

RESOLUCIÓN (Expte. R 126/95. Handling Aeropuertos)

Pleno

Excmos. Sres.
Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid a 15 de abril de 1996.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Ricardo ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de recurso R 126/95 (961/93 del Servicio de Defensa de la Competencia), interpuesto por la "Asociación Española de Compañías Aéreas" (A.E.C.A.) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 31 de mayo de 1995, que decretó el sobreseimiento del expediente incoado a "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (A.E.N.A.) por la realización de diversas prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 2 de junio de 1993 A.E.C.A. presentó una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra A.E.N.A. por la realización de diversas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en:
 - a) **Fijación abusiva de los precios del "handling"** (Art.1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo LDC).
 - b) **Abuso de posición dominante** por:
 - Discriminar a las compañías aéreas a la hora de otorgar autorizaciones para la realización de "autohandling" (Art.6.2.d) LDC).
 - Negativa injustificada a autorizar el "autohandling" cooperativo o recíproco (Art.6.2.c) LDC).

-- Inclusión en los contratos para la realización del "autohandling" de una cláusula de rescisión unilateral, cuando se conceda licencia a un segundo operador (Art. 6.2.a) LDC).

-- Imposición en la contratación del "autohandling" de un canon del 5% sobre las tarifas máximas autorizadas al concesionario, que deberá ser pagado a A.E.N.A. (Art.6.2.a) LDC).

c) **Comportamiento desleal de A.E.N.A.** en sus relaciones con terceros para favorecer a IBERIA (Art.7 LDC).

2. A.E.N.A. es un ente público titular de los servicios de "handling" en todos los aeropuertos españoles. El "handling" comprende los servicios de asistencia en tierra a las aeronaves (h. de rampa), a los pasajeros (h. de pasajeros) y a las mercancías (h. de carga) transportados.

A.E.N.A. convocó, en el año 1992, un concurso público para seleccionar una empresa que actuara como primer operador, con carácter no exclusivo, para la prestación de estos servicios en todos los aeropuertos del país, el cual fue ganado por la empresa IBERIA. Asimismo A.E.N.A. ha convocado concursos para dotar de un segundo operador de "handling" a los principales aeropuertos españoles.

Por otra parte, A.E.N.A. realiza contratos privados para la prestación por determinadas compañías de sus propios servicios de "handling" (autohandling).

3. El Servicio de Defensa de la Competencia realizó una información reservada, en el curso de la cual solicitó a la Subdirección de Estudios de la Dirección General de Defensa de la Competencia un estudio sobre el mercado del "handling" en España.

4. A la vista de dicho estudio, el Director General de Defensa de la Competencia acordó, el 4 de marzo de 1994, la apertura de un expediente sancionador a A.E.N.A.

El 27 de abril de 1994 se abrió trámite de información pública, mediante anuncios en el B.O.E., sin que compareciera ningún interesado.

5. En el citado expediente resulta acreditado:

"1. AENA es un Ente Público creado en virtud de lo dispuesto en el art. 82 de la Ley 4/1990 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

1.1. El art. 82.2 dice que "Dicho Ente se regirá por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación, ajustándose en el desarrollo de sus funciones públicas a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo (...) y demás leyes que le sean de aplicación. Los actos que dicte el Ente Público en el ámbito de sus funciones públicas agotarán la vía administrativa... sin perjuicio... del posterior acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa".

1.2. Su objeto, según indica su propio estatuto aprobado por R.D. 905/91, de 14 de junio de 1991 (BOE del 18) en su art. 1º.2, es "... 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 que permitan rentabilizar las inversiones efectuadas".

2. Al amparo de su normativa, AENA convocó Concurso Público para la "Explotación para la Prestación del Servicio de Asistencia en Tierra a las Aeronaves, Pasajeros y Mercancías (Handling) en los Aeropuertos Españoles" el 23 de agosto de 1992, publicando la citada convocatoria en el periódico "El País", (consta en el expediente copia del citado anuncio).

El correspondiente Pliego de Cláusulas de Explotación para la Prestación del Servicio de Asistencia en Tierra a las Aeronaves, Pasajeros y Mercancías (Handling) en los Aeropuertos Españoles, contenía entre sus bases, y en lo referente a la denuncia, las siguientes cláusulas:

"... CLAUSULA 3.e) En casos justificados, y siempre que razones operativas, de seguridad, disponibilidad de instalaciones, etc. lo permitan, AENA podrá autorizar a las Compañías Aéreas que lo soliciten, a prestar a sus vuelos y con sus propios medios, el handling (autohandling) de forma total o parcial (por Bloques). El período mínimo de concesión de autohandling será de una temporada de verano y otra de invierno consecutivas.

