de su pretensión que AENA introdujo en la concesión de asistencia en tierra para la aviación general las operaciones relativas a los aerotaxis y las ambulancias aéreas, que son propias de la aviación comercial y,

finalmente, que AENA les impuso condiciones de difícil cumplimiento para la obtención de autorizaciones de representación de compañías aéreas, así como otras condiciones o restricciones que consideran ilegales o caprichosas para el ejercicio de sus funciones de representación, especialmente en lo relativo al acceso a zonas restringidas del aeropuerto y a la expulsión de los locales ocupados en éste por Air Taxis Corporation, de todo lo cual deducen que tanto la propia AENA como la compañía concesionaria han incurrido en abuso de posición dominante.

Por su parte, las denunciadas AENA y SART S.L. no han presentado alegaciones ante este Tribunal.

Segundo: Las partes recurrentes inician su escrito de impugnación alegando, a modo de cuestión preliminar, que la actuación del Servicio de Defensa de la Competencia les ha producido indefensión, ya que estiman que dicho Organismo ha empleado en el Acuerdo impugnado una terminología más propia de parte que de juzgador, lo que, según afirman, ha sido calificado como una conducta generadora de tal infracción de derechos fundamentales en innumerables sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales.

La alegación ha de ser rechazada de plano en vista de su absoluta falta de fundamento legal y jurisprudencial pues, por una parte, el Servicio de Defensa de la Competencia es un Organismo administrativo encargado de la instrucción de los procedimientos sancionadores incoados en el ámbito de la Ley 16/1989, que carece de potestad para juzgar incluso en el ámbito meramente administrativo, pero que puede incoar de oficio el expediente y actuar como única parte impulsora de su instrucción, al final de la cual le corresponde la obligación de remitir a este Tribunal un informe-propuesta de resolución, en el que debe adoptar un criterio favorable o contrario a la existencia de una infracción legal y, en su caso, a la procedencia de que se impongan sanciones, por lo que necesariamente ha de tomar partido por alguna de las diferentes posturas que pueden adoptarse una vez concluida la instrucción.

En este sentido, ninguna norma jurídica impide al Servicio que, como en este caso, se muestre favorable al sobreseimiento del expediente y fundamente de forma adecuada, desde el punto de vista formal, el Acuerdo en que así se decreta. De la misma

manera, ninguna jurisprudencia constitucional ni ordinaria permite llegar a la conclusión de que la fundamentación de un Acuerdo de sobreseimiento dictado por un órgano administrativo sea susceptible de generar indefensión a los administrados por el mero hecho de que los argumentos fácticos y jurídicos en los que se apoye vayan dirigidos a fundamentar la decisión adoptada, lo que, por el contrario, facilita a las partes el derecho de defensa, al permitirles conocer las razones de la decisión y oponerse a ellas por los medios y con los recursos que sean procedentes.

Finalmente, no debemos olvidar que lo que sí ha repetido en innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional es que para que una determinada conducta procedimental pueda ser calificada como generadora de indefensión no basta con la alegación de una infracción de carácter formal, sino que es preciso acreditar una merma real de las posibilidades defensivas de quien lo alega, siendo así que, en el supuesto que examinamos, ni se ha producido infracción formal alguna ni las recurrentes se han visto privadas en ningún momento de la posibilidad de presentar pruebas, formular alegaciones o interponer recursos, como el que aquí examinamos, de acuerdo con las normas reguladoras del procedimiento sancionador tramitado

Tercero: Sin perjuicio del intento de clarificación de las pretensiones de las recurrentes llevado a cabo en el fundamento jurídico primero, lo cierto es que aquéllas mezclan en sus alegaciones y escritos argumentos e imputaciones relativos a la libre competencia, con otras cuyo examen resultaría más adecuado encomendar a la jurisdicción contencioso-administrativa que a los órganos de defensa de la competencia, lo que obliga a precisar el marco jurídico en el que se desarrollan las actividades de asistencia en tierra de aeronaves y de representación de compañías aéreas, que constituyen el objeto de este expediente.

A este fin hemos de tomar como punto de partida la Ley 4/1990, que en su artículo 82 creó el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), adscrito y dependiente del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, iniciando aquél su actividad el 2 de noviembre de 1991 (OM de 28 de octubre de 1991), fecha en la que se extinguió el Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales, respecto del cual se subrogó AENA en todos sus derechos y obligaciones. Se trata de un ente público de los regulados en el artículo 6.5 de la Ley

General Presupuestaria, con personalidad jurídica distinta a la del Estado y con patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines, sin perjuicio de que conserven su naturaleza los bienes de dominio público que se encuentren afectados al cumplimiento de esos mismo fines.

