

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 296/98, Aeropuertos Españoles)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Berenguer Fuster, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 16 de noviembre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 296/98 (1718/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) de recurso interpuesto por The Tie Gallery España S.A. (en adelante, Tie Gallery) contra el Acuerdo del Servicio de 17 de febrero de 1998 por el que se archivó la denuncia presentada por la recurrente contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y ALDEASA S.A. (ALDEASA) por aplicar AENA condiciones discriminatorias más favorables para ALDEASA que para el resto de las empresas que obtienen concesiones o autorizaciones de uso de los locales comerciales en los recintos aeroportuarios, en particular por el Convenio firmado el 14 de marzo de 1997 entre ambas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 3 de noviembre de 1997 Tie Gallery denunció a AENA y a ALDEASA por aplicar AENA condiciones discriminatorias más favorables para ALDEASA que para el resto de las empresas que obtienen concesiones o autorizaciones de uso de los locales comerciales en los recintos aeroportuarios, en particular por el Convenio firmado el 14 de marzo de 1997 entre ambas, que considera que no respeta el procedimiento legalmente establecido.

Según la denuncia, las condiciones más favorables otorgadas a ALDEASA en las concesiones o autorizaciones de uso de locales comerciales en aeropuertos realizadas por AENA consistirían esencialmente en:

- Otorgarle mayores plazos (10 años a ALDEASA y 3 a las demás).
- Cambiar el canon a pagar en caso de que las *duty free* se transformen en *duty paid*. En la actualidad, tanto ALDEASA como Tie Gallery pagan un canon variable (porcentaje de la facturación mensual) y un canon fijo. Si las tiendas *duty free* se transforman en *duty paid*, el canon variable para ALDEASA pasará a ser un porcentaje fijo sobre los beneficios, de tal forma que el sistema de cánones representase una incidencia sobre beneficios igual a la establecida en la actualidad.
- Conceder a ALDEASA en exclusiva las tiendas libres de impuestos, aunque AENA se reserva el derecho a explotarlas directamente, cuando en los pliegos de condiciones suscritos por Tie Gallery se especifica expresamente que *"las actividades objeto del contrato administrativo desarrolladas por el concesionario no tendrán el carácter de exclusividad, es decir, en el aeropuerto pueden existir en el momento de la adjudicación otras concesiones sobre locales que se destinen a la misma actividad comercial..."*.

Además, según la denuncia, ALDEASA y AENA han modificado el convenio suscrito el 7 de noviembre de 1996 mediante convenio de 14 de marzo de 1997, con la intención de que ALDEASA pueda aprovechar su situación de monopolio en tiendas *duty free* para hacerse con una posición de dominio en *duty paid* si, como consecuencia de la normativa comunitaria, las tiendas *duty free* en los aeropuertos tienden a desaparecer al suprimirse las ventas libres de impuestos a viajeros en trayectos intracomunitarios. El último convenio prevé que las concesiones podrán ser utilizadas para otros destinos en el caso de que se supriman las ventas libres de impuestos en viajes intracomunitarios.

2. A la vista de los hechos denunciados, el Servicio realizó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.2 LDC, una información reservada y finalmente acordó, con fecha 17 de febrero de 1998, el archivo de la denuncia por considerar que AENA ha actuado en el ejercicio de potestades administrativas conferidas por Ley en el otorgamiento de la concesión del dominio público aeroportuario, actuando como Ente dotado de funciones públicas y, por tanto, con sometimiento al Derecho administrativo, no existiendo infracción de la LDC.
3. Dicho Acuerdo de archivo fue recurrido por Tie Gallery el 6 de marzo de 1998, alegando que la información reservada había tenido un alcance muy limitado y discutiendo las afirmaciones realizadas por el Servicio en el mencionado acuerdo.

