

(El presente documento constituye la versión traducida al castellano de la Resolución del expediente núm. 20/2010, aprobada por el Pleno del TCDC en fecha 7 de junio de 2011)

RESOLUCIÓN Expediente 20/2010 (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, S.L. / AENA)

Presidente

Arseni GIBERT BOSCH

Vocal

Anna MATAS PRAT

Josep Oriol LLEBOT MAJÓ

Secretario

Francesc BERNAL DEALBERT

Barcelona, 7 de junio de 2011

El Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, el TCDC de la ACCO), con la

composición expresada al margen y el vocal Sr. Josep Oriol LLEBOT MAJÓ como ponente, ha adoptado esta resolución en el expediente 20/2010 (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, S.L. / AENA), cuyo origen se halla en la denuncia presentada por BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, S.L., sociedad que utiliza el nombre comercial APARCAIVOLA (en adelante, APARCAIVOLA), en la cual se imputa a AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (en adelante, AENA) la realización de conductas prohibidas por el apartado *d*) del artículo 1.1 y por los apartados *a*), *b*), *c*) y *d*) del artículo 2.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de diciembre de 2009 se presentó ante la ACCO la denuncia formulada por APARCAIVOLA por la realización, por parte de AENA, de conductas prohibidas por el apartado *d*) del artículo 1.1 y por los apartados *a*), *b*), *c*) y *d*) del artículo 2.2 de la LDC, consistentes en el hecho de que, mientras que los autobuses lanzadera del aparcamiento de larga estancia explotado por CINTRA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE, S.A. (en adelante, CINTRA), sociedad adjudicataria de la explotación de este aparcamiento en el aeropuerto de Barcelona, pueden acceder a las terminales del aeropuerto de Barcelona por el carril reservado a los autobuses y taxis de servicio público y su parada se produce sin ningún límite de tiempo, los vehículos utilizados por APARCAIVOLA para transportar a sus clientes no pueden utilizar este carril y se ven obligados a utilizar el carril para uso de

particulares, que sólo permite una parada máxima de dos minutos, con el inconveniente que esto genera para el encoche y desencocche de los clientes y sus maletas, así como también en el hecho que CINTRA, en virtud de la relación contractual que la une a AENA, aplica unas tarifas por aparcamiento de larga estancia muy inferiores a las legalmente establecidas, lo cual impide a APARCAIVOLA competir en igualdad de condiciones.

2. En cumplimiento de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia (en adelante, LCC), la directora general de la ACCO (en adelante, DG) remitió oficio a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) para determinar la competencia de la ACCO para conocer el asunto de referencia, la cual fue reconocida por la CNC mediante oficio de 25 de enero de 2010.

3. En fecha 22 de marzo de 2010, la DG dictó acuerdo de admisión a trámite de la denuncia y de incoación del expediente sancionador n.º 20/2010, y el 23 de marzo se dictaron provisiones de requerimiento de información dirigidas a AENA, APARCAIVOLA y EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, EMPARK), que fueron notificadas efectivamente el día 25 de marzo de 2010. Los requerimientos de información fueron contestados el 30 de marzo de 2010 por EMPARK, el 9 de abril de 2010 por APARCAIVOLA y el 15 de abril de 2010 por AENA.

4. Posteriormente, el día 11 de mayo de 2010 se dictó provisión de reiteración de requerimiento de información dirigida a AENA, que fue

notificada efectivamente el 14 de mayo y contestada el 27 de mayo, y provisión de nuevo requerimiento de información dirigido a APARCAIVOLA el día 13 de septiembre de 2010, que fue notificada efectivamente el 17 de septiembre y contestada el 27 de septiembre. Igualmente, en fecha 9 de junio de 2010, los instructores del expediente visitaron las instalaciones del aeropuerto de Barcelona para poder comprobar *in situ* algunos de los hechos denunciados, así como otros datos de especial relevancia para la valoración posterior de los hechos.