Como resulta del R.D. 905/1991, que desarrolla a la Ley que lo creó, AENA debe prestar un servicio público encaminado a garantizar el tránsito aéreo en España con seguridad, fluidez, eficacia y economía y para ello se le atribuye “la gestión de los aeropuertos de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades y redes anejas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas” (art. 1),. Concretamente, en materia de aeropuertos, el ente público ejerce las funciones de “ordenación, dirección, explotación, gestión y administración de los aeropuertos públicos de carácter civil y de los servicios afectos a los mismos” (art.11).

Finalmente, conviene destacar que el artículo 82.2 de la Ley 4/1990, ya citada, especifica que AENA se regirá en sus relaciones patrimoniales y de contratación por el ordenamiento jurídico privado, ajustándose en el desarrollo de sus funciones públicas a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y demás leyes que sean de aplicación.

Cuarto: De acuerdo con sus atribuciones y obligaciones legales, AENA ha dictado una serie de normas administrativas encaminadas a ordenar los diferentes servicios aeroportuarios, entre los que se incluye el “handling” o servicio de asistencia en tierra a aeronaves, distinguiendo entre el que corresponde a la aviación comercial y el relativo a la aviación general y estableciendo con carácter general que dichos servicios se han de prestar en régimen de concesión administrativa.

Es aplicable a dicha regulación la doctrina contenida en la Resolución de este Tribunal, de 15 de abril de 1996 (R 126/95), que expresa que AENA actúa en la ordenación y control de la prestación del servicio de “handling” como un ente dotado de funciones públicas, con sometimiento al Derecho administrativo, y que por lo tanto, se sitúan en la esfera de lo público las siguientes actuaciones:

- a) *La determinación de la modalidad de prestación del servicio. A estos efectos el servicio puede prestarse bien directamente por el propio Ente, o bien a través de un tercero que resulta autorizado mediante un contrato o cesión.*
- b) *El establecimiento de normas generales para la prestación del servicio.*
- c) *La opción por un único operador de carácter nacional que presta el servicio en todos los aeropuertos del país o por varios que se encargan de prestarlo sólo en algunos de ellos.*
- d) *La decisión de introducir un segundo operador privado en aquellos aeropuertos de mayor.*

Quinto: En el ejercicio de estas competencias AENA convocó en 1993 un concurso público para la prestación del servicio de asistencia en tierra a la aviación general en el aeropuerto de Málaga, incluyendo en el servicio ofertado las operaciones de “handling” a aerotaxis y ambulancias aéreas. En relación con el mismo y teniendo en cuenta las objeciones de las recurrentes, debe señalarse que:

- A) AENA goza de plena libertad para el ejercicio de sus funciones relacionadas con el servicio de “handling” o asistencia en tierra de aeronaves, pudiendo prestarlo por sí misma o encomendarlo a terceros, ya sea para la totalidad de los aeropuertos o para alguno de ellos. En el supuesto que examinamos decidió convocar un concurso para su concesión en el aeropuerto de Málaga, lo que es conforme con las atribuciones que le otorgan los artículos 1 y 11, entre otros, del R.D. 905/1991 y no constituye una actuación contraria a las normas reguladoras de la competencia, al haberse llevado a cabo la convocatoria, el acceso a la licitación y la adjudicación en régimen de libre concurrencia.
- B) El hecho de que el concurso incluya, junto a la aviación general, la asistencia en tierra a aerotaxis, ambulancias aéreas y otras aeronaves similares, no constituye una extralimitación en las facultades de AENA, pues ninguna norma impide la concesión conjunta de servicios análogos, lo que en cualquier caso no nos corresponde entrar a

valorar ni afecta negativamente a la competencia, al haber sido sometida la concesión al mismo régimen de igualdad y libertad de concurrencia que la asistencia a la aviación general.

- C) Finalmente, debe precisarse que la denunciante Air Taxis Handling S.L. se autoexcluyó voluntariamente del concurso expresado al no aceptar alguna de las condiciones de la convocatoria en relación con la plantilla laboral.

Sexto: En el ejercicio de las mismas competencias AENA dictó en 1993 una Norma para regular las actividades de representación de compañías aéreas y supervisión de "handling". Conforme a la misma, para obtener licencia para representar a una compañía era preciso presentar a AENA copia de documento notarial en el que se hubiera otorgado la representación, cuando de compañías españolas se tratase, o documento similar, traducido y autenticado por la embajada española correspondiente, cuando la representada fuera una compañía extranjera. Estos requisitos se atenuaban en el caso de compañías aéreas que operaban con frecuencia en aeropuertos españoles. Por su parte, para obtener licencia para realizar funciones de supervisión de "hanling" se estableció en la Norma mencionada que debería disponerse de las licencias exigidas por Aviación Civil y presentarse la habilitación del propietario de la aeronave, salvo en los casos de servicios aislados o no habituales, de carácter esporádico, en cuyo caso los requisitos serían los mismos que para la representación.

