

RESOLUCIÓ Expedient 20/2010 (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP,
SL / AENA)

President

Arseni GIBERT BOSCH

Vocal

Anna MATAS PRAT

Josep Oriol LLEBOT MAJO

Secretari

Francesc BERNAL DEALBERT

Barcelona, 7 de juny de 2011

El Tribunal Català de Defensa de la Competència de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, el TCDC de l'ACCO), amb la composició expressada al marge i el vocal Sr. Josep Oriol LLEBOT MAJÓ com a ponent, ha adoptat aquesta resolució en l'expedient 20/2010 (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, SL / AENA), l'origen del qual es troba en la denúncia presentada per BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, SL, societat que utilitza el nom comercial APARCAIVOLA (en endavant, APARCAIVOLA), en la qual s'imputa a AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (en endavant, AENA) la realització de conductes

prohibides per l'apartat *d)* de l'article 1.1 i pels apartats *a)*, *b)*, *c)* i *d)* de l'article 2.2 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en endavant, LDC).

ANTECEDENTS DE FET

1. El 29 de desembre de 2009 es va presentar davant de l'ACCO la denúncia formulada per APARCAIVOLA per la realització, per part d'AENA, de conductes prohibides per l'apartat *d)* de l'article 1.1 i pels apartats *a)*, *b)*, *c)* i *d)* de l'article 2.2 de la LDC i consistents en el fet que, mentre que els autobusos llançadora de l'aparcament per a estades llargues explotat per CINTRA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE, SA (en endavant, CINTRA), societat adjudicatària de l'explotació d'aquest aparcament a l'aeroport de Barcelona, poden accedir a les terminals de l'aeroport de Barcelona pel carril reservat als autobusos i taxis de servei públic i la parada es produeix sense cap límit de temps, per contra, els vehicles utilitzats per APARCAIVOLA per transportar els seus clients no poden utilitzar aquest carril i es veuen obligats a utilitzar el carril per a ús de particulars, que només permet una parada màxima de dos minuts, amb l'inconvenient que això genera per a l'encotxament i el desencotxament dels clients i les seves maletes, i també en el fet que CINTRA, en virtut de la relació contractual que l'uneix a AENA, aplica unes tarifes per aparcament d'estades llargues molt inferiors a les legalment establertes, fet que impedeix a APARCAIVOLA competir en igualtat d'oportunitats.

2. En compliment de la Llei 1/2002, de 21 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitat autònomes en matèria de defensa de la competència (en endavant, LCC), la directora general de l'ACCO (en endavant, DG) va remetre ofici a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en endavant, CNC) per determinar la competència de l'ACCO per conèixer l'assumpte de referència, competència que va ser reconeguda per la CNC mitjançant ofici de 25 de gener de 2010.

3. En data 22 de març de 2010, la DG va dictar acord d'admissió a tràmit de la denúncia i d'incoació de l'expedient sancionador núm. 20/2010, i el 23 de març es van dictar provisions de requeriment d'informació adreçades a AENA, APARCAIVOLA i EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, SA (en endavant, EMPARK), que van ser notificades efectivament el dia 25 de març de 2010. Els requeriments d'informació van ser contestats el 30 de març de 2010 per EMPARK, el 9 d'abril de 2010 per APARCAIVOLA i el 15 d'abril de 2010 per AENA.

4. Posteriorment, el dia 11 de maig de 2010 es va dictar provisió de reiteració de requeriment d'informació adreçada a AENA, que va ser notificada efectivament el 14 de maig i contestada el 27 de maig, i provisió de nou requeriment d'informació adreçat a APARCAIVOLA el dia 13 de setembre de 2010, que va ser notificada efectivament el 17 de setembre i contestada el 27 de setembre. Igualment, en data 9 de juny de 2010, els instructors de l'expedient van visitar les instal·lacions de l'aeroport de Barcelona per poder comprovar *in situ* alguns dels fets

denunciats, així com altra informació d'especial rellevància per a la valoració posterior dels fets.

5. En data 16 de juliol de 2010, la DG va dictar el Plec de concreció de fets (en endavant, PCF), que va ser notificat efectivament a APARCAIVOLA el dia 20 de juliol i el dia 21 de juliol a AENA i EMPARK, per tal que, en el termini de quinze dies, presentessin al·legacions i proposessin prova en el cas de considerar-ho pertinent, i així ho van fer APARCAIVOLA el dia 30 de juliol i AENA el 12 d'agost.

6. Finalment, el dia 10 de gener de 2011 la DG va elevar al TCDC de l'ACCO l'expedient complet, juntament amb l'informe amb la proposta de resolució finalitzat el 22 de novembre de 2010, així com les al·legacions a aquesta proposta presentades per APARCAIVOLA el 16 de desembre de 2010 i per AENA el 29 de desembre de 2010. En aquesta proposta la DG proposa al TCDC de l'ACCO:

Primer. Que declari l'existència d'una infracció de l'article 2 de la LDC, concretada en l'abús de posició dominant excloent, per denegació de subministrament per part d'AENA a APARCAIVOLA fins al 9 de juny de 2010 i per un tractament discriminatori de l'empresa denunciant en relació amb EMPARK a partir del 9 de juny de 2010 sense, aparentment, cap justificació objectiva i raonable. En concret, AENA ha infringit els apartats 2.2.c): "la negativa injustificada a satisfer les demandes de compra de productes o de prestació de serveis" i 2.2.d): "l'aplicació, en les relacions comercials o de serveis, de condicions desiguals per a prestacions equivalents, que

col·loqui uns competidors en situació desavantatjosa davant d'altres".

Segon. Que consideri responsable de la infracció l'entitat pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).

Tercer. Que, de conformitat amb allò que estableix l'article 62.4, apartat b), de la LDC, es consideri aquesta infracció com a molt greu, ja que AENA té una posició clara de domini en el mercat d'explotació d'aparcaments a l'aeroport de Barcelona i la seva àrea circumdant, amb una quota de mercat pròxima al monopoli, i que els aparcaments explotats directament o indirecta per AENA gaudeixen de drets exclusius dins del domini públic aeroportuari.

Quart. Que s'intimi AENA, d'ara endavant i a causa de l'elevada probabilitat que noves empreses comencin a oferir el servei d'aparcament per a estades llargues des de fora del domini públic aeroportuari, a abstenir-se de realitzar pràctiques similars.

Cinquè. Que imposi, si escau, la sanció corresponent.

Sisè. Que adopti, si escau, qualsevol altra de les mesures previstes en l'article 53.2 de la LDC.

7. Són parts interessades en aquest expedient: APARCAIVOLA, en qualitat de denunciador, AENA, com a entitat denunciada, i EMPARK, únicament, com a part interessada.

8. Els fets denunciats en l'escrit de la denúncia presentada per APARCAIVOLA i els fets que consten acreditats en l'informe de proposta de resolució de la DG, són els que, de manera sumària, es descriuen a continuació:

8.1. APARCAIVOLA (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, SL) es una societat l'objecte social de la qual està constituït per les activitats d'“aparcament, lloguer i rentat de tota classe de vehicles”. L'aparcament i el rentat de vehicles amb destí a l'aeroport de Barcelona es desenvolupen sota el nom comercial d'APARCAIVOLA. Les instal·lacions d'APARCAIVOLA es troben a poc més d'1 km de la zona aeroportuària, en concret, a la carretera de Ca l'Alaio, núm. 5, dins el polígon industrial Ca l'Alaio d'El Prat de Llobregat, i s'hi accedeix per la C-31, l'autovia de Castelldefels. APARCAIVOLA proporciona als usuaris de l'aeroport de Barcelona un servei d'aparcament indicat especialment per a estades llargues que es va posar en funcionament el mes de gener de 2009. Com que les instal·lacions d'APARCAIVOLA estan situades fora del recinte aeroportuari, l'empresa ofereix un servei de trasllat immediat a / des de l'aeroport amb furgonetes pròpies que tenen una capacitat de 8 viatgers cadascuna. Segons les dades aportades per la denunciant, l'aparcament d'APARCAIVOLA consta de tres plantes i una superfície d'11.188,59 m², i té un total de 454 places d'aparcament, de les quals, 322 són cobertes. Aquestes instal·lacions estan vigilades les 24 hores del dia, els 365 dies de l'any, pel personal de seguretat i un circuit tancat de TV.

