



PROYECTO DE INFORME

Que presenta el Presidente a la Junta de acuerdo con lo convenido en la sesión del día 21 de diciembre de 2005, en relación con el conflicto de competencias entre la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) y la Administración del Estado (AE) respecto de la denuncia de SPANAIR, S.A. contra el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) por abuso de posición dominante al resolver la utilización de la nueva Terminal 4 del Aeropuerto de Madrid-Barajas.

1. Antecedentes:

1.1.- El 4 de Noviembre de 2005 SPANAIR, S.A. presentó una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid contra el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea por un abuso de posición dominante tipificado por el Art. 6 de la Ley 16/89, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

La denuncia tiene por objeto la decisión tomada el 2 de noviembre de 2004 por AENA sobre asignación de espacios en el aeropuerto de Madrid – Barajas. Como consecuencia de la próxima entrada en servicio de la nueva Terminal 4 del Aeropuerto (T4), dice la denuncia, AENA ha efectuado una reubicación de las compañías aéreas que operan en el aeropuerto, que cuenta a más de la T-4 con tres terminales anteriores. Estas son utilizadas por todas las compañías, siendo el criterio de reparto el destino de los vuelos, de manera que cada Terminal se utiliza para un tipo de vuelos diferente (vuelos internacionales a países que no forman parte del acuerdo Schengen, en la T1; vuelos nacionales e internacionales a países que sí forman parte del acuerdo, en la T2; puente aéreo Madrid/Barcelona y vuelos regionales, en la T3).

En una primera decisión (30 de junio de 2003) AENA prosigue la denuncia, decidió que la T4 sería utilizada de manera compartida por SPANAIR e

La presente fotocopia  
 concuerda fielmente con  
 el original.



IBERIA ( y sus asociadas); en la segunda decisión, que es objetivo de la denuncia, AENA la asigna en exclusiva a IBERIA, debiendo SPANAIR operar desde la T1.

La denuncia describe las diferencias entre la T1 y la T4, diferencias que se refieren al diseño, equipamiento y localización y que se traducen en que la T4 ofrece más ventajas sustanciales a quienes operan en ella, ventajas que colocan en una situación de inferioridad competitiva a quienes no pueden utilizarla. La denuncia detalla las desventajas, frente a las compañías competidoras y explica su alcance. A continuación razona por qué la conducta de AENA constituye un abuso del Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y termina afirmando la competencia de la CAM para conocer de ella (de su servicio para tramitarla y de la sala de su Tribunal para resolverla). Pide, además, como medida cautelar, que se permita a SPANAIR utilizar la T4 junto con las compañías asignadas, porque a la vista del tráfico actual hay sitio para todas y no se obstaculizará la ocupación por las demás de las instalaciones que tienen atribuidas.

1.2.- El 8 de Noviembre de 2005 la CAM notifica la denuncia al Servicio de Defensa de la Competencia de la Administración del Estado (AE) manifestando que la CAM es competente para tramitarla. El 22 de noviembre de 2005, la AE afirma su propia competencia. El 25 de noviembre de 2005 la CAM mantiene la suya y pide la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos. El 30 de noviembre del 2005 el Presidente de la Junta solicita que se aporten los antecedentes y la fundamentación de la decisión de cada una de las Administraciones en conflicto y la designación de vocales representantes en la Junta; una vez cumplimentada la petición, convoca a sesión para la constitución de la Junta, que tiene lugar el 23 de Diciembre del 2005. En ella se acuerda que el Presidente presente un Proyecto de Informe a la próxima sesión de la Junta en base a los escritos en que las dos Administraciones han expuesto su posición y teniendo en cuenta la deliberación habida

El Presidente somete a la consideración de la Junta , en su sesión del día 23 de Diciembre de 2005 , el presente Proyecto de Informe.

La presente fotocopia  
concuere fielmente con  
el original.