... f) En el caso de Compañías Aéreas autorizadas para cualquier autohandling parcial, el Concesionario tendrá la obligación de prestar los servicios de handling que se le soliciten de aquellos bloques para los cuales las Compañías Aéreas no tengan concedido autohandling. Respecto a las actividades incluidas en los bloques para los que la Compañía Aérea tenga concedido autohandling, el Concesionario

podrá prestar los servicios que se le pidan en la medida que sus medios se lo permitan.

... CLAUSULA 22.- CANON A APLICAR Y FORMA DE PAGO. El canon sobre el Handling Básico de Pasajeros, Rampa y Mercancías será el 5% de la tarifa en vigor.

... CLAUSULA 26.- NORMAS A APLICAR. La concesión se regirá por el presente Pliego de Cláusulas y cada uno de los contratos que posteriormente se suscriban.

Para las controversias que se susciten serán competentes, con renuncia expresa de las partes al fuero que les sea aplicable, los Tribunales de Madrid."

3. AENA asimismo concede el autohandling a todas las compañías aéreas que lo soliciten y cumplan los requisitos mínimos que se exigen para asegurar la seguridad y fluidez del transporte aéreo, teniendo en cuenta la capacidad y condiciones particulares de cada aeropuerto. En este sentido AENA ha otorgado la realización del servicio de autohandling de pasajeros, rampa y mercancías a varias compañías de las denunciantes y en al menos 14 aeropuertos.
4. El contrato de autohandling que AENA está firmando en la actualidad contiene en esencia los mismos derechos y obligaciones a que se ve sometido el concesionario del aeropuerto en cuestión, incluyendo el canon del 5%.
5. El 1 de abril de 1993 AENA propuso para su firma un contrato de realización de autohandling para el aeropuerto de Palma de Mallorca; dicho contrato incluía entre su clausulado y referente a las causas de extinción de la prestación "... b) Entrada en vigor del segundo concesionario...". No obstante, esta cláusula no obra en los contratos tipo que AENA firma en la actualidad.
6. El Servicio de Defensa de la Competencia dió traslado de la denuncia a A.E.N.A., la cual replicó: a) Que es un organismo que tiene personalidad jurídica pública. b) Que había suprimido para futuros contratos la cláusula de rescisión unilateral. c) Que, desde el 1 de julio de 1995, había suprimido el canon del 5%, tanto para el "autohandling" como para los concesionarios del "handling".

7. El 31 de mayo de 1995, el Director General de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente por considerar que la actuación de A.E.N.A., objeto de la denuncia, tenía carácter administrativo puesto que se realizaba al gestionar un servicio público y que, por ello, no podía ser revisada por las Autoridades encargadas de la Defensa de la Competencia.

8. Contra dicha resolución A.E.C.A. presentó recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, el 16 de junio de 1995, alegando:

a). Los actos de AENA quedan sometidos al Derecho privado según la Ley de Presupuestos de 1990, que crea el Ente, y el R.D. 905/91 que aprueba su Estatuto.

Pero, aunque no fuera así, el TDC podría revisar los efectos de los actos administrativos de AENA en el mercado de servicios que controla.

b). Los precios fijados por AENA son abusivos. Son los precios más altos de Europa.

c). Además AENA abusa de su posición de dominio en el mercado pues reduce arbitrariamente la oferta de servicios de handling al mantener el monopolio de IBERIA en la mayoría de los aeropuertos (con lo que consigue precios altos) y obliga a la demanda a contratar con el monopolista al dificultar el autohandling y prohibir el handling cooperativo o recíproco.

9. El Tribunal reclamó el expediente al Servicio de Defensa de la Competencia, que lo remitió el 26 de junio de 1995, junto con su informe.

Seguidamente admitió el recurso a trámite y puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones.

Formularon alegaciones tanto A.E.N.A como A.E.C.A.

10. A.E.C.A., en escrito de de 21 de julio de 1995, parece desistir del recurso, por haber suprimido A.E.N.A. tanto la cláusula de rescisión unilateral de los contratos de "handling" como el canon del 5% anteriormente mencionado.

Por Providencia de 24 de julio se requirió a A.E.C.A. para que ratificara su desistimiento.

A.E.C.A. contestó al requerimiento el día 7 de septiembre, aclarando que dejaba sin efecto su desistimiento porque A.E.N.A. había vuelto a limitar y restringir los contratos de "autohandling" y continuaba negándose a autorizar el "handling" cooperativo o recíproco.

11. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión de 30 de enero de 1996.
12. Son interesados:
 - ASOCIACION ESPAÑOLA DE COMPAÑIAS AEREAS (AECA)
 - AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El expediente, objeto de recurso, versa sobre diversas actuaciones de AENA que afectan especialmente a la actividad comercial y a las condiciones de competencia de las compañías aéreas privadas que operan en España.