AENA (AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA) és una entitat pública empresarial creada en virtut de l'article 82 de la Llei 4/1990, de 29 de juny, de pressupostos generals de l'Estat, que es regeix per aquest article i per les disposicions que el desenvolupen, així com pel seu estatut, aprovat pel Reial decret 905/1991, de 14 de juny. Segons l'article 4 del seu estatut, AENA té personalitat jurídica pròpia i independent de la de l'Estat, plena capacitat jurídica, pública i privada, i patrimoni propi. Així mateix, AENA assumeix la seva gestió amb autonomia d'actuació, que serà tant àmplia com permeti l'interès públic, la satisfacció de les necessitats socials i la seguretat dels usuaris. La missió d'AENA consisteix, d'acord amb el que estableix l'article 1.1 del seu estatut, a "contribuir al desenvolupament del transport aeri a Espanya i garantir el trànsit aeri amb seguretat, fluïdesa, eficàcia i economia, per oferir una qualitat de servei concordant amb la demanda de clients i usuaris, en el marc de la política general de transports del Govern, sense perjudici de les competències que, en activitats relacionades amb l'exercici de funcions sobiranes, puguin correspondre a altres departaments ministerials". El seu objecte és, d'acord amb el que estableix l'article 1.2 del seu estatut, "la gestió dels aeroports civils d'interès general i de les instal·lacions i xarxes d'ajut a la navegació aèria. Addicionalment, pot realitzar activitats annexes o complementàries que li permetin rendibilitzar les inversions efectuades".

Pel que fa a les funcions en matèria d'aeroports establertes en l'article 11.3 del seu estatut, AENA exercirà l'ordenació, la direcció, la coordinació, l'explotació, i la gestió i administració dels aeroports públics de caràcter civil i dels seus serveis, així com l'elaboració i l'aprovació de projectes, l'execució, la direcció i el control de les inversions en infraestructures aeroportuàries, i l'explotació i la conservació de les instal·lacions dels aeroports. Pel que fa al règim patrimonial, AENA té un patrimoni propi format pel conjunt de béns, drets i obligacions de la seva titularitat. Entre les facultats que reconeix l'article 37 del seu estatut, correspon a AENA l'exercici de les facultats públiques en matèria de concessions i autoritzacions sobre el domini públic aeroportuari. En aquesta mateixa línia es pronuncia l'article 156 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, que estableix que correspon a AENA l'atorgament de les concessions i autoritzacions del domini públic aeroportuari per al desenvolupament d'activitats industrials, comercials o de servei públic relacionades directament o indirecta amb la seva missió i el seu objecte.

L'article 31.4 del seu estatut estableix que, en aquells casos que resulti compatible amb la naturalesa d'un determinat servei, la seva gestió i explotació podran encomanar-se a societats anònimes (en el capital social de les quals podrà participar el mateix ens públic) i, segons determinen els apartats ñ) i v) de l'article 18 de l'estatut, corresponen al Consell d'Administració, entre altres, les competències d'aprovar les regles generals de contractació i els límits econòmics en la capacitat d'aprovació i signatura de contractes

del director general de l'ens públic, dels directors de les unitats d'AENA, dels directors dels aeroports, dels directors regionals de navegació aèria i de la resta de personal directiu que així ho requereixi, i d'atorgar les concessions i autoritzacions per a la utilització del domini públic aeroportuari.

En relació amb el funcionament i l'ordenació dels aeroports d'interès general d'AENA, l'article 166 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, estableix la necessitat que cada aeroport i la seva zona de servei estiguin ordenats mitjançant un instrument de planificació de naturalesa estrictament aeroportuària i no urbanística –pla director– que permeti donar resposta als problemes derivats de la complexitat de les infraestructures aeroportuàries i del creixent desenvolupament del tràfic i el transport aeri. Addicionalment, el pla director de cada aeroport té la funció de delimitació de la zona de servei dels aeroports d'interès general, amb la inclusió dels espais de reserva que garanteixin el desenvolupament i l'expansió de l'aeroport, així com la determinació de les activitats aeroportuàries o complementàries que cal desenvolupar a les diferents àrees compreses dins del recinte de l'aeroport i la seva zona de servei. Aquest article ha estat desenvolupat pel Reial decret 2591/1998, de 4 de desembre, sobre l'ordenació dels aeroports d'interès general i la seva zona de servei, que té per objecte determinar els objectius, el contingut i les normes per a l'aprovació dels plans directors dels aeroports d'interès general, de manera que s'asseguri el desenvolupament de l'aeroport, la seva eficaç integració en el

territori i la coordinació amb les actuacions de les administracions públiques que ostentin competències en matèria d'ordenació del territori i urbanisme. En particular, l'article 2 d'aquest reial decret estableix que cada aeroport d'interès general tindrà el seu pla director, que definirà les grans directrius d'ordenació i desenvolupament de l'aeroport fins a aconseguir la seva expansió previsible màxima i delimitarà la seva zona de servei. L'apartat segon d'aquest mateix article estableix que el pla director podrà incloure dins de la zona de servei dels aeroports d'interès general, a més de les activitats aeroportuàries, el desenvolupament d'altres activitats complementàries, comercials i industrials, sempre que la seva localització a l'aeroport estigui justificada i sigui convenient per la seva relació amb el tràfic aeroportuari, per la naturalesa dels seus serveis als usuaris de l'aeroport o pel volum del tràfic aeri que generen.

La denominació social d'EMPARK era la de CINTRA APARCAMIENTOS, SA, societat filial de CINTRA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE, SA, que, al seu torn, formava part de FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS, SA. Recentment, CINTRA APARCAMIENTOS, SA va ser adquirida per la societat portuguesa ASSIP-SGPS, SA, segons consta en la resolució de l'expedient C-0162/09 (ASSIP/CINTRA), de la CNC, i l'operació es va tancar el 27 de juliol de 2009. Posteriorment, la junta general extraordinària de CINTRA APARCAMIENTOS, SA, celebrada el 10 de setembre de 2009, va acordar modificar la denominació de la societat per la d'EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, SA. Aquesta adquisició ha suposat

la integració de CINTRA APARCAMIENTOS, SA a EMPARQUE - EMPREENDIMENTOS E EXPLORAÇÃO DE PARQUEAMENTOS, SA, filial del *holding* ASSIP. L'objecte social d'EMPARK és la prestació de serveis de control, immobilització i retirada de vehicles en aparcaments, tant en les vies públiques com en aparcaments públics o privats sobre i sota rasant. Pel que fa a l'aparcament per a estades llargues que EMPARK gestiona a l'aeroport de Barcelona, té una superfície de 22.500 m², amb dues vies d'entrada i dues vies de sortida, 995 places i un servei de microbusos, inclòs en el preu de l'estacionament, per al trasllat de passatgers entre l'aparcament i les àrees de sortides i arribades de la terminal T1 i els blocs A, B, i C de la terminal T2. Aquests microbusos tenen una capacitat per a 30 persones i operen ininterrompudament de 7 del matí a 12 de la nit, amb una freqüència estimada de 10 minuts per a passatgers de la terminal T1 i de 12 minuts per als de la terminal T2.

8.2. La *Guia de tarifes* d'AENA de l'any 2010 (v. http://www.aena.es/csee/ccurl/232/467/Guia_Tarifas_2010_julio_E_S.pdf), en la secció 2, detalla els drets d'ús d'instal·lacions i serveis aeroportuaris i, en particular, descriu la tarifa B.2 per a aparcaments de vehicles. Tanmateix, aquesta guia d'AENA té únicament un valor informatiu, ja que es limita a recopilar en un mateix document totes les tarifes establertes per llei que s'apliquen en els aeroports espanyols amb l'objectiu de facilitar l'accés a la informació. En concret, les tarifes per aparcament de vehicles estan regulades per la Llei 25/1998, de 13 de juliol, de modificació del règim legal de les taxes estatals i locals i de reordenació de les prestacions

patrimonials de caràcter públic (en endavant, Llei 25/1998), en particular, en els seus articles 4, 7, 9, 9.bis i 9.bis.Dos. L'article 4 de la Llei 25/1998 defineix el fet imposable de la tarifa B.2 com a "la utilització de les zones d'aparcament de vehicles establertes en els aeroports, explotades directament per l'ens públic AENA", i l'article 7 de la mateixa llei determina que els subjectes passius d'aquesta taxa són "aquells que utilitzen les zones d'aparcament." Finalment, l'article 9.bis.Dos estableix la quantia de la tarifa B.2 d'aparcament general d'automòbils i motocicletes segons quina sigui la categoria de l'aeroport i la seva ubicació, independentment de si és peninsular o no. Aquest article es va introduir en virtut de l'article 71 de la Llei 30/2005, de 29 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2006. La quantia d'aquestes tarifes s'ha anat modificant any rere any en virtut de les actualitzacions previstes en les lleis dels pressupostos generals de l'Estat i en les lleis de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, així com de les ordres corresponents del Ministeri de Foment, fins a arribar a les tarifes vigents per als anys 2009 i 2010.