## 2. Objeto del Informe:

El objeto del Informe es opinar, razonadamente, a quien debe corresponder la competencia para conocer de la denuncia descrita en el punto 1.1

Los hechos a tener en cuenta para tomar la decisión son los relatados en la denuncia misma, así como otros posibles datos que sean de experiencia común o aportados por los miembros de la Junta siempre que puedan legalmente hacerlo. Los hechos recogidos en el Informe no son hechos probados al no haber sido objeto de contradicción y prueba; será la Administración que tramite el procedimiento a quien corresponde hacerlo, así como será también de su incumbencia calificar la conducta denunciada y cuantas otras cuestiones puedan suscitarse, como, por ejemplo, la trascendencia que pueda presentar para el procedimiento de competencia la sentencia del proceso contencioso-administrativo pendiente, según se informa en la denuncia, iniciado por el denunciante contra la denunciada, por el mismo acuerdo de AENA.

## 3. Informe:

3.1. En las deliberaciones tenidas en el seno de la Junta se ha puesto de relieve la existencia de dos líneas de razonamiento que conducen a dos conclusiones distintas sobre a quien corresponde la competencia para conocer de la denuncia en cuestión. A continuación se exponen, muy esquemáticamente, los puntos esenciales de una y otra postura.

3.2. Para la CAM, la delimitación de las competencias entre el Estado y la Comunidad de Madrid, "debe resolverse a la luz del bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Madrid, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal

La presente fotocopia  
concuere fielmente con  
el original.



de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, así como las SSTC 208/1999 y 104/2003.

De acuerdo con el bloque de constitucionalidad debe ser el mercado relevante afectado por la conducta denunciada, el que determine la competencia de la Comunidad Autónoma *versus* Estado.

El mercado relevante afectado por la conducta denunciada es el de los servicios de gestión del aeropuerto prestados a los usuarios del aeropuerto que llevan a cabo servicios de transporte aéreo y de ningún modo el de transporte aéreo de pasajeros y mercancías.

En relación con los servicios que se prestan en un determinado aeropuerto, el mercado geográfico a considerar se limita al aeropuerto en cuestión”.

A continuación la CAM contesta a los razonamientos de la AE, -del modo que se examina más adelante- para concluir que la competencia para conocer de la denuncia corresponde a la CAM.

3.3. Según la AE hay que partir, para resolver el conflicto, de los puntos de conexión establecidos al efecto por la Ley 1/2002. La premisa es que el conflicto sea posible, lo que sucede sólo si la CAM puede tener competencias para conocer de la denuncia, ya que no todas las competencias de ejecución de las normas de competencia corresponden a las Comunidades Autónomas. El Estado ha retenido algunas de ellas (Art. 1.5 de la Ley 1/2002) entre la que se encuentra la de ejecución de los Arts. 81.1 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado (Art. 1.5.d.). La aplicación del derecho comunitario no impide que sea también aplicado el derecho nacional (en este caso sería el Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia) artículo sobre el que sí tendría la CAM competencia ejecutiva, si no fuera de aplicación el Art. 82. Pero como la competencia ejecutiva que respecto del derecho comunitario tiene el Estado atrae la que podría corresponder a una Comunidad Autónoma respecto del precepto equivalente o correspondiente del derecho nacional, sería el Estado el titular exclusivo de ambas competencias ejecutivas. El conflicto planteado quedaría resuelto si el Art. 82 fuera aplicable a la conducta denunciada. La AE desarrolla una muy extensa

La presente fotocopia  
concorda fielmente con  
el original.



argumentación basada en el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal de Justicia sobre casos similares llegando a la conclusión de que se dan en el caso en examen los dos requisitos que exige el supuesto de hecho que determina la aplicación el Art. 82: que la conducta pueda afectar al comercio entre los estados miembros y que la posición dominante lo sea en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Al resultar aplicable el Art. 82, la competencia para conocer de la denuncia corresponde a la AE.