5. En fecha 16 de julio de 2010, la DG dictó el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH), que fue notificado efectivamente a APARCAIVOLA el día 20 de julio, y el día 21 de julio a AENA y EMPARK, para que, en el plazo de quince días, presentaran alegaciones y propusieran pruebas en caso de considerarlo pertinente, y así lo hicieron APARCAIVOLA el día 30 de julio y AENA el 12 de agosto.

6. Finalmente, el día 10 de enero de 2011, la DG elevó al TCDC de la ACCO el expediente completo, junto con el informe con la propuesta de resolución finalizado el 22 de noviembre de 2010, así como las alegaciones a esta propuesta presentadas por APARCAIVOLA el 16 de diciembre de 2010 y por AENA el 29 de diciembre de 2010. En esta propuesta la DG propone al TCDC de la ACCO:

Primero. Que declare la existencia de una infracción del artículo 2 de la LDC, concretada en el abuso de posición dominante excluyente, por denegación de suministro por parte de AENA a APARCAIVOLA hasta el 9 de junio de 2010 y por un trato discriminatorio de la empresa denunciante en relación con EMPARK a partir del 9 de junio

de 2010 sin, aparentemente, ninguna justificación objetiva y razonable. En concreto, AENA ha infringido los apartados 2.2.c): “la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios”, y 2.2.d): “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que sitúe unos competidores en situación de desventaja ante otros”.

Segundo. Que considere responsable de la infracción a la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).

Tercero. Que, de conformidad con lo que establece el artículo 62.4, apartado b), de la LDC, se considere esta infracción como muy grave, ya que AENA tiene una posición clara de dominio en el mercado de explotación de aparcamientos en el aeropuerto de Barcelona y su área circundante, con una cuota de mercado próxima al monopolio, y que los aparcamientos explotados directa o indirectamente por AENA gozan de derechos exclusivos dentro del dominio público aeroportuario.

Cuarto. Que se intime a AENA, de ahora en adelante y a causa de la elevada probabilidad de que nuevas empresas empiecen a ofrecer el servicio de aparcamiento para estancias largas desde fuera del dominio público aeroportuario, a abstenerse de realizar prácticas similares.

Quinto. Que imponga, si es necesario, la sanción correspondiente.

Sexto. Que adopte, si es necesario, cualquier otra de las medidas previstas en el artículo 53.2 de la LDC.

7. Son partes interesadas en este expediente: APARCAIVOLA, en calidad de denunciante, AENA, como entidad denunciada, y EMPARK, únicamente, como parte interesada.

8. Los hechos denunciados en el escrito de la denuncia presentada por APARCAIVOLA y los hechos que constan acreditados en el informe de propuesta de resolución de la DG son los que, de manera sumaria, se describen a continuación:

8.1. APARCAIVOLA (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, S.L.) es una sociedad cuyo objeto social está constituido por las actividades de "aparcamiento, alquiler y lavado de toda clase de vehículos". El aparcamiento y el lavado de vehículos con destino al aeropuerto de Barcelona se desarrollan bajo el nombre comercial de APARCAIVOLA. Las instalaciones de APARCAIVOLA se encuentran a poco más de 1 km de la zona aeroportuaria, en concreto, en la carretera de Ca l'Alaio, n.º 5, en el polígono industrial de Ca l'Alaio de El Prat de Llobregat, y se accede a ellas por la C-31, en la autovía de Castelldefels. APARCAIVOLA proporciona a los usuarios del aeropuerto de Barcelona un servicio de aparcamiento indicado especialmente para estancias largas que se puso en funcionamiento en enero de 2009. Como las instalaciones de APARCAIVOLA están situadas fuera del recinto aeroportuario, la empresa ofrece un servicio de traslado inmediato a/desde el aeropuerto con furgonetas propias que tienen una capacidad de ocho viajeros cada una. Según

los datos aportados por la denunciante, el aparcamiento de APARCAIVOLA consta de tres plantas y una superficie de 11.188,59 m², y tiene un total de 454 plazas de aparcamiento, de las cuales, 322 son cubiertas. Estas instalaciones están vigiladas las 24 horas del día, los 365 días del año, por el personal de seguridad y un circuito cerrado de TV.