En relació amb l'aparcament per a estades llargues, l'article 9.bis.Dos de la Llei 25/1998 estableix la tarifa B.2.2: "los cuatro primeros días de estacionamiento se liquidarán, cada día, conforme a la cuantía máxima prevista por día para el aparcamiento general, liquidándose a partir del quinto día de estacionamiento conforme al 50% de la cuantía máxima por día establecida para el aparcamiento general a partir del quinto día". És a dir, que els aparcaments per a estades llargues han d'aplicar les tarifes vigents per als anys 2009 i

2010, però amb la diferència que, a partir del cinquè dia, han de fer un descompte del 50%. Per exemple, un aparcament per a estades llargues situat en un aeroport de categoria A peninsular establirà, a partir del cinquè dia, una tarifa diària de 7,20 €, en comptes de 14,40 €, i un aparcament d'un aeroport de categoria B peninsular establirà, a partir del cinquè dia, una tarifa diària de 5,725 €, en comptes d'11,45 €.

En canvi, segons el *web* de l'aparcament per a estades llargues de l'aeroport de Barcelona explotat per EMPARK (<http://www.largaestancia.com/barcelona>), consultat per la DG el mes de maig de 2010, les tarifes per dies d'estada en aquest aparcament són les següents: del 1r al 4t, 13,00 € per dia; del 5è al 7è, 10,50 € per dia, i del 8è en endavant, 5,50 € per dia. Aquests preus són exactament els mateixos que s'especifiquen, com a preus mínims autoritzats, en l'Annex I, pàgina 24, del Plec de condicions de l'expedient BCN/062/08, que ha de regir la contractació en règim de concurrència i el règim jurídic de la concessió de l'activitat d'explotació de l'aparcament per a estades llargues a l'aeroport de Barcelona explotat per EMPARK. A partir de la comparació d'aquests preus amb les tarifes que apareixen en la *Guia de tarifes* d'AENA de l'any 2010, que són el valor actualitzat de les taxes establertes per la Llei 25/1998, i tenint en compte que l'aeroport de Barcelona correspon al grup A peninsular, es fa evident que les tarifes aplicades per EMPARK són diferents. En efecte, del 1r al 4t dia hi ha una diferència de 5 € i, per tant, és més barat el preu que ofereix EMPARK (13 €) que la tarifa marcada per la Llei 25/1998 (18 €); del

5è al 7è dia hi ha una diferència de 3,30 €, cosa que fa que la tarifa oficial rebaixada un 50% (7,20 €) sigui inferior al preu fixat per EMPARK (10,50 €), i, del 8è dia en endavant, EMPARK ofereix un preu de 5,50 €, mentre que la tarifa oficial continuaria essent de 7,20 €, és a dir, 1,70 € més cara. Addicionalment, EMPARK ofereix descomptes en els abonaments mensuals i trimestrals, així com preus especials per a empreses i, específicament, per a operadors turístics. El preu de l'abonament mensual és de 152,60 €, fet que implica un preu mitjà per dia de 5,08 €, mentre que l'abonament trimestral costa 366,20 €, que suposa un preu mitjà diari de 4,07 €. En resum, s'ha pogut acreditar que l'aparcament per a estades llargues de l'aeroport de Barcelona gestionat per l'empresa EMPARK no aplica les tarifes de la *Guia de tarifes* d'AENA de l'any 2010, que són el valor actualitzat de les taxes de la Llei 25/1998, sinó que aplica els preus autoritzats en el seu plec de condicions.

8.3. L'aeroport de Barcelona disposa de gairebé 24.000 places d'estacionament, de les quals, unes 10.900 es troben en els aparcaments que donen servei a la T1 i les altres 11.900, en els de la T2. La T1 disposa de dos edificis d'aparcaments connectats a la terminal mitjançant una passarel·la (9.298 places), cadascun dels quals es divideix en tres mòduls (mòduls A, B i C en el primer bloc; mòduls D, E i F en el segon), i a la segona planta d'ambdós edificis hi ha 108 places reservades per a persones amb mobilitat reduïda. Totes aquestes places d'aparcament són explotades directament per AENA, si bé són gestionades, en virtut de la conclusió d'un contracte de gestió, amb data 15 de maig de 2009 i una durada de tres anys

amb dues possibles pròrroques d'un any cadascuna, per una unió temporal d'empreses liderada per SABA APARCAMIENTOS, SA i formada també per GESTIÓ I PROMOCIÓ AEROPORTUÀRIA, SA i ACASERVI, SA. D'altra banda, existeix un aparcament en superfície amb 1.599 places, que també té accés directe a la terminal, l'aparcament per a estades llargues explotat per EMPARK, amb 995 places, situat a dos quilòmetres de la terminal i connectat mitjançant un servei de llançadora, i un pàrquing VIP. La terminal T2 disposa de dos edificis connectats a la T2A i a la T2C mitjançant passarel·la i amb aparcaments en superfície ubicats davant dels blocs A, B i C de la terminal. Totes les zones disposen d'accessos i sortides controlades mitjançant un servei permanent de vigilància i atenció al públic. L'aparcament per a estades llargues de l'aeroport de Barcelona explotat per l'empresa EMPARK està situat dins del recinte aeroportuari, relativament a prop de la terminal T1, i té la senyalització oficial de l'aeroport, mentre que els altres aparcaments privats i, en concret, l'explotat per APARCAIVOLA, es troba situat fora del domini públic aeroportuari.

8.4. El departament d'urbanització i accessos d'AENA és el responsable de l'assignació dels carrils d'accés i els punts de parada del recinte aeroportuari. Aquest procés d'assignació es realitza mitjançant un procediment informal en el qual es pren en consideració el volum de passatgers de cada servei (v. gr., aerobús, llançadora de Renfe, autobusos de línia, taxis, hotels, etc.), però no existeix cap tipus de circular interna ni document oficial que ho reguli. Davant de la falta de documentació oficial sobre aquests

aspectes, la interpretació dels plànols aportats per AENA, i la valoració del sistema d'accessos i punts de parada habilitats per als diferents mitjans de transport que entren i surten del recinte aeroportuari de Barcelona han permès diferenciar entre els carrils d'accés i punts de parada de la T1 i els carrils d'accés i punts de parada de la T2, així com identificar la planta o zona de sortides on s'efectua el desencotxament dels clients i la planta o zona d'arribades on es produeix l'encotxament dels clients de cadascuna de les terminals. Així, en el cas de la T1, el desencotxament es produeix a la planta P30 de sortides i l'encotxament, a la planta P00 d'arribades.

L'accés i el desencotxament a la planta de sortides P30 de la terminal T1 es pot fer pel primer carril, que es troba al costat de la vorera per la qual s'accedeix a la T1 i que està reservat per a busos i taxis. La parada, en aquest cas, s'efectua a l'espai senyalitzat, al costat dret del mateix carril, sense límit de temps, cosa que permet que els clients dels busos, taxis o altres furgonetes baixin i treguin les seves maletes amb tranquil·litat.

També es pot fer pel segon carril, que porta a una zona àmplia d'aparcament per a furgonetes associades a serveis de transport privat complementari, com, per exemple, els dels hotels, i que dóna dret de parada per un temps il·limitat.

Finalment, es pot fer servir el tercer carril, que és el que utilitzen els particulars quan han de desencotxar familiars, amics o altres persones i les seves maletes. La parada s'efectua en un espai senyalitzat, al costat dret, i durant un temps màxim de dos minuts.