3.4. La CAM no admite que sea aplicable el Art. 82 ni, aunque lo fuera, que la competencia ejecutiva corresponda exclusivamente al Estado. Acepta que el hecho denunciado pueda afectar al comercio entre estados miembros pero no que cumpla el segundo requisito que exige el Art. 82: ser parte sustancial del mercado común. “El abuso de posición de dominio tiene lugar en el mercado de servicios de gestión del aeropuerto prestados a los usuarios del aeropuerto que llevan a cabo servicios de transporte aéreo, cuya dimensión geográfica es la del aeropuerto de Madrid-Barajas. Dicho mercado considerado *per se* no es parte sustancial del mercado común, es posible que incida en mercados vecinos como sostiene el Servicio de Defensa, pero este mercado no alcanza dicha entidad, pues no afecta directamente a ninguna parte sustancial del espacio comunitario, sin perjuicio que los operadores del mercado tengan dimensión internacional. La mayoría de los argumentos esgrimidos por el Servicio se refieren al aeropuerto como parte sustancial del mercado común en tanto que afecta al transporte, pero no al mercado de gestión de servicios, a lo sumo a propósito de este mercado concurre el primer requisito el de que afecte al comercio entre Estados, pero la dimensión geográfica resultante de la falta de competencia de otros gestores aeroportuarios excluye el que este mercado sea parte sustancial del mercado común. Por lo expuesto no concurre el segundo de los requisitos”.

Tampoco acepta la CAM que la competencia de ejecución del Art. 82 corresponda en exclusiva al Estado. Subsidiariamente, dice, “de resultar aplicable el

La presente fotocopia  
concuerda fielmente con  
el original.



artículo 82 del Tratado, el Art. 1.5. de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, señala que corresponderá en todo caso al Estado la aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el Art. 25 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Si bien el artículo 25 en la actual redacción atribuye al Tribunal determinadas competencias, pero **no** lo hace de manera **exclusiva**, sino con pleno respeto a la competencia de las Comunidades Autónomas. Esta interpretación de pleno respeto a las Comunidades Autónomas trae causa de la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2003”.

3.5. Subsidiariamente entiende la AE que si se descartara la aplicación del Art. 82 habrá de acudir al punto de conexión del Art. 1.1., que atribuye la competencia al Estado cuando la conducta altere, o pueda alterar, la competencia, en un ámbito supraautonómico. Esto es lo que ocurre en el caso denunciado, dado que la prohibición que se impone a la denunciante de utilizar la nueva Terminal 4 del aeropuerto de Madrid-Barajas la coloca en una situación de desventaja en el mercado del transporte aéreo a/ desde Barajas, mercado en el que compite con otras compañías que sí utilizan la terminal; y que es un mercado cuya dimensión territorial es notablemente superior al territorio de la CAM. No es necesario por ello, concluye la AE, acudir a los dos puntos de conexión siguientes que se contienen en el Art. 1.2. letras a y b, que permiten resolver el conflicto de competencias a favor del Estado aún cuando los efectos de la conducta anticompetitiva se agoten en el territorio de una Comunidad Autónoma.

3.6. La CAM no admite la interpretación del Art. 1.1. que efectúa la AE: “Y llegado a este punto retomamos lo expuesto en ordinales anteriores, en los que veníamos a sostener que: **El mercado relevante afectado por la conducta denunciada, es el que determine la competencia de la Comunidad Autónoma vs. Estado.** Y como se razonó el mercado relevante afectado es el del Aeropuerto de Madrid-Barajas.

La presente fotocopia  
reproduce fielmente con  
el original.



Lo que no podemos compartir, como se sostiene por el Servicio es que: *“los efectos se agoten exclusivamente en el territorio de la Comunidad correspondiente”*, y no lo compartimos no sólo por que no encuentra apoyo en el bloque de constitucionalidad, sino por que en el ámbito del comercio no existen conforme a las teorías económicas ninguna conducta neutra, por lo que sería imposible encontrar conductas que se agoten exclusivamente en un territorio determinado.

De admitir, lo que no hacemos, que la AE tuviera competencia para conocer de la denuncia formulada por SPANAIR, S.A. por el sólo hecho del impacto de una conducta no en el mercado afectado sino en mercados concatenados, no existiría seguridad alguna de dónde poner el límite, abundando en este riesgo, el decidir quién pone el límite a la propagación de efectos”.

En suma “la doctrina de los efectos de la conducta ha de atender al mercado relevante afectado por la conducta denunciada, que es el que determina la competencia de la Comunidad Autónoma vs. Estado. Sin que se pueda exigir el agotamiento de sus efectos en dicho mercado”.