El Servicio de Defensa de la Competencia ha considerado a este respecto, que la actuación de AENA tenía carácter administrativo, puesto que se realizaba al gestionar un servicio público y que, por ello, quedaba excluida de la aplicación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

El recurrente, en cambio, ha estimado que las actuaciones de AENA, que han sido denunciadas en este expediente, quedan sometidas al Derecho privado y, por ello, son constitutivas de infracciones de la citada Ley 16/1989. Pero, además, considera que, aunque no fuera así, los efectos de dichos actos también podrían ser revisados por el Tribunal de Defensa de la Competencia por disponer AENA del monopolio de los servicios del "handling" en los aeropuertos españoles.

Hay que dilucidar, pues, en este recurso, la naturaleza de las actuaciones de AENA para determinar si quedan o no sometidas a la normativa de la competencia.

2. AENA es un ente público creado por la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado, cuyo objeto es, según lo dispuesto en el art. 1.2 de su Estatuto, aprobado por R.D. 905/1991, la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las redes de ayuda a la navegación aérea, así como la realización de actividades complementarias de aquéllas que le permitan rentabilizar las inversiones efectuadas.

Según el art. 82.2 de la citada Ley 4/1990, AENA se regirá por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación y por el Derecho público en lo que atañe al ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas.

AENA es, en consecuencia, un ente público que reúne la doble condición de persona jurídica pública dotada de potestades administrativas para la ordenación y regulación de los servicios aeroportuarios y de operador económico que actúa como tal en el mercado para rentabilizar las inversiones efectuadas. En este último caso, es decir, cuando AENA actúa como una persona privada, la Ley de Presupuestos determina el sometimiento de AENA a las normas del Derecho privado.

Por otra parte, la citada Ley establece con claridad que son actos dictados en el ejercicio de funciones públicas los que realice AENA en relación con la gestión y utilización del dominio público aeroportuario, los de recaudación de ingresos públicos y los de ordenación de los servicios aeroportuarios; por el contrario, son actos sometidos al ordenamiento jurídico privado los de gestión y explotación de la actividad aeroportuaria y de las actividades complementarias de ésta, así como la contratación.

3. Aplicando estos principios a los servicios de "handling" resulta:

a) Que AENA actúa como ente dotado de funciones públicas y, por tanto, con sometimiento al Derecho administrativo, solamente en lo relativo a la ordenación y control de la prestación del servicio del "handling" con carácter general en todos los aeropuertos (aspecto normativo). Desde esta perspectiva, se situarían en la esfera de lo público las siguientes actuaciones de AENA:

- 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.
- El establecimiento de normas generales para la prestación del servicio.
- 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.
- La decisión de introducir un segundo operador privado en aquellos aeropuertos de mayor tráfico.

- b) Que AENA actúa como operador económico sometido al Derecho privado 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 (aspecto contractual).

En efecto, la prestación de los servicios de "handling" en los aeropuertos españoles se realiza bajo las siguientes modalidades:

- En primer lugar, y con carácter general para todos los aeropuertos españoles, por la Compañía Iberia, que obtuvo en el año 1992 una concesión de régimen jurídico privado para la prestación de dichos servicios. (El carácter jurídico privado de esta concesión se desprende de los siguientes factores: En las bases del concurso se establecía que se regiría por el Derecho privado. El concurso público, en el sentido de abierto a todos los operadores interesados, se convocó mediante anuncios en la prensa y no en el B.O.E. La cláusula de jurisdicción establece que los litigios y controversias se solventarán ante los jueces y tribunales de Madrid).
- En segundo lugar, y con carácter de segundo operador, por la empresa que resulte ganadora del concurso convocado para la prestación del servicio en un determinado aeropuerto.
- En tercer lugar, por las propias compañías aéreas, en régimen de "autohandling", mediante contrato privado suscrito entre cada una de ellas y AENA, por el que se les otorga la correspondiente autorización y se regulan las condiciones de prestación del servicio.

En estos tres casos, en los que AENA actúa con sujeción a las normas de Derecho privado y, por tanto, como un agente económico ordinario, nada impide que pueda aplicarse la Ley de Defensa de la Competencia.

- c) Que, en cambio, resulta más discutible calificar la actuación de AENA en materia de fijación de los precios del "handling", ya que, de un lado, este organismo se muestra como una especie de regulador dotado de una gran autonomía y, de otro, hay una cierta confusión en el expediente en torno a si estamos en presencia de tasas o precios, bien sean públicos o privados.