L'accés i el desencotxament a la planta d'arribades P00 de la T1 es pot produir pel primer carril, que es troba al costat de la vorera per on efectuen la sortida els passatgers que arriben a Barcelona i està reservat als taxis. Els taxis esperen els seus clients en un graella situada a la dreta d'aquest carril. A l'esquerra del mateix carril, s'aturen els taxis privats que estan aparcats en bateria mentre esperen els seus clients, amb qui, prèviament, han acordat un servei.

També es pot fer pel segon carril, habilitat exclusivament per a la circulació i l'estacionament d'autobusos de diferent tipus com, per exemple, discrecionals, interurbans, metropolitans, d'estada llarga, l'aerobús o el bus trànsit.

Finalment, està el tercer carril que és el que utilitzen els particulars per recollir familiars, amics o altres persones. Tanmateix, en aquest tercer carril no hi ha un punt habilitat per parar durant el temps d'espera, sinó que els vehicles estan obligats a entrar a l'aparcament de rotació. Ara bé, a la banda esquerra d'aquest mateix carril, hi ha una zona d'estacionament habilitada perquè els hotels puguin recollir els seus clients (aparcament G). Els passatgers que arriben a Barcelona i volen accedir a aquesta àrea, on els esperen els microbusos dels hotels per portar-los al seu destí final, han d'utilitzar

la passarel·la elevada que comunica la terminal d'arribades amb aquest punt.

En canvi, en el cas de la T2, blocs A, B i C, tant l'encotxament com el desencotxament es produeixen al mateix lloc, en l'únic nivell existent. En aquesta terminal, els carrils d'accés i els llocs de parada per a l'encotxament i el desencotxament coincideixen.

La parada es pot produir pel primer carril, que es troba al costat de la vorera per la qual els passatgers entren i surten dels blocs A, B i C de la Terminal 2 i que està reservat per a autobusos (v. gr., bus trànsit, aerobús, interurbans, discrecionals, etc.) i taxis. Les parades d'aquests mitjans de transport s'efectuen en diferents punts del costat dret d'aquest carril, sense límit de temps.

També es pot fer pel segon carril, que utilitzen els particulars quan han de desencotxar o encotxar familiars, amics o altres persones i les seves maletes. La parada s'efectua en el costat dret del carril durant un temps màxim de dos minuts. Cal afegir que, per aquest mateix carril, accedeixen els microbusos o furgonetes dels hotels que tenen el seu punt de parada en el primer carril, concretament, entre els blocs B i C, on finalitza la separació física entre els carrils.

Finalment, hi ha el tercer carril, utilitzat únicament per determinats mitjans de transport o serveis, com ara autobusos interurbans, empreses concessionàries de lloguer de vehicles, aparcament VIP i taxis privats, entre altres.

Aquesta descripció en relació amb els carrils d'accés i els punts de parada a la T2 es correspon amb la situació de juny de 2010, període en què el bloc A de la T2 està tancat per un procés de reforma. No obstant això, AENA, en la seva resposta al segon requeriment d'informació, especifica que, amb anterioritat a l'inici d'aquestes obres i, en concret, el febrer de 2009, els punts de parada per als hotels se situaven en el primer carril, just al davant dels blocs A, B i C.

En conclusió, tot i que no existeix una normativa interna que reguli qui i com pot fer ús dels carrils d'accés i dels punts de parada habilitats a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona, s'ha pogut acreditar que existeix una senyalització específica i que els mitjans de transport que accedeixen al recinte aeroportuari han de seguir les pautes marcades per AENA.

APARCAIVOLA ha sol·licitat a AENA, en diverses ocasions, disposar d'un lloc de parada per a les seves furgonetes a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona. Segons consta en l'escrit de denúncia, APARCAIVOLA i els responsables del departament de Desenvolupament Comercial de l'aeroport de Barcelona es van reunir a mitjan 2008 per tractar aquest tema. Posteriorment a la data de la reunió, APARCAIVOLA i AENA, a través del departament de Desenvolupament Comercial, han mantingut comunicació via correu electrònic per tractar els temes relacionats amb l'accés a les instal·lacions i els punts de parada de les terminals. AENA va confirmar l'existència de la sol·licitud que havia realitzat

APARCAIVOLA a través de correu electrònic, així com l'intercanvi posterior de missatges, i en cap moment va desmentir l'existència de la reunió de 12 de febrer de 2009, tot i que admet que no en té informació escrita. Segons APARCAIVOLA, no ha estat autoritzada per AENA a utilitzar els carrils d'accés preferents ni els punts de parada habilitats a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona. Tanmateix, AENA ha manifestat que APARCAIVOLA pot ser considerada, en les seves actuacions dins del recinte de l'aeroport de Barcelona, com una empresa de transport privat complementari i, per tant, pot utilitzar les parades habilitades per a aquest tipus de transport de les terminals T1 i T2. APARCAIVOLA també pot acollir-se al Procediment regulador de les empreses no concessionàries de lloguer de vehicles i utilitzar els punts de trobada establerts per a aquesta finalitat tant a la T1 com a la T2. En canvi, APARCAIVOLA afirma que, en la reunió de 12 de febrer de 2009, únicament se'ls va oferir la possibilitat d'utilitzar el punt de trobada situat dins de l'aparcament de rotació de SABA a la T2, contemplat en el Procediment regulador, i que no se'ls va donar cap alternativa de parada a la T1. Finalment, durant la instrucció de l'expedient, en data 9 de juny de 2010, AENA va enviar una carta a APARCAIVOLA, signada pel director de l'aeroport de Barcelona, mitjançant la qual se'ls comunicava per escrit que podien utilitzar també les zones concretes destinades a les empreses de transport privat complementari, es a dir, que a la T1, APARCAIVOLA pot utilitzar la zona habilitada a la planta d'arribades (P00) entre els aparcaments de rotació cobert i en superfície, que és la que utilitzen els microbusos dels hotels o, alternativament, el punt de trobada per a

empreses no concessionàries dins del propi aparcament en superfície. I a la T2, APARCAIVOLA pot utilitzar la mateixa parada que fan servir els transports privats complementaris, situada al primer carril, al final del bloc B i just abans del bloc C, que és el mateix que utilitzen els microbusos dels hotels (transport privat complementari). No obstant això, en aquesta carta no es fa cap referència a la planta de sortides (P30) de la T1, tot i que es pot deduir, de l'equiparació del servei d'APARCAIVOLA amb el de transport privat complementari, que pot utilitzar els punts de parada assignats al microbusos dels hotels situats en el segon carril.

En resum, fins el 9 de juny de 2010, AENA assegura que va comunicar a APARCAIVOLA i la va autoritzar verbalment a utilitzar els mateixos punts de parada que les empreses de transport privat complementari o que les empreses no concessionàries de lloguer de vehicles, mentre que APARCAIVOLA manté que únicament se'ls va oferir la possibilitat d'equiparar-se a aquestes últimes empreses en la reunió celebrada el 12 de febrer de 2009. A causa de la falta de proves, no s'ha pogut constatar la veracitat de les afirmacions. A partir del 9 de juny de 2010, amb l'enviament de la carta signada pel director de l'aeroport de Barcelona a APARCAIVOLA, AENA formalitza per escrit l'equiparació d'APARCAIVOLA, no només amb les empreses no concessionàries de lloguer de vehicles, sinó també amb les empreses de transport privat complementari.

A la T1, els carrils d'accés i els punts de parada habilitats per a EMPARK són els següents; per al desencotxament dels seus clients a la planta de sortides P30 disposa d'un punt de parada al primer carril i, per a l'encotxament, disposa d'un lloc d'estacionament a la planta d'arribades P00, al segon carril. A la T2, tant per a l'encotxament com per al desencotxament dels seus clients, EMPARK disposa d'un punt de parada al primer carril, entre els blocs B i C. AENA expressa que, en virtut de la clàusula 9 de l'apartat "Nivel de calidad percibida" del Plec de condicions de l'expedient BCN/062/08, EMPARK "tiene autorizado a que disponga de una vial P10 para encoche de sus clientes, que es un punto de parada señalado como consecuencia de la relación contractual que se mantiene con este concesionario para velar por parte de AENA con el nivel de calidad que se ofrece a los usuarios, y para poder supervisar por parte de AENA de este nivel de calidad ofrecido".

En resum, es pot acreditar que EMPARK disposa d'uns carrils d'accés i punts de parada preferents a les terminals T1 i T2 que AENA justifica pel fet que EMPARK és una empresa concessionària que ha de complir uns estàndards de qualitat.