3.7. Expuestas las posturas manifestadas en el seno de la Junta, sería procedente comenzar el informe afirmando que reconocida la competencia ejecutiva del Tribunal de Defensa de la Competencia de la CAM respecto de las conductas de los Art. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como la existencia de un conflicto de competencias con la AE, debe acudir para resolverlo a los puntos de conexión establecidos por la ley que específicamente tiene el cometido de procurarles solución, esto es, la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. El bloque de constitucionalidad puede servir para fundar una posible anticonstitucionalidad de la Ley 1/2002 –cuyo examen no es cometido de la Junta- y servir de guía en su interpretación; pero para informar sobre la solución del conflicto deberá acudir directamente a sus preceptos.

En la utilización del primero de ellos –la aplicación del Art. 82- ha habido discrepancias sobre si en el caso en cuestión se da el segundo de los requisitos que el



Art. 82 exige para ser aplicable, es decir, si el mercado geográfico relevante constituye, o no, una parte sustancial del mercado común. A efectos del informe parece preferible dejar esta cuestión imprejuizada y soslayar la discusión sobre la aplicabilidad del Art. 82 para pasar a examinar el siguiente punto de conexión. O, mejor, el primero que realmente tiene esta naturaleza. Porque los puntos de conexión son las circunstancias que determinan cual de entre dos normas o competencias que pretenden tener aplicación a un mismo caso es la que debe prevalecer excluyendo a las demás. El supuesto de hecho establecido en el Art. 82, sobre el que se discute, no es un punto de conexión que resuelva conflictos de competencia, ni siquiera conflictos de normas, porque el derecho comunitario no está en una relación de alternatividad excluyente con el derecho nacional: ambos pueden aplicarse conjuntamente y uno no excluye al otro. La solución del conflicto de competencias que puede derivarse de la aplicación del Art. 82 es un mero efecto reflejo que puede evitar el conflicto si se concluye que la norma es aplicable y se acepta la competencia exclusiva para aplicarlo de la AE; pero que no resuelve el conflicto si no es aplicable.

3.8. El Art. 1.1. atribuye al Estado la competencia sobre las conductas que alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito supraautonómico; se completa o reitera por el Art. 1.3. que formula la misma regla desde el punto de vista de las Comunidades Autónomas: las corresponderá la competencia sobre las conductas que, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma, alteren o puedan alterar la competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

Para interpretar el alcance de este punto de conexión hay que tener en cuenta que la “alteración de la competencia” en un mercado es un hecho que, en sí mismo, no tiene coloración jurídica. Será lícito o ilícito según la causa que lo haya producido. Si esta es ilícita según las normas de competencia, se podrá intervenir para restablecer la situación anterior; si el hecho que produce la alteración es lícito, no hay intervención posible y la nueva situación debe ser soportada por el mercado y sus operadores (a no ser que la anulación del hecho causante se consiga por otra vía, como, al parecer pretendía SPANAIR al iniciar el contencioso).

La presente fotocopia  
concuerd<sup>a</sup> fielmente con  
el original.





La calificación jurídica del hecho causante de la perturbación de la competencia en un mercado, corresponde a la autoridad llamada a defender la competencia en ese mercado; cuando los efectos se producen en un territorio más extenso que el de una única autoridad, en este caso que en el de una Comunidad Autónoma, hay que elegir entre la autoridad que defiende la competencia en el territorio más amplio y la que la defiende en el suyo, más limitado. El artículo 1.1. ha optado por la AE porque no parece lógico que una autoridad tome decisiones que afecten a un mercado cuya tutela no le pertenece.

Si el rebasamiento del territorio autonómico supone pérdida de la competencia autonómica, la cuestión está en decidir si el efecto corresponde a la causa alegada y si, existiendo una relación de causalidad eficiente, basta cualquier efecto o debe exigirse que cumpla con algún otro requisito. La CAM ha insistido en que dada la interconexión de las relaciones económicas y la unidad que -de hecho-, existe en el mercado nacional, la aplicación estricta de la extraterritorialidad de los efectos podría dejar en nada la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas. En el derecho comparado se suelen calificar los efectos exigiendo que sean sensibles, apreciables, o de alguna entidad: el artículo 1.1. no lo ha hecho, ni tampoco ha precisado cómo debe entenderse la relación de causalidad. La omisión parece deliberada: al regular el informe que debe pedirse a la Comunidad Autónoma que ha perdido su competencia el Art. 5 lo supedita a que la conducta incida “de forma significativa” en el territorio autonómico. Y, por otra parte, la omisión de la calificación del efecto resulta acorde con el espíritu de la ley, que no dispensa un tratamiento paritario a la AE y a las de las CCAA. La Ley coloca a la primera en una situación de cuasi supremacía. Así, reconoce competencias ejecutivas a las CCAA, pero no todas, reservando en exclusiva al Estado las correspondientes a determinadas materias (Art. 1.5). El deber de notificación de las denuncias es distinto para el Estado y las Comunidades (nota sucinta y copia de la denuncia: Art. 5.2). En caso de conflicto, además del criterio de la territorialidad dispone, si la conducta anticompetitiva agota sus efectos en el territorio autonómico, que la AE puede asumir la competencia si la supuesta infracción es grave, gravedad que el Art. 1.1.a. invita a determinar con los mismos criterios que la Ley de Defensa de la Competencia dispone