De todas formas, dado que los precios de los servicios del "handling" no están predeterminados en la Ley, no guardan relación con la utilización del dominio público aeroportuario, sino con la prestación del servicio y su fijación se realiza por el Consejo de Administración de AENA sin que sea preciso el refrendo o aprobación del Gobierno o del Ministerio sectorial correspondiente, habrá que concluir que nada impide tampoco la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en esta materia.

4. El Servicio de Defensa de la Competencia ha considerado como mercado relevante los servicios de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías (handling) en los aeropuertos españoles.

En dicho mercado AENA se comporta como un operador económico pues interviene en el mismo con incidencia significativa y percibe importantes ingresos por el desarrollo de la actividad. Además, puede decirse que AENA ostenta una clara posición de dominio puesto que la normativa vigente (O.M. de 18 de octubre de 1973 y Ley 4/1990) le otorga el monopolio de la actividad del "handling", aunque le autoriza a prestar dicho servicio directamente por sí mismo o indirectamente a través de concesionarios o empresas autorizadas.

5. De todo lo expuesto se puede concluir: a) Que los actos de AENA, objeto de la denuncia y del presente recurso, no tienen el carácter de actos administrativos. b) Que AENA, al fijar los precios del "handling", al imponer las cláusulas de los contratos de "autohandling" y al denegar injustificadamente las autorizaciones para la prestación de servicios de "autohandling" o para el "autohandling cooperativo o recíproco", actúa con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico privado y, por consiguiente, a la normativa de la competencia. c) Que los comportamientos denunciados han sido realizados por AENA desde una posición de dominio en el mercado.
6. Así pues, teniendo en cuenta cuanto antecede, el Tribunal considera que procede: En primer lugar, revocar el sobreseimiento del expediente acordado por el Servicio de Defensa de la Competencia el 31 de mayo de 1995. En segundo lugar, interesar del citado Servicio que investigue: a) la relación existente entre las tarifas de precios fijados por AENA y los costes de los mismos. b) El número de compañías aéreas que han tenido dificultades para acceder al "autohandling" y las circunstancias concretas de los aeropuertos para los que se pidió autorización. c) Las cláusulas existentes en los contratos de "autohandling" en vigor. Y d) las razones que justifican la no autorización del "autohandling cooperativo o recíproco". Y, finalmente, analizar desde la óptica del Derecho de la Competencia y a la

vista de los resultados de las investigaciones efectuadas, los siguientes comportamientos de AENA, que fueron objeto de la denuncia de AECA:

- Fijación abusiva de los precios del "handling".
- Comportamiento desleal para favorecer a IBERIA y perjudicar a sus competidores.
- Discriminación al conceder las autorizaciones para la realización del "autohandling".
- Negativa injustificada a autorizar el "autohandling cooperativo o recíproco".
- Inclusión de una cláusula de rescisión arbitraria en los contratos de "autohandling" (La concesión de licencia de "handling" a un segundo operador será causa de rescisión del contrato).
- Imposición de un canon del 5% sobre las tarifas máximas autorizadas de "handling" al operador de "autohandling".

Dado que en el expediente resulta acreditado que AENA ha dejado sin efecto la cláusula de rescisión y ha suprimido el canon del 5%, el análisis de dichos comportamientos debe realizarse con referencia a la situación anterior al año 1995.

7. La revocación del sobreseimiento acordado por el Servicio de Defensa de la Competencia no tiene la consideración de acto definitivo que pone fin a un procedimiento, sino que, por el contrario, produce el efecto de la continuación del mismo.

Por otra parte, en el curso de dicho procedimiento los interesados podrán intervenir presentando las alegaciones y proponiendo las pruebas que a su derecho convengan, tanto en la fase procesal que se desarrolla ante el Servicio de Defensa de la Competencia, como, en su caso, en la que tiene lugar ante el Tribunal.

Así pues, dado que la resolución del presente recurso no pone fin al procedimiento ni causa indefensión a los interesados, no podrá ser objeto de recurso contencioso-administrativo en esta fase procesal.

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

HA RESUELTO

- Primero:** Estimar el recurso interpuesto por AECA contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 1995, por el que se sobreseyó el expediente de referencia y, en consecuencia, revocar y dejar sin efecto el citado sobreseimiento.
- Segundo:** Devolver el expediente al Servicio de Defensa de la Competencia junto con las actuaciones habidas ante el Tribunal.
- Tercero:** Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la investigación de los extremos a los que se hace referencia en el Fundamento de Derecho número 6 y el análisis de los comportamientos de AENA denunciados por AECA desde la óptica del Derecho de la Competencia que resulta aplicable al caso.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber a éstos que contra la citada Resolución no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su momento, proceda contra la Resolución definitiva de este Tribunal.