En la visita que els instructors van fer a l'aeroport de Barcelona, van observar els punts d'encotxament i desencotxament, tant a la Terminal 1 com a la Terminal 2, de les diverses empreses. Així, van comprovar que per al desencotxament a la T1, EMPARK utilitza el primer carril, d'accés preferent i reservat a BUS/TAXI, i els punts de parada més propers a la terminal, sense limitació de temps. Els

hotels que ofereixen el servei de transport a / des de l'aeroport exclusivament als seus clients (transport privat complementari) utilitzen el segon carril d'accés, així com els punts de parada habilitats en el segon carril, sense limitació de temps. L'empresa no concessionària SIXT, que ofereix el servei de lloguer de vehicles sense conductor, tot i que segons allò que disposa el Procediment regulador al qual es va acollir en data 28 de novembre de 2008, hauria d'utilitzar els punts de trobada habilitats als aparcaments de rotació en superfície, també està utilitzant el segon carril d'accés. Els hotels que ofereixen el servei d'aparcament per a estades llargues utilitzen el segon carril d'accés i els punts de parada habilitats al segon carril, sense limitació de temps. Finalment, APARCAIVOLA utilitza el tercer carril d'accés i els punts de parada del tercer carril, que són els destinats als clients particulars, amb la limitació que el temps de parada no pot superar els dos minuts.

Per a l'encotxament a la T1, EMPARK utilitza un lloc d'estacionament específic ubicat al lateral del segon carril d'accés, a la planta P00 d'arribades, sense limitació de temps. Els hotels que ofereixen el servei de transport des de l'aeroport exclusivament als seus clients (transport privat complementari) utilitzen l'aparcament G, situat entre l'edifici de l'aparcament de rotació i l'aparcament de rotació en superfície. L'empresa no concessionària SIXT, que ofereix el servei de lloguer de vehicles sense conductor, també utilitza l'aparcament G, fet que evidencia que no està fent servir les instal·lacions facilitades per AENA en virtut del Procediment regulador mencionat anteriorment. Els hotels que ofereixen el servei d'aparcament per a

estades llargues (Hotel TRYP i Hotel ALFA) també utilitzen l'aparcament G. Per a fer l'encotxament, les furgonetes d'APARCAIVOLA recullen els seus clients al tercer carril de la planta de sortides P30, el mateix lloc on efectuen el desencotxament. Aquest fet obliga els passatgers a pujar des de la planta d'arribades (P00) fins a la planta de sortides (P30).

Per a l'encotxament i el desencotxament a la terminal T2, EMPARK i els transports privats complementaris (hotels) tenen assignat un punt de parada al primer carril de la terminal T2, entre el bloc B i el bloc C, sense limitació de temps. Aquest és, per tant, el punt de parada que també haurien d'utilitzar les furgonetes de l'Hotel TRYP i l'Hotel ALFA, ja que són transports privats complementaris, tot i que, alhora, també ofereixen el servei d'aparcament per a estades llargues. L'empresa no concessionària SIXT de lloguer de vehicles, en virtut del Procediment regulador, hauria de realitzar la seva activitat al punt de trobada habilitat dins de l'aparcament de rotació de la T2. No obstant això, SIXT utilitza, en realitat, els punts de parada assignats als transports privats complementaris, ubicats al final del primer carril i sense limitació de temps. Per a l'encotxament i el desencotxament dels seus clients, APARCAIVOLA utilitza l'espai de parada senyalitzat en el segon carril de la T2, que és el destinat als clients particulars, amb la limitació que el temps de parada no pot superar els dos minuts.

En conclusió, s'ha pogut acreditar que APARCAIVOLA, per a l'encotxament i el desencotxament dels seus clients, tant a la T1 com a la T2, està fent ús dels carrils i punts de parada previstos per als particulars, amb una limitació de temps de parada, per tant, de dos minuts. En canvi, tant EMPARK com els serveis de transport privat complementari (hotels), en termes generals, estan fent ús d'uns punts de parada específics i senyalitzats més propers a les terminals i sense limitació de temps. De fet, a la T1, tant per a l'encotxament com per al desencotxament, EMPARK disposa d'uns punts de parada exclusius i molt més propers a les terminals, especialment a la planta d'arribades P00.

FONAMENTS DE DRET

1. L'article 51.1 de la LDC, amb la finalitat d'aclarir qüestions necessàries per a la formació de judici, atorga al TCDC de l'ACCO la facultat d'ordenar la realització de proves diferents de les ja practicades per la DG en la fase d'instrucció. Doncs bé, la realització de proves formulada en l'escrit d'al·legacions d'APARCAIVOLA de data 14 de desembre de 2010 ha de ser denegada pels motius exposats àmpliament en l'Informe de proposta de resolució de la DG i que donem per reproduïts aquí; com allí s'indica, pel que fa a les proves, o bé ja han estat practicades o bé no responen a la finalitat d'aclarir qüestions necessàries per a la formació del judici del TCDC de l'ACCO. En un altre ordre de coses, APARCAIVOLA també sol·licita en el seu escrit d'al·legacions que el TCDC de l'ACCO és pronunciï sobre la procedència i la quantia de la indemnització que AENA hauria d'abonar-li pels danys i perjudicis que la seva actuació li ha causat. En

relació amb aquesta petició, cal tenir present que la funció de l'ACCO no resideix en tutelar els interessos privats i, per tant, determinar el perjudici que la realització de qualsevol de les conductes prohibides pels articles 1, 2 i 3 de la LDC hagi pogut causar, sinó en la protecció de la competència, en interès de tots els que participen en el mercat (article 2 LACCO). Per tant, en cas que APARCAIVOLA consideri que ha patit danys com a conseqüència de la conducta d'AENA, per obtenir la indemnització corresponent haurà d'exercir la corresponent acció de responsabilitat davant de la jurisdicció ordinària. Finalment, quant a l'al·legació relativa al fet que ha quedat acreditat que EMPARK infringeix las tarifes pactades amb AENA, cal precisar que aquest fet no és el que va ser objecte de la denúncia original, sinó l'aplicació per part d'EMPARK d'unes tarifes per aparcament d'estada llarga molt inferiors a les establertes per la Llei 25/1998, i això, en tot cas, si és com s'afirma en l'escrit d'al·legacions, únicament seria un incompliment per part d'EMPARK del plec de condicions que regeixen la concessió d'AENA i, en conseqüència, no tindria cap transcendència en matèria de defensa de la competència.

Per part seva, AENA, en el seu escrit d'al·legacions, de data 27 de desembre de 2010, reitera les al·legacions formulades amb data 12 d'agost de 2010 al Plec de concreció de fets de la DG, les quals també han estat àmpliament considerades en l'Informe de proposta de resolució de la DG. El TCDC de l'ACCO dóna aquestes consideracions per reproduïdes aquí, llevat del que s'exposa més endavant. A més a més, AENA inclou, en el seu escrit d'al·legacions, un "Estudio de tiempos y de distancias en metros a ambos puntos", amb la finalitat d'acreditar que els punts de parada autoritzats a APARCAIVOLA no són perjudicials per a aquesta

empresa respecte dels utilitzats per EMPARK, i també un “Estudio de tiempos y distancias”, amb l'objectiu d'acreditar que la utilització per part d'APARCAIVOLA dels carrils per a particulars i de l'aparcament de rotació no era una solució que empitjorés la seva posició respecte d'EMPARK. Tanmateix, en tots dos casos, és evident que es tracta d'afirmacions i valoracions de part, i el TCDC de l'ACCO ja ha fixat els fets acreditats en l'apartat 8 d'aquesta resolució. En aquest mateix sentit es pronuncia respecte de l'anàlisi i la valoració de cadascun dels punts de parada que s'especifiquen en l'escrit d'al·legacions d'AENA.