4. Por oficio de 9 de marzo de 1998 el Tribunal solicitó la remisión del expediente junto con el correspondiente informe.
5. Mediante escrito de fecha 11 de marzo de 1998 el Servicio informa lo siguiente: 1) el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo; 2) el recurrente tiene acreditada su representación; 3) ALDEASA ha solicitado la confidencialidad de todos los datos y documentos aportados, pero a juicio del Servicio deben mantenerse como confidenciales únicamente los importes de los artículos vendidos en las tiendas (libres y con impuestos) en 1996 y 1997, así como dos estudios, uno realizado por SB WARBURG y otro interno de ALDEASA; 4) el Servicio ha practicado una información reservada que ha consistido en la solicitud de información a ambas denunciadas que consta de 254 folios; y 5) después de realizar algunas precisiones sobre las alegaciones del escrito de recurso, el Servicio considera que la actuación de AENA en relación con la concesión a ALDEASA no perjudica la competencia en el mercado en el que opera la recurrente puesto que, dado su objeto social, no ha podido verse perjudicada porque no haya habido competencia por el mercado de tiendas aeroportuarias con régimen fiscal especial y, en su opinión, Tie Gallery está tratando de utilizar el procedimiento de la Ley de Defensa de la Competencia con objetivos diferentes al de la defensa de la competencia por lo que, al no aportarse ningún otro dato ni argumento nuevo, entiende que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de Archivo, que debe mantenerse.
6. Mediante Auto de 23 de abril de 1998, el Tribunal decidió: a) declarar la confidencialidad de las ventas en tiendas con impuestos y libres de impuestos, referidas a 1996 y 1997, así como dos estudios, uno realizado por SB WARBURG y otro por la propia ALDEASA, con los que se formó pieza separada; b) poner de manifiesto el resto del expediente a los interesados para que formularan alegaciones y presentasen los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes y c) designar Ponente.
7. Los interesados evacuaron el trámite:
  - 7.1. AENA muestra su conformidad con el Acuerdo del Servicio.
  - 7.2. ALDEASA, en esencia, alega:
    - a) Falta de legitimación de Tie Gallery para interponer recurso.
    - b) La concesión de dominio público otorgada por AENA a favor de ALDEASA y que ha sido objeto de denuncia tiene carácter de acto administrativo, por lo que el Tribunal no es competente.

- c) La forma directa de adjudicación de las concesiones de dominio público es plenamente ajustada a la legalidad y constituye el procedimiento normalmente seguido por la Administración en estos casos. Además, el art. 156 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, consagra el principio de adjudicación directa de las concesiones aeroportuarias en función de *"las circunstancias concurrentes, tales como las características de la zona aeroportuaria de que se trate, la naturaleza de las actividades a desarrollar o cualquier otra significativa para la explotación aeroportuaria"*.

Solicita inadmitir el recurso por ser formulado por persona no legitimada para ello y, subsidiariamente, confirmar el acuerdo de archivo.

7.3. Tie Gallery reitera la petición que había hecho al Servicio de incorporar al expediente 2 dictámenes encargados por ALDEASA en 1995, solicita la realización de diversas pruebas y considera que:

- Los mercados de tiendas *duty free* y *duty paid* no son distintos pues los productos que se comercializan en ambas clases de tiendas son exactamente los mismos y están situados en los mismos recintos aeroportuarios. La única diferencia radica en que al comprar en unos se pagan ciertos impuestos y al comprar en otros no.
- En cuanto a la cláusula referida al canon en caso de conversión de las tiendas *duty free* en *dual tax* o *duty paid*, está perfectamente determinada y el Servicio y el Tribunal están obligados a examinarla y determinar si es o no compatible con las normas de defensa de la competencia.
- La concesión se ha otorgado al margen de los procedimientos exigidos por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que la "renovación" de la concesión sea subsumible en el supuesto previsto por el art. 156 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social porque ese precepto reitera que la norma para el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones del dominio público es el concurso, previéndose sólo excepcionalmente la adjudicación directa *"en función de las circunstancias concurrentes, tales como las características de la zona aeroportuaria de que se trate, la naturaleza de las actividades a desarrollar o cualquier otra significativa para la explotación aeroportuaria"*.

- La posición dominante de ALDEASA derivada de su monopolio sobre las tiendas *duty free* le permite presentarse a los concursos para concesiones en régimen *duty paid* en condiciones de superioridad que no son dos mercados distintos y si lo fueran estarían íntimamente relacionados.

8. Son interesados:

- The Tie Gallery España S.A.
- Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).
- ALDEASA S.A.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Antes de entrar en el fondo, existen dos cuestiones previas a examinar, por una parte, las alegaciones de ALDEASA de inadmitir el recurso por ser formulado por persona no legitimada para ello y, por otra, la solicitud de Tie Gallery de incorporar al expediente dos dictámenes y realizar determinadas pruebas.
2. En relación con la solicitud de inadmisión del recurso por ser interpuesto por persona no legitimada para ello, hay que señalar que Tie Gallery formuló denuncia contra AENA y ALDEASA por aplicar la primera condiciones discriminatorias más favorables para ALDEASA que para el resto de las empresas que obtienen concesiones o autorizaciones de uso de los locales comerciales en los recintos aeroportuarios, en particular por el Convenio firmado el 14 de marzo de 1997 entre ambas. El Servicio después de practicar una información reservada acordó el archivo de las actuaciones (art. 36.2 LDC), que fue recurrido por la denunciante ante el Tribunal, ya que, de acuerdo con el art. 47 LDC, los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión serán recurribles ante el Tribunal.

A mayor abundamiento, la denuncia se refiere, como se ha señalado, a que AENA supuestamente otorga un trato privilegiado a ALDEASA respecto al resto de los concesionarios, entre los que se encuentra Tie Gallery, con lo que no existe duda de la legitimidad de ésta para recurrir.