AENA (AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA) es una entidad pública empresarial creada en virtud del artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, regida por este artículo y por las disposiciones que lo desarrollan, así como por su estatuto, aprobado por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio. Según el artículo 4 de su estatuto, AENA tiene personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, plena capacidad jurídica, pública y privada, y patrimonio propio. Asimismo, AENA asume su gestión con autonomía de actuación, que será tan amplia como permitan el interés público, la satisfacción de las necesidades sociales y la seguridad de los usuarios. La misión de AENA consiste, de acuerdo con lo que establece el artículo 1.1 de su estatuto, en “contribuir al desarrollo del transporte aéreo en España y garantizar el tráfico aéreo con seguridad, fluidez, eficacia y economía, para ofrecer una calidad de servicio en concordancia con la demanda de clientes y usuarios, en el marco de la política general de transportes del Gobierno, sin perjuicio de las competencias que, en actividades relacionadas con el ejercicio de funciones soberanas, puedan corresponder a otros departamentos ministeriales”. Su objeto es, de acuerdo con lo que establece el artículo 1.2 de su

estatuto, “la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayuda a la navegación aérea. Adicionalmente, puede realizar actividades anexas o complementarias que le permitan rentabilizar las inversiones efectuadas”.

En cuanto a las funciones en materia de aeropuertos establecidas en el artículo 11.3 de su estatuto, AENA ejercerá la ordenación, la dirección, la coordinación, la explotación, y la gestión y administración de los aeropuertos públicos de carácter civil y de sus servicios, así como la elaboración y la aprobación de proyectos, la ejecución, la dirección y el control de las inversiones en infraestructuras aeroportuarias, y la explotación y la conservación de las instalaciones de los aeropuertos. En lo que al régimen patrimonial se refiere, AENA tiene un patrimonio propio formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de su titularidad. Entre las facultades que reconoce el artículo 37 de su estatuto, corresponde a AENA el ejercicio de las facultades públicas en materia de concesiones y autorizaciones sobre el patrimonio público aeroportuario. En esta misma línea se pronuncia el artículo 156 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que establece que corresponde a AENA el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones del dominio público aeroportuario para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicio público relacionadas directa o indirectamente con su misión y su objeto.

El artículo 31.4 de su estatuto establece que, en los casos en que resulte compatible con la naturaleza de un determinado servicio, su gestión y explotación podrán encargarse a sociedades anónimas (en cuyo capital social podrá participar el mismo ente público) y, según determinan los apartados ñ) y v) del artículo 18 del Estatuto, corresponden al Consejo de Administración, entre otras, las competencias de aprobar las reglas generales de contratación y los límites económicos en la capacidad de aprobación y firma de contratos del director general del ente público, de los directores de las unidades de AENA, de los directores de los aeropuertos, de los directores regionales de navegación aérea y del resto de personal directivo que así lo requiera, y de otorgar las concesiones y autorizaciones para el uso del dominio público aeroportuario.

En relación con el funcionamiento y la ordenación de los aeropuertos de interés general de AENA, el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, establece la necesidad de que cada aeropuerto y su zona de servicio estén ordenados mediante un instrumento de planificación de naturaleza estrictamente aeroportuaria y no urbanística –plan director– que permita dar respuesta a los problemas derivados de la complejidad de las infraestructuras aeroportuarias y del creciente desarrollo del tráfico y el transporte aéreo. Adicionalmente, el plan director de cada aeropuerto tiene la función de delimitar la zona de servicio de los aeropuertos de interés general, con la inclusión de los espacios de reserva que garanticen el desarrollo y la expansión del aeropuerto, así como la determinación de las actividades