Finalment, AENA al·lega que l'enviament d'una carta a EMPARK (de la qual adjunta una còpia), amb data 17 de desembre de 2010, instant-la a utilitzar a partir del dia 1 de febrer de 2011, per a l'encotxament dels clients a la T1, el carril destinat al transport privat complementari, situat a la planta 00 de la terminal, ha de ser considerat com un fet constitutiu d'una circumstància atenuant en el moment de fixar la sanció corresponent, així com, en aquest mateix sentit, la denominada “(d)eclaración de compromisos en relación a las actuaciones a seguir por el aeropuerto de Barcelona para determinar las paradas de los distintos modos de transporte”, de la qual també adjunta una còpia i que consisteix en una manifestació en què el director de l'aeroport de Barcelona es compromet a redactar una “Instrucción de ordenación de los espacios para encoche/desencoche” que serà “la normativa de actuación que seguirá el aeropuerto de Barcelona para determinar la parada que corresponde a cada tipología de transporte”. Doncs bé, per a la consideració d'aquests documents com a circumstàncies atenuants, haurien d'encaixar en alguna de les circumstàncies previstes en l'article 64.3 de la LDC i, a judici del

TCDC de l'ACCO, això no es produeix; l'enviament de la carta no pot ser considerat una actuació que posi fi a la conducta infractora, ja que EMPARK continua utilitzant carrils i punts de parada diferents als autoritzats a APARCAIVOLA i, pel que fa al compromís d'elaborar la denominada "Instrucción de ordenación de los espacios para encoche/desencoche", tampoc es pot considerar una circumstància atenuant, perquè simplement es tracta de l'afirmació d'un compromís, no d'una actuació que posi fi a la conducta infractora. Per últim, en relació amb la presentació de l'últim document esmentat, AENA també sol·licita la terminació convencional del procediment incoat, sol·licitud que ha de ser denegada, ja que la DG no ha considerat pertinent, d'acord amb l'article 52 de la LDC, acordar l'inici de les actuacions tendents a la terminació convencional del procediment sancionador, com posa de manifest el fet d'haver elevat l'informe amb la proposta de resolució al TCDC, el dia 10 de gener de 2011, sense haver acordat res respecte d'això, exercint la facultat, que no obligació, que li atorga l'article esmentat anteriorment.

2. Abans d'analitzar les conductes denunciades convé aclarir, com ho fa la DG en l'informe amb la proposta de resolució, la plena aplicabilitat de la LDC a l'ens públic AENA, tot i que, d'acord amb l'article 3 del seu estatut, en l'exercici de les seves activitats és regirà per l'ordenament jurídic civil, mercantil i laboral, i s'ajustarà, quan posi en pràctica les seves funcions públiques, a les disposicions del dret públic que li siguin d'aplicació. Així doncs, la plena aplicabilitat de la LDC a l'actuació d'AENA no ofereix dubtes, per raons òbvies, quan aquesta es desplega en l'àmbit privat, però tampoc n'hauria de presentar quan l'empresa duu a terme les seves funcions públiques, d'acord, no només amb la doctrina de l'extint Tribunal

de Defensa de la Competència (Resolució exp. 126/95, Handling Aeropuertos) i de l'actual CNC (Exp. S/0061/08, SIXT/AENA) sinó, sobre tot, amb la doctrina legal del Tribunal Suprem establerta, últimament, en la Sentència, de 4 de novembre de 2008 (sala 1a del Contenciós Administratiu), en un cas anàleg al present i consistent en el següent: “(n)i el ejercicio de funciones públicas exime [...] a la Administración Pública en general [...] de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, en cuanto a lo primero, esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia. Así lo hemos declarado, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de junio de 2.007 (v. FD 4º)”.

3. La conducta denunciada i consistent en la suposada aplicació per part d'EMPARK, en virtut de la concessió adjudicada per AENA, d'unes tarifes per aparcament d'estada llarga molt inferiors a les establertes per la Llei 25/1998 hauria de qualificar-se, a judici del TCDC de l'ACCO, en cas de resultar acreditada, de conducta prohibida per l'article 3 de la LDC, car constituiria un acte de competència deslleial, per infracció de normes ex article 15.2 de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial (en endavant, LCD), que falseja la competència i afecta l'interès públic.

Així doncs, la conducta en qüestió no podem qualificar-la, en cap cas, de conducta col·lusòria ex apartat a) de l'article 1.1 de la LDC, consistent en un acord entre AENA i EMPARK de fixació d'unes tarifes (preus) per aparcament d'estada llarga molt inferiors a les establertes per la Llei 25/1998, i no per les raons exposades amb fonament per la DG en l'informe amb la proposta de resolució –en el sentit que la concessió demanial per a l'explotació de l'aparcament per a estades llargues a l'aeroport de Barcelona (exp. BCN 062/08) no es pot qualificar d'acord–, sinó perquè allò que afecta la competència no és la suposada il·legalitat de l'acord, sempre que se'n pogués acreditar l'existència, sinó l'avantatge competitiu il·lícit que la infracció de les normes en qüestió proporcionaria a EMPARK i que no és producte de la seva pròpia eficiència.

4. Tanmateix, per determinar l'existència o no de la infracció, cal tenir en compte que el model d'explotació dels aparcaments existents a l'aeroport de Barcelona difereix segons si es tracta d'un aparcament de rotació o d'un aparcament per a estades llargues, tot i que tots estan situats dins del domini públic aeroportuari. En efecte, mentre que l'aparcament per a estades llargues de l'aeroport de Barcelona, gestionat per l'empresa EMPARK, està explotat en règim de concessió demanial, adjudicada en virtut de l'article 37 de l'Estatut d'AENA, tal com es constata en el Plec de bases administratives de l'expedient BCN/062/08, en canvi, els aparcaments de rotació, gestionats la majoria per la unió temporal d'empreses liderada per SABA, SA, són explotats directament per AENA, tot i que n'atorga la gestió a una empresa privada en virtut d'un contracte de serveis contemplat en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. Aquesta diferència en el model d'explotació implica, en el

cas dels aparcaments de rotació, que AENA assumeix l'explotació directa de les instal·lacions i l'empresa guanyadora del concurs públic únicament està obligada a oferir el servei de gestió a canvi d'una contraprestació econòmica. Contràriament, en els aparcaments per a estades llargues, AENA ha cedit l'ús del domini públic aeroportuari a l'empresa adjudicatària de la concessió, per tal que aquesta exploti l'aparcament al seu compte i risc a canvi d'un cànon i un percentatge dels beneficis.

Doncs bé, aquesta dualitat en el model d'explotació predetermina les tarifes que es poden aplicar en cada cas. Així, en els casos en què AENA explota directament l'aparcament, encara que sigui un tercer qui gestioni el servei, són d'aplicació les taxes actualitzades establertes a la Llei 25/1998, que també es publiquen a la *Guia de tarifes* d'AENA. En canvi, quan l'aparcament no és explotat directament per AENA, sinó que existeix una concessió demanial, el preu que s'aplica als clients de l'aparcament es basa en el preu establert en el plec de condicions de la concessió que, per tant, poden diferir de les taxes que estableix la Llei 25/1998. En conseqüència, un cop acreditada l'existència de dos models d'explotació dels aparcaments existents dins del domini públic de l'aeroport de Barcelona, que apliquen unes taxes basades en la Llei 25/1998, en el cas dels aparcaments de rotació gestionats mitjançant un contracte de serveis, i uns preus establerts per AENA en el Plec de condicions, en el cas de l'aparcament per a estades llargues explotat en virtut d'una concessió de domini públic, no es pot considerar que l'aplicació d'uns preus diferents als de la tarifa B.2 de la Llei 25/1998 a l'aparcament per a estades llargues de l'aeroport de Barcelona constitueixi una infracció de l'article 3

de la LDC, ja que el model d'explotació escollit per AENA, la concessió demanial, ho permet.

En efecte, l'article 4 de la Llei 25/1998 disposa que "(c)onstituye el hecho imponible de la tasa la utilización del dominio público aeroportuario y la prestación por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea de los servicios inherentes a dicha utilización en los términos que se especifican para las siguientes tarifas: [...] c) La utilización de las zonas de aparcamiento de vehículos establecidas en los aeropuertos, explotadas directamente por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (tarifa B.2)". Per tant, AENA està obligada a aplicar la tarifa B.2 actualitzada de la Llei 25/1998 quan es tracta d'un aparcament general d'explotació directa, encara que el servei el dugui a terme una altra empresa, però no ho està si es tracta d'un aparcament regit per una concessió demanial per a la utilització del domini públic aeroportuari i si l'empresa actua al seu compte i risc, ja que en aquest cas els preus que s'apliquen resulten de l'oferta presentada en el procediment de licitació de la concessió. A l'aeroport de Barcelona, en el primer cas es troben els aparcaments de rotació de la UTE liderada per SABA, mentre que en el segon s'hi troba l'aparcament per a estades llargues explotat per EMPARK i objecte de la denúncia. En particular, pel que fa als preus aplicats per EMPARK a l'aparcament per a estades llargues de l'aeroport de Barcelona, aquests són exactament els autoritzats per AENA com a preus mínims en l'Annex I del Plec de condicions de l'expedient BCN/062/08, segons que es pot constatar en el seu lloc *web*. En aquest cas, els preus que oferien les empreses licitadores no podien superar en més d'un 10% els preus mínims autoritzats en el Plec de condicions.