en general para calificar la gravedad de la infracción (Art. 10.2). Si no hay efectos extraterritoriales y la supuesta infracción no es grave, la AE puede recabar la competencia invocando una serie de derechos o principios constitucionales que se enumeran en el Art. 1.2.b. Por último, los criterios enumerados no son taxativos: la AE, puede alegar “otras causas” (Art. 1.2.c). Si, además, se tiene en cuenta el carácter genérico e indeterminado de los criterios, puede concluirse que el ejercicio de la competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas queda al criterio de la AE, quien, si permite el ejercicio de la competencia autonómica, tiene sobre él un poder de vigilancia o tutela, pudiendo comparecer como interesada en el procedimiento autonómico y recurrir los acuerdos que en él se vayan produciendo (Art. 5.3).

No es competencia de la Junta valorar la constitucionalidad de la Ley. Su misión es, opinar si el ejercicio que ha hecho la AE del poder que la ley le concede al reclamar -o sostener- su competencia para conocer de una conducta que podría corresponder a una Comunidad Autónoma está o no justificado. Porque el ejercicio del poder no puede ser abusivo o arbitrario. Tiene razón la CAM cuando se opone a una interpretación literal del Art. 1.1. El intérprete debe corregir su automatismo, exigiendo una causalidad adecuada entre el hecho causante y la producción del efecto perturbador en el mercado extraautonómico, así como una valoración de su importancia.

Volviendo al caso en examen se trataría de decidir si la AE ha hecho un uso justificado o razonable de su poder al reclamar el conocimiento de la denuncia de SPANAIR. El examen pertenece en gran medida al campo de lo económico y suele exigir un estudio que requiere medios y tiempo. La Junta no los tiene. Dispone de 15 días para emitir el informe y, como ayuda externa, la Ley únicamente prevé (Art. 3.1) la petición de informe al órgano autonómico (cuyos representantes están ya en la Junta) y del Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano colegiado que exigirá tiempo para emitirlo. Como la petición de informe no interrumpe el plazo de 15 días es inútil pedirlo. La Junta no cuenta más que con los datos que sobre la cuestión contenga la denuncia y con los que puedan aportar sus miembros.

La presente fotocopia  
concuere fielmente con  
el original.



Con estos materiales de base puede afirmarse que los efectos que produce la exclusión del denunciante de la utilización de la Terminal 4 del Aeropuerto de Barajas no se agotan en el Aeropuerto mismo sino que son susceptibles de afectar a la situación competitiva de SPANAIR en el mercado de los servicios de transporte aéreo, mercado que tiene una dimensión probablemente mundial -al parecer la Terminal 4 es especialmente apta para los vuelos con conexiones intercontinentales-; y que el mercado de los servicios de transporte aéreo tiene entidad suficiente para que su tutela, y por tanto el conocimiento de los hechos que son susceptibles de alterar la competencia en el mismo, quede en manos de la AE.

Resultando, en suma, que la AE ha hecho una utilización razonable de su poder al reclamar la competencia para conocer de la demanda de SPANAIR, procede proponer que el informe de la Junta concluya afirmando

#### 4. Conclusión

Que la competencia para conocer de la denuncia corresponde a la AE.

Madrid, 23 de Diciembre de 2005

EL PRESIDENTE,

Felipe Bermejo Zoffo

La presente fotocopia  
concorda fielmente con  
el original.