aeroportuarias o complementarias que es necesario desarrollar en las distintas áreas comprendidas dentro del recinto del aeropuerto y su zona de servicio. Este artículo ha sido desarrollado por el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, de Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, que tiene por objeto determinar los objetivos, el contenido y las normas para la aprobación de los planes directores de los aeropuertos de interés general, de manera que se asegure el desarrollo del aeropuerto, su eficaz integración en el territorio y la coordinación con las actuaciones de las administraciones públicas que ostenten competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo. En particular, el artículo 2 de este real decreto establece que cada aeropuerto de interés general tendrá su plan director, que definirá las grandes directrices de ordenación y desarrollo del aeropuerto hasta conseguir su máxima expansión previsible y delimitará su zona de servicio. El apartado segundo de este mismo artículo establece que el plan director podrá incluir dentro de la zona de servicio de los aeropuertos de interés general, además de las actividades aeroportuarias, el desarrollo de otras actividades complementarias, comerciales e industriales, siempre que su localización en el aeropuerto esté justificada y sea conveniente por su relación con el tráfico aeroportuario, por la naturaleza de sus servicios a los usuarios del aeropuerto o por el volumen del tráfico aéreo que generan.

La denominación social de EMPARK era la de CINTRA APARCAMIENTOS, S.A., sociedad filial de CINTRA CONCESIONES DE

INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE, S.A., que, a su vez, formaba parte de FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS, S.A. Recientemente, CINTRA APARCAMIENTOS, S.A. fue adquirida por la sociedad portuguesa ASSIP-SGPS, S.A., según consta en la resolución del expediente C-0162/09 (ASSIP/CINTRA), de la CNC, y la operación se cerró el 27 de julio de 2009. Posteriormente, la junta general extraordinaria de CINTRA APARCAMIENTOS, S.A., celebrada el 10 de septiembre de 2009, acordó modificar la denominación de la sociedad por la de EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. Esta adquisición ha supuesto la integración de CINTRA APARCAMIENTOS, S.A. en EMPARQUE - EMPREENDIMENTOS E EXPLORAÇÃO DE PARQUEAMENTOS, S.A., filial del *holding* ASSIP. El objeto social de EMPARK es la prestación de servicios de control, inmovilización y retirada de vehículos en aparcamientos, tanto en las vías públicas como en aparcamientos públicos o privados sobre y bajo rasante. En cuanto al aparcamiento de larga estancia que EMPARK gestiona en el aeropuerto de Barcelona, tiene una superficie de 22.500 m², con dos vías de entrada y dos vías de salida, 995 plazas y un servicio de microbuses, incluido en el precio del estacionamiento, para el traslado de pasajeros entre el aparcamiento y las áreas de salidas y llegadas de la terminal T1 y los bloques A, B y C de la terminal T2. Estos microbuses tienen capacidad para 30 personas y operan ininterrumpidamente de 7 de la mañana a 12 de la noche, con una frecuencia estimada de 10 minutos para los pasajeros de la terminal T1 y de 12 minutos para los de la terminal T2.

8.2. La *Guía de tarifas* de AENA del año 2010 (v. http://www.aena.es/csee/ccurl/232/467/Guia_Tarifas_2010_julio_ES.pdf), en la sección 2, detalla los derechos de uso de instalaciones y servicios aeroportuarios y, en particular, describe la tarifa B.2 para aparcamientos de vehículos. No obstante, esta guía de AENA tiene únicamente un valor informativo, ya que se limita a recopilar en un mismo documento todas las tarifas establecidas por ley que se aplican en los aeropuertos españoles con el objetivo de facilitar el acceso a la información. Concretamente, las tarifas por aparcamiento de vehículos están reguladas por la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público (en adelante, Ley 25/1998), en particular, en sus artículos 4, 7, 9, 9.bis i 9.bis.Dos. El artículo 4 de la Ley 25/1998 define el hecho imponible de la tarifa B.2 como “la utilización de las zonas de aparcamiento de vehículos establecidas en los aeropuertos, explotadas directamente por el ente público AENA”, y el artículo 7 de la misma ley determina que los sujetos pasivos de esta tasa son “aquellos que utilizan las zonas de aparcamiento”. Finalmente, el artículo 9.bis.Dos establece la cuantía de la tarifa B.2 de aparcamiento general de automóviles y motocicletas según cuál sea la categoría del aeropuerto y su ubicación, independientemente de si es peninsular o no. Este artículo se introdujo en virtud del artículo 71 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. La cuantía de estas tarifas se ha ido modificando año tras año en virtud de las actualizaciones previstas en las leyes de medidas fiscales, administrativas y de orden social,

así como de las órdenes correspondientes del Ministerio de Fomento, hasta llegar a las tarifas vigentes para los años 2009 y 2010.