5. Per tal d'identificar el marc en el qual es produeixen les pràctiques presumptament contràries a la LDC, així com els seus efectes potencials, la DG delimita el mercat rellevant de producte incloent-hi tots els aparcaments que puguin oferir la funcionalitat d'estada llarga als passatgers de l'aeroport de Barcelona, independentment del seu model d'explotació. Entre els aparcaments que formen part d'aquest mercat, hi ha l'aparcament explotat en règim de concessió demanial per EMPARK. I respecte del mercat geogràfic rellevant, la DG el situa a l'aeroport de Barcelona i la seva àrea circumdant. Així, en el mercat d'explotació d'aparcaments de pagament dins del recinte de l'aeroport de Barcelona i en la seva àrea d'influència, els aparcaments explotats directament i indirecta per AENA representen un 98% del nombre total de places que donen servei als passatgers de l'aeroport, és a dir, que AENA controla, mitjançant les seves adjudicatàries, aproximadament, 22.795 de les 23.249 places disponibles en el mercat rellevant, i, per tant, es pot afirmar que AENA controla la major part d'aquest mercat, així com que, des del punt de vista del percentatge de la seva quota de mercat, té una posició dominant en el mercat. A més a més, la DG destaca que cal tenir present que AENA exerceix una forta influència en el desenvolupament de l'activitat de les empreses que ofereixen el servei d'aparcament als passatgers de l'aeroport de Barcelona, perquè, d'una banda, AENA és l'entitat pública responsable de dissenyar i adjudicar les concessions demanials i els contractes de servei per a l'explotació dels aparcaments situats dins del recinte públic aeroportuari i, de l'altra, també controla les condicions d'ús de les instal·lacions de l'aeroport, com ara, més concretament, els carrils d'accés i els punts de parada utilitzats pels diferents mitjans de transport, infraestructura essencial per a les

empreses que formen part del mercat rellevant. Després de considerar tots aquests elements, la DG conclou que AENA ostenta una posició de domini en el mercat rellevant de l'assumpte de referència.

6. No obstant això, a judici del TCDC de l'ACCO, el fet que AENA ostenti la potestat de controlar les condicions d'ús de les instal·lacions de l'aeroport en general i, per tant, dels carrils d'accés i dels punts de parada utilitzats pels diferents mitjans de transport, i, simultàniament, la potestat d'explotació directa o indirecta d'activitats mercantils en general i, en concret, d'oferta d'aparcaments, mitjançant l'adjudicació de concessions demanials i la celebració de contractes de servei per a l'explotació dels aparcaments dins del recinte públic aeroportuari, és suficient per afirmar que es troba en una posició de domini en el mercat rellevant definit per la DG. Aquesta posició de domini és producte de l'estatut jurídic d'AENA, que la situa permanentment en una situació de conflicte d'interessos que la indueix a abusar de la seva posició de domini, ja que li permet alterar en benefici propi la igualtat d'oportunitats entre els diferents operadors econòmics que actuen en el mercat rellevant del servei d'aparcaments, concretament, atorgant l'ús d'uns carrils d'accés i punts de parada preferents als seus concessionaris en perjudici dels altres operadors. En aquest sentit convé recordar que un estat membre de la UE infringeix l'article 106 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (en endavant, TFUE), en relació amb el 102, quan una empresa pública és induïda, pel mer exercici dels drets exclusius que se li han concedit, a explotar abusivament la seva posició de domini (v. SSTJCE, de 10 de desembre de 1991, assumpte C-179/90, Porto di Genova, i 12 de febrer de 1998, assumpte C-163/1996, Silvano Raso).

7. L'informe de proposta de resolució de la DG considera la conducta d'AENA denunciada per APARCAIVOLA, quant a les condicions d'us dels carrils d'accés i els punts d'encotxament i desencotxament a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona, com una explotació abusiva de la seva posició de domini en el mercat rellevant constitutiva, primer, d'una negativa de subministrament (apartat c) de l'article 2.2 LDC), fins el 9 de juny de 2010, data en la qual el director de l'aeroport de Barcelona va enviar una carta autoritzant formalment APARCAIVOLA a utilitzar els carrils d'accés i els punts de parada de les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona, i segon, a partir d'aquesta última data, d'una discriminació (apartat d) de l'article 2.2 LDC). Ara bé, el TCDC no pot compartir aquestes consideracions, ja que entre els elements que han de concórrer per a l'existència d'aquestes conductes hi ha o bé la voluntat de concloure, o bé la presència d'una relació contractual entre l'empresa dominant i l'empresa a la qual es nega el subministrament o es discrimina. I, en efecte, entre AENA i APARCAIVOLA, ni abans ni després del 9 de juny de 2010, no ha existit cap relació contractual ni la voluntat de crear-la, perquè l'ús dels carrils d'accés i els punts de parada de les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona no pot ser objecte de cap relació contractual, sinó d'una autorització d'us del domini públic aeroportuari atorgada per AENA en la seva condició de titular de la potestat de gestió del domini públic aeroportuari mitjançant autoritzacions i concessions.

8. Tanmateix, la conducta d'AENA pel que fa a les condicions d'us dels carrils d'accés i els punts de parada per a l'encotxament i el desencotxament dels clients dels aparcaments per a estades llargues de les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona constitueix, a judici del

TCDC de l'ACCO, un cas de conducta explotadora de la posició de domini, que, com ja se sap, és un dels dos tipus intermedis que, juntament amb les conductes obstaculitzadores o excloents de la competència, concreten el significat de la clàusula general de prohibició de l'explotació abusiva d'una posició de domini continguda en l'article 2.1 de la LDC. Efectivament, la conducta explotadora de la posició de domini duta a terme per AENA resideix, primer, en no haver autoritzant formalment APARCAIVOLA a utilitzar els carrils d'accés i els punts de parada de les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona utilitzats per EMPARK, tot i la sol·licitud reiterada, i segon, en haver autoritzat, a partir del 9 de juny de 2010, l'ús d'uns carrils d'accés i uns punts de parada per a l'encotxament i el desencotxament dels seus clients diferents dels utilitzats per EMPARK i clarament desavantatjats, malgrat que el servei ofert per EMPARK i l'ofert per APARCAIVOLA és idèntic: en ambdós casos consisteix en l'aparcament de llarga durada i el transport mitjançant microbús a les terminals de l'aeroport de Barcelona. Aquesta conducta constitueix una conducta explotadora de la posició de domini d'AENA, perquè situa la seva concessionària, EMPARK, en una posició més avantatjosa en el mercat rellevant sense que això sigui producte de la seva pròpia eficiència i, per tant, falseja la competència en perjudici dels usuaris. La conducta explotadora de la posició de domini descrita i realitzada per AENA es produeix perquè és competidora directa o indirecta d'APARCAIVOLA en el mercat rellevant, i la conseqüència n'és el menyscabament de la igualtat d'oportunitats entre els diferents operadors econòmics que actuen en el mercat rellevant del servei d'aparcaments.

9. La conducta d'AENA quant a les condicions d'ús dels carrils d'accés i els punts de parada per a l'encotxament i el desencotxament a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona per part d'APARCAIVOLA és, com queda dit, constitutiva d'una conducta explotadora de la seva posició de domini i, d'acord amb el que s'estableix en l'apartat *b)* de l'article 62.4 de la LDC, també és constitutiva d'una infracció molt greu, ja que concorren dues de les tres circumstàncies que aquest article menciona a l'efecte de qualificar com a infracció molt greu l'abús de posició de domini de l'article 2 de la LDC. En efecte, AENA ostenta una posició de domini, amb una quota del mercat rellevant del 98%, pròxima, per tant, al monopoli. A més a més, AENA també gaudeix de drets especials, en el sentit que s'indica en l'article 106 del TFUE, definits com a drets atribuïts per les autoritats d'un estat membre de la UE a una empresa que afecten substancialment la capacitat de les altres empreses de desplegar l'activitat econòmica en qüestió a la mateixa zona geogràfica i en condicions substancialment semblants (v. Conclusions de l'advocat general, de 17 de maig de 2001, en l'assumpte C-475/09, *Ambulanz Glöckner*, núm. 89). Aquests drets especials, en el cas d'AENA, radiquen en la potestat de gestió del domini públic aeroportuari mitjançant l'atorgament d'autoritzacions i concessions.