3. Por lo que se refiere a la solicitud de prueba realizada por Tie Gallery, es doctrina del Tribunal que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, tal como se regula en el art. 40 LDC, lo que es coherente con el carácter sumario del procedimiento. Por ello, sólo excepcionalmente se

admite la práctica de prueba cuando la información obrante en el expediente es insuficiente para adoptar una decisión. En este caso, el Tribunal considera que en el expediente existen suficientes elementos para resolver, no estimando necesaria la práctica de prueba.

4. Resueltas las cuestiones previas corresponde analizar el fondo del recurso, es decir, si los hechos denunciados tienen apariencia de constituir infracción de las normas concurrenciales, existiendo indicios suficientes para justificar la incoación de un expediente.

Es necesario tener en cuenta que el art. 82 de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado, creó AENA como un Ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, estableciendo que se ajustará al Derecho Administrativo en el desarrollo de sus funciones públicas, rigiéndose por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación. En desarrollo de esta Ley, por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, se aprueba su Estatuto, cuyo art. 1.2 señala que su objeto será la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas.

Por tanto, AENA es un ente público que reúne la doble condición de persona jurídica pública, con potestades administrativas para la ordenación y regulación de los servicios aeroportuarios, y de operador económico, con sometimiento al Derecho privado en sus relaciones patrimoniales, para rentabilizar las inversiones efectuadas, así como para contratar. De hecho, en la Resolución de 15 de abril de 1996 (Expte. R 126/95, Handling aeropuertos) el Tribunal consideró que AENA actúa como operador económico sometido al Derecho privado y, por tanto, como un agente económico ordinario, en todo lo relativo a la prestación del servicio de *handling* y a sus relaciones con las empresas que prestan dicho servicio en los aeropuertos españoles, las cuales han sido seleccionadas mediante concurso o autorizadas por medio de contrato privado. Es de constatar que el presente expediente se refiere a la realización de una actividad no relacionada con la navegación aérea y menos relevante para los aeropuertos nacionales que la que es objeto de la Resolución citada, como es la de la explotación de tiendas (unas libres de impuestos y otras con impuestos) en los recintos aeroportuarios.

5. Tanto el Servicio, como AENA y ALDEASA, consideran que en la adjudicación de las tiendas libres de impuestos AENA actúa como Ente dotado de funciones públicas y, por tanto, con sometimiento al Derecho Administrativo. Por ello, hay que dilucidar la naturaleza de dichas actuaciones de AENA para establecer si quedan o no sometidas a las normas de competencia.

6. Hay que destacar que, a petición de ALDEASA, AENA mediante Resolución de 14 de marzo de 1997, autorizó según se dice literalmente *"la prórroga de las concesiones que, para la explotación de tiendas libres de impuestos en los aeropuertos españoles, ostenta la mercantil Aldeasa, S.A."*. Sin embargo, de acuerdo con la cláusula primera del Pliego de Bases, su objeto se refiere no sólo a las tiendas libres de impuestos, sino a las que, por estar situadas en zonas de salida de viajeros con destino tanto a España como a los países de la Unión Europea, sean admitidas por AENA para operar, simultáneamente, en régimen libre de impuestos y en régimen fiscal normal (tiendas *"dual tax"*) e, incluso, se indica que las tiendas libres de impuestos podrán destinarse a tiendas en régimen fiscal normal al desaparecer el régimen de ventas libres de impuestos para los pasajeros con destino a países de la Unión Europea (lo que ocurrirá el 1 de julio de 1999, mientras que la duración de las concesiones se extiende hasta el 31 de diciembre del año 2006, sin perjuicio de las prórrogas que, eventualmente, puedan acordarse).

Asimismo, en la cláusula octava se establece que AENA podrá otorgar nuevas concesiones de locales para el establecimiento de tiendas libres de impuestos (que, como se ha señalado anteriormente, son transformables en *"dual tax"*e, incluso, en tiendas en régimen fiscal normal) en aquellos aeropuertos en los que no existen concesiones para realizar dicha actividad, en los nuevos aeropuertos o nuevas terminales aéreas en los aeropuertos ya existentes. Además, en esa misma cláusula se garantiza la exclusividad para la explotación de tiendas libres de impuestos a ALDEASA en los aeropuertos en los que sea titular de concesiones.