Sin perjuicio de su naturaleza administrativa, las normas citadas tienen alcance general, siendo de aplicación a todas las relaciones de representación y de supervisión que hayan de realizarse en los aeropuertos españoles, por lo que no pueden estimarse contrarias a la libre competencia al ser de obligado cumplimiento para todos los competidores.

Séptimo: En cuanto a los actos concretos que las recurrentes imputan a la Dirección del aeropuerto de Málaga y que reputan encaminados a perjudicar sus intereses en beneficio de sus competidores, como la retirada a un operario de la tarjeta de acceso al aeropuerto, la prohibición de permanencia en las zonas restringidas del aeropuerto de los vehículos de Air Taxis no autorizados para ello o la no renovación a Air Taxis Corporation del alquiler de un local en el aeropuerto, constituyen una

manifestación de la actividad de AENA como entidad encargada de la gestión de los aeropuertos nacionales, prestación que ha de someterse a requisitos de seguridad, fluidez, eficacia y economía (art. 1 del RD 905/1991), lo que implica la necesidad de establecer las reglas y limitaciones necesarias para su adecuado cumplimiento, sin que ello sea contrario a la libre competencia siempre que, como sucede en este caso, los requisitos se impongan con carácter objetivo y sin realizar discriminaciones injustificadas.

En este sentido debe recordarse la doctrina emanada de la Sentencia de 28 de diciembre de 1983, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que señala que para que pueda acogerse una pretensión de haberse transgredido la legislación de defensa de la competencia por parte de la Administración, es necesario “que se demuestre que la Administración se separó de los verdaderos fines de la misma, prescindiendo del interés general para satisfacer fines o necesidad particular”, lo que desde luego no aparece acreditado en el expediente que es objeto de este recurso.

Octavo: Por último, insisten las sociedades recurrentes en su escrito de alegaciones en poner de manifiesto que la negativa de AENA a admitir que el llamado “autohandling” o asistencia en tierra prestada a sí mismo por el propietario de la aeronave o por sus empleados, pueda ser prestado por Air Taxis cuando ostente la representación o designación del propietario, es lesiva para la competencia y señalan que el Servicio ha incurrido en error al estimar que la no regulación normativa de esta posibilidad equivale a su prohibición.

En este sentido, sin perjuicio de poner de relieve que el Servicio no realiza una interpretación tan simplista como la que pretenden las impugnantes, acerca del vacío normativo expresado, lo cierto es que la aceptación de la tesis de éstas conduciría al absurdo de privar de sentido y eficacia la concesión administrativa otorgada, pues ninguna eficacia tendría ésta si, al propio tiempo, se permitiese a otras empresas no concesionarias la prestación profesional de las mismas funciones que fueron objeto de la concesión. La autorización del “autohandling” está justificada por la consideración de que no es necesario imponer al propietario de una aeronave que la asistencia en tierra le sea prestada por terceros, pudiendo realizarlo por sí mismo por razones de economía, seguridad o eficiencia, pero estas razones no

legitiman que, ignorando la existencia de una concesión administrativa para la prestación de este servicio, otras empresas dediquen de forma paralela su actuación mercantil a esa misma actividad, ya que en tal caso serían estas últimas las que vulnerarían la normativa reguladora de la libre competencia.

Noveno: En consecuencia, este Tribunal ha de coincidir con el Acuerdo impugnado en la inexistencia de indicios racionales de vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de AENA y de SART S.L. en relación con los hechos que son objeto de este expediente, al no apreciarse que la conducta de las partes denunciadas haya tenido el efecto o la aptitud de reducir la libre competencia en el sector de los servicios de ayuda en tierra al tráfico aéreo en el aeropuerto de Málaga ni en la forma de acuerdos o pactos entre aquéllas (art. 1 LDC), que ni siquiera han tenido lugar, ni mediante prácticas abusivas por parte del Ente público encargado de prestar los servicios públicos relativos a los aeropuertos nacionales (art. 6 LDC), ya que AENA actuó siempre de acuerdo con los derechos y obligaciones establecidos en las normas reguladoras de su creación y funcionamiento, no constando que su actuación haya sido dirigida a perjudicar a ninguna empresa sino a prestar sus funciones con la mayor eficacia y seguridad, ni se ha producido una conducta de competencia desleal (art. 7 LDC), al no haber incurrido las denunciadas en ninguna de las prácticas previstas por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por Air Taxis Handling S.L. y Air Taxis Corporation S.A contra el Acuerdo de 3 de septiembre de 1999, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los recurrentes y a los denunciados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.