En relación con el aparcamiento de larga estancia, el artículo 9.bis.Dos de la Ley 25/1998 establece 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". Es decir, que los aparcamientos de larga estancia han de aplicar las tarifas vigentes para los años 2009 y 2010, pero con la diferencia de que, a partir del quinto día, tienen que hacer un descuento del 50%. Por ejemplo, un aparcamiento de larga estancia situado en un aeropuerto de categoría A peninsular establecerá, a partir del quinto día, una tarifa diaria de 7,20 €, en vez de 14,40 €, y un aparcamiento de un aeropuerto de categoría B peninsular establecerá, a partir del quinto día, una tarifa diaria de 5,725 €, en vez de 11,45 €.

En cambio, según el sitio web del aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona explotado por EMPARK (<http://www.largaestancia.com/barcelona>), consultado por la DG el mes de mayo de 2010, las tarifas por días de estancia en este aparcamiento son las siguientes: del 1.º al 4.º, 13,00 € por día; del 5.º al 7.º, 10,50 € por día, y del 8.º en adelante, 5,50 € por día. Estos precios son exactamente los mismos que se especifican, como precios mínimos autorizados, en el Anexo I, página 24, del Pliego de

condiciones del expediente BCN/062/08, que ha de regir la contratación en régimen de concurrencia y el régimen jurídico de la concesión de la actividad de explotación del aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona explotado por EMPARK. A partir de la comparación de estos precios con las tarifas que aparecen en la *Guía de tarifas* de AENA del año 2010, que son el valor actualizado de las tasas establecidas por la Ley 25/1998, y teniendo en cuenta que el aeropuerto de Barcelona corresponde al grupo A peninsular, se hace evidente que las tarifas aplicadas por EMPARK son distintas. En efecto, del 1.^{er} al 4.º día hay una diferencia de 5 € y, por lo tanto, es más barato el precio que ofrece EMPARK (13 €) que la tarifa marcada por la Ley 25/1998 (18 €); del 5.º al 7.º día hay una diferencia de 3,30 €, de manera que la tarifa oficial rebajada en un 50% (7,20 €) es inferior al precio fijado por EMPARK (10,50 €), y, del 8.º día en adelante, EMPARK ofrece un precio de 5,50 €, mientras que la tarifa oficial continuaría siendo de 7,20 €, es decir, 1,70 € más cara. Además, EMPARK ofrece descuentos en los abonos mensuales y trimestrales, así como precios especiales para empresas y, específicamente, para operadores turísticos. El precio del abono mensual es de 152,60 €, lo cual implica un precio medio por día de 5,08 €, mientras que el abono trimestral cuesta 366,20 €, que supone un precio medio diario de 4,07 €. En resumen, se ha podido acreditar que el aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona gestionado por la empresa EMPARK no aplica las tarifas de la *Guía de tarifas* de AENA del año 2010, que son el valor actualizado de las tasas establecidas

por la Ley 25/1998, sino los precios autorizados en su pliego de condiciones.

8.3. El aeropuerto de Barcelona dispone de casi 24.000 plazas de estacionamiento, de las cuales, unas 10.900 se encuentran en los aparcamientos que dan servicio a la T1 y las otras 11.900, en los de la T2. La T1 dispone de dos edificios de aparcamientos conectados a la terminal mediante una pasarela (9.298 plazas), cada uno de los cuales se divide en tres módulos (módulos A, B y C en el primer bloque; módulos D, E y F en el segundo), y en la segunda planta de ambos edificios hay 108 plazas reservadas para personas con movilidad reducida. Todas estas plazas de aparcamiento son explotadas directamente por AENA, si bien son gestionadas, en virtud de la conclusión de un contrato de gestión, con fecha 15 de mayo de 2009 y una duración de tres años con dos posibles prórrogas de un año cada una, por una unión temporal de empresas liderada por SABA APARCAMIENTOS, S.A. y formada también por GESTIÓ I PROMOCIÓ AEROPORTUÀRIA, S.A. y ACASERVI, S.A. Además, existe un aparcamiento en superficie con 1.599 plazas que también tiene un acceso directo a la terminal, el aparcamiento de larga estancia explotado por EMPARK, con 995 plazas, situado a dos kilómetros de la terminal y conectado mediante un servicio de lanzadera, y un *parking* VIP. La terminal T2 dispone de dos edificios conectados a la T2A y a la T2C mediante pasarela y con aparcamientos en superficie ubicados delante de los bloques A, B y C de la terminal.