10. Les empreses que hagin comès una infracció molt greu poden ser sancionades, d'acord amb l'apartat *c)* de l'article 63.1 de la LDC, amb una multa de fins al 10% del volum de negocis total de l'empresa infractora en l'exercici immediatament anterior al de la imposició de la multa. Per fixar la base per al càlcul d'aquesta sanció convé deixar constància de l'import

net de la xifra de negocis consolidada registrada en el compte de pèrdues i guanys dels comptes anuals consolidats de l'exercici 2009 d'AENA (v. http://www.aena.es/csee/ccurl/436/657/infoLegal_cuentas%202009.pdf): de 3.112.683.000 euros en l'exercici 2008 i de 2.991.389.000 euros en l'exercici 2009; així com en el compte de pèrdues i guanys dels comptes anuals individuals de l'exercici 2009 d'AENA (v. http://www.aena.es/csee/ccurl/1013/258/infoLegal_estadosFinancieros%202009.pdf): de 2.986.477.000 euros en l'exercici 2008 i de 2.867.753.000 euros en l'exercici 2009. Ara bé, per a la determinació de l'import de la multa sancionadora, l'article 64 de la LDC estableix els criteris generals i les circumstàncies agreujants i atenuants que l'autoritat que l'ha d'imposar ha de tenir en compte.

11. El primer criteri que cal tenir en compte per a la determinació de l'import de la multa sancionadora és la dimensió i les característiques del mercat afectat per la infracció. El mercat afectat per la conducta d'AENA és el mercat d'explotació d'aparcaments a l'aeroport de Barcelona i la seva àrea circumdant i, per això, a l'hora de determinar l'import de la multa sancionadora només s'han de tenir en compte, com a base per al càlcul, els ingressos obtinguts en aquest mercat, que, segons manifesta AENA mateix, se situen en 35.944.391,75 euros en l'exercici 2008 i en 28.216.651,99 euros en l'exercici 2009, xifres que representen, respectivament, el 28,69% i el 26,72% del total dels ingressos d'AENA per aquesta activitat i que, globalment, equivalen aproximadament a una cinquena part del total dels ingressos obtinguts per d'AENA, la qual cosa mostra la importància del mercat en qüestió en general i a l'aeroport de Barcelona en particular.

Quant el segon criteri, sobre la quota de mercat de l'empresa responsable, n'hi ha prou de recordar que els aparcaments explotats directament o indirecta per AENA representen el 98% del mercat rellevant en nombre de places d'aparcament oferides, és a dir, 22.795 de les 23.249 places disponibles, si bé només 995 places corresponen a l'aparcament per a estades llargues explotat per la concessionària d'AENA, EMPARK, davant de les 454 places que ofereix APARCAIVOLA. Això equival, per tant, a prop del 70% d'aquesta modalitat de places d'aparcament i encara no un 5% del total de places d'aparcament explotades per AENA. Cal tenir present, a més a més, que almenys una part de les places dels aparcaments de rotació d'AENA són substitutives de les places d'aparcament de llarga durada i formen part del mercat rellevant.

Pel que fa a l'abast de la infracció, com a tercer criteri per determinar l'import de la multa sancionadora, cal tenir present que la infracció comesa per AENA únicament ha afectat de forma directa APARCAIVOLA i de forma indirecta els clients d'aquesta empresa, tant a la terminal T1 com a la T2 de l'aeroport de Barcelona –tot i que, tenint en compte els antecedents, no és improbable que competidors potencials rebin un tracte anàleg al donat per AENA a APARCAIVOLA—. Ara bé, no hi ha cap dubte que l'augment de la competència en el mercat rellevant, producte de la igualtat d'oportunitats entre tots els competidors actuals o potencials, podria portar a una reducció del preu dels aparcaments, tant els d'estada llarga com els de rotació utilitzats amb aquesta mateixa finalitat, i, per tant, segons aquesta hipòtesi, els usuaris afectats no serien només els d'APARCAIVOLA, sinó també els dels aparcaments explotats directament o indirecta per AENA.

Pel que respecta a la durada de la infracció, s'ha estès des del 15 de gener de 2009, data d'inici de l'activitat d'APARCAIVOLA, fins a l'actualitat, car la carta del director de l'aeroport de Barcelona de 9 de juny de 2010, en què autoritza APARCAIVOLA a fer servir determinats carrils i punts de parada, no suposa un cessament de la infracció, ja que aquests carrils i punts de parada segueixen sent discriminatoris respecte dels utilitzats per EMPARK.

Finalment, respecte dels efectes de la infracció sobre els drets i interessos legítims dels consumidors i usuaris o sobre altres operadors econòmics, només cal destacar que els consumidors perjudicats han estat, fonamentalment, els clients d'APARCAIVOLA i la resta d'usuaris particulars de l'aeroport que utilitzen el carril habilitat, mentre que la resta d'aparcaments del mercat rellevant i, molt especialment els aparcaments explotats per AENA, n'han resultat beneficiats, igual que els clients de la concessionària EMPARK.

El TCDC de l'ACCO, atenent totes les circumstàncies referides i, en especial, la gravetat de la infracció, a causa de la posició de domini d'AENA en el mercat rellevant i la utilització en benefici propi dels drets especials que ostenta, així com el limitat abast geogràfic del mercat rellevant, que, tanmateix, comprèn no només les places d'aparcament per a estades llargues sinó també, almenys, una part de les places dels aparcaments de rotació d'AENA, fixa la quantia de la multa en 1.400.000 euros.

12. Per tot el que s'ha exposat anteriorment, vistos els preceptes legals citats i els altres que són d'aplicació general, el TCDC de l'ACCO, en la seva reunió de 7 de juny de 2011

RESOL

Primer. Acordar, de conformitat amb l'apartat a) de l'article 10.2 de la LACCO i l'apartat a) de l'article 53.1 de la LDC, declarar la comissió per part d'AENA d'una conducta explotadora de la seva posició dominant en el mercat rellevant, conducta prohibida per l'article 2.1 de la LDC i descrita en els fonaments de dret d'aquesta resolució.

Segon. Acordar, de conformitat amb l'apartat a) de l'article 10.2 de la LACCO i els apartats a) i b) de l'article 53.2 de la LDC, d'intimar AENA a cessar la conducta esmentada en l'apartat anterior i, si APARCAIVOLA ho sol·licita, a procedir a autoritzar-la a utilitzar els mateixos carrils d'accés i punts de parada a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona que EMPARK, així com a abstenir-se, d'ara endavant, de realitzar conductes similars.

Tercer. Acordar, de conformitat amb l'apartat a) de l'article 10.2 de la LACCO i l'apartat d) de l'article 53.2 de la LDC, d'imposar a AENA, per la comissió d'una infracció molt greu prevista en l'apartat b) de l'article 62.4 de la LDC, una multa sancionadora d'un milió quatre-cents mil euros (1.400.000 euros).

Quart. Acordar, de conformitat amb l'apartat a) de l'article 10.2 de la LACCO i l'apartat f) de l'article 53.2 i 67 de la LDC, d'imposar a AENA una multa coercitiva de 4000 euros per cada dia de retard en el compliment de l'obligació d'autoritzar APARCAIVOLA a utilitzar els mateixos carrils d'accés i punts de parada a les terminals T1 i T2 de l'aeroport de Barcelona que

EMPARK, sempre que aquella ho sol·liciti i transcorreguts quinze dies des de la presentació de la sol·licitud.

Cinquè. Acordar de comunicar aquesta resolució de l'expedient 20/2010 (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, SL / AENA) a la DG i que es notifiqui als interessats, fent-los saber que, d'acord amb els articles 3.1 de la LACCO i 48.1 de la LDC, contra la resolució no es pot interposar cap recurs per la via administrativa, sinó que únicament es pot interposar recurs contenciós administratiu, d'acord amb la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.