Dado que, a pesar de la denominación que da AENA de *"Pliego de cláusulas administrativas particulares de las concesiones de dominio público aeroportuario para la instalación de tiendas libres de impuestos"*, el mismo se refiere a establecimientos que ejercen una actividad comercial que va más allá de la de tiendas libres de impuestos (aquéllas con singular tratamiento fiscal para los artículos que vende y que se encuentren emplazadas en la parte de la llamada zona internacional de los recintos aduaneros destinada a tráfico internacional de viajeros en tránsito o de viajeros con destino al extranjero que ya han superado el control de pasaportes), existen dudas de que en los aspectos referentes a las tiendas *"dual tax"* y tiendas en régimen fiscal normal AENA esté ejerciendo exclusivamente funciones públicas y, por contra, su actuación parece entrar en el campo de sus relaciones patrimoniales y contractuales, ejerciendo como operador económico y con sometimiento, por tanto, al Derecho privado, incluyendo las normas de competencia. Ello sin perjuicio de que, en algunos casos, debido a que la actividad debe desarrollarse en zonas calificadas como de dominio público se precise concesión administrativa.

En relación con el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de fecha 1 de octubre de 1996, realizado a petición de la Dirección General de Patrimonio del Estado, sobre diversos extremos, entre los que se incluye la posible necesidad de proceder a una nueva licitación de la concesión de que es titular Aldeasa, en el que se concluye que no se considera preceptiva la convocatoria de la licitación pública (subasta o concurso para la adjudicación de una nueva concesión con efectos a partir de la extinción de la vigente), dicho informe se refiere a la posible aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y, particularmente de sus normas sobre publicidad y libre concurrencia a la concesión demanial de Aldeasa (folio 731 del expediente del Servicio), pero lo relevante para este expediente no es el sistema de concesiones administrativas del dominio público, sino el ejercicio de la actividad económica que se desarrolla en ellas.

7. Por otra parte, se ha alegado que el art. 156 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social da amparo legal a la adjudicación directa realizada por AENA. En este sentido, es necesario tener en cuenta que, dicho artículo establece que *"corresponderá al Ente Público AENA el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones del dominio público aeroportuario para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicio público"*, y añade que *"dicho otorgamiento se realizará por concurso. Excepcionalmente podrá efectuarse por adjudicación directa en función de las circunstancias concurrentes, tales como las características de la zona aeroportuaria de que se trate, la naturaleza de las actividades a desarrollar o cualquier otra significativa para la explotación aeroportuaria"*. Ante una situación como ésta, hay que examinar si la norma legal ampara la conducta de AENA denunciada. Independientemente de que no parece justificarse la excepcionalidad aplicada a ALDEASA, máxime cuando algunas de las tiendas pueden operar, simultáneamente, en régimen libre de impuestos y en régimen fiscal normal y, próximamente, podrán incluso hacerlo exclusivamente en el régimen fiscal normal, y que parece difícil considerar que las tiendas sean una actividad *"significativa para la explotación aeroportuaria"*, en este caso el problema que se analiza no es si deben otorgarse las concesiones por concurso o por adjudicación directa, sino si las actuaciones de AENA para el desarrollo de actividades comerciales en los aeropuertos está sometida a Derecho Privado y si AENA puede, a través de un Pliego, crear una situación de exclusiva en dicha actividad comercial. Por lo que se refiere a estas cuestiones, ya se ha señalado que, exceptuando las tiendas libres de impuestos que se encuentran situadas en la llamada "zona internacional", las actuaciones de AENA en relación con los establecimientos que ejercen una actividad comercial en los aeropuertos aparentemente constituyen relaciones patrimoniales sometidas al Derecho



Privado, no pareciendo "*prima facie*" que sea justificable la exclusiva establecida en el Pliego de Bases.

En esta misma línea, el Servicio, en la Providencia objeto del recurso, considera que en el futuro sería necesario que la concesión de uso de nuevos espacios para tiendas *dual tax* (venta de productos con impuestos y libre de impuestos, según el destino de los viajeros) fuera objeto de competencia por el mercado entre empresas que ofrezcan suficientes garantías del cumplimiento de las obligaciones fiscales inherentes al negocio.

8. La denunciante, ahora recurrente, indicaba que los hechos denunciados constituían conductas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 de la LDC. Sin embargo, dada su naturaleza, los mismos no pueden considerarse incursos entre las infracciones de los arts. 1 ó 7 de dicha Ley, existiendo exclusivamente indicios de un posible abuso de posición de dominio por parte de AENA, por lo 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.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

### **HA RESUELTO**

**Unico:** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por The Tie Gallery España S.A. contra el Acuerdo del Servicio de 17 de febrero de 1998 por el que se archivó la denuncia presentada por la recurrente contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea y ALDEASA S.A. y, en consecuencia, revocar el citado Acuerdo de archivo para que se investigue las cuestiones a las que se refieren los Fundamentos de Derecho 7 y 8, que se confirma en cuanto a lo demás.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber a éstos que contra la misma no cabe recurso administrativo alguno y que podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta Resolución.