Todas las zonas disponen de accesos y salidas controladas mediante un servicio permanente de vigilancia y atención al público. El aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona explotado por la empresa EMPARK se halla dentro del recinto aeroportuario, relativamente cerca de la terminal T1, y tienen la señalización oficial del aeropuerto, mientras que los otros aparcamientos privados y, en concreto, el explotado por APARCAIVOLA, está situado fuera del dominio público aeroportuario.

8.4. El departamento de urbanización y accesos de AENA es el responsable de la asignación de los carriles de acceso y los puntos de parada del recinto aeroportuario. Este proceso de asignaciones se realiza mediante un procedimiento informal en el que se toma en consideración el volumen de pasajeros de cada servicio (v. gr., aerobús, lanzadera de Renfe, autobuses de línea, taxis, hoteles, etc.), pero no existe ningún tipo de circular interna ni documento oficial que lo regule. Ante la falta de documentación oficial sobre estos aspectos, la interpretación de los planos aportados por AENA, y la valoración del sistema de accesos y puntos de parada habilitados para los distintos medios de transporte que entran y salen del recinto aeroportuario de Barcelona han permitido diferenciar entre los carriles de acceso y puntos de parada de la T1 y los carriles de acceso y puntos de parada de la T2, así como identificar la planta o zona de salidas donde se efectúa el desencoche de los clientes y la planta o zona de llegadas donde se produce el encoche de los clientes de cada una de las terminales. Así

pues, en el caso de la T1, el desencoche se produce en la planta P30 de salidas y el encoche, en la planta P00 de llegadas.

El acceso y el desencoche en la planta de salidas P30 de la terminal T1 se pueden hacer por el primer carril, que está al lado del arcén por el que se accede a la T1 y que está reservado para buses y taxis. La parada, en este caso, se realiza en el espacio señalizado, en el lado derecho del mismo carril, sin límite de tiempo, lo cual permite que los clientes de buses, taxis u otras furgonetas bajen y saquen sus maletas con tranquilidad.

También se puede hacer por el segundo carril, que lleva a una zona amplia de aparcamiento para furgonetas asociadas a servicios de transporte privado complementario, como, por ejemplo, los de los hoteles, y que da derecho de parada por un tiempo ilimitado.

Finalmente, se puede usar el tercer carril, que es el que usan los particulares cuando tienen que desencochar familiares, amigos u otras personas y sus maletas. La parada se realiza en un espacio señalizado, en el lado derecho, y durante un tiempo máximo de dos minutos.

El acceso y el desencoche en la planta de llegadas P00 de la T1 se pueden realizar por el primer carril, que está al lado del arcén por el que salen los pasajeros que llegan a Barcelona y está reservado a los taxis. Los taxis esperan a sus clientes en una parrilla situada a la derecha de este carril. A la izquierda del mismo carril, paran los taxis

privados que están aparcados en batería mientras esperan a sus clientes, con los cuales, previamente, han acordado un servicio.

También se puede hacer por el segundo carril, habilitado exclusivamente para la circulación y el estacionamiento de autobuses de distinto tipo como, por ejemplo, discrecionales, interurbanos, metropolitanos, de larga estancia, el aerobús o el bus tránsito.

Finalmente, se puede usar el tercer carril, que es el que usan los particulares cuando tienen que recoger a familiares, amigos u otras personas. Sin embargo, en este tercer carril no hay un punto habilitado para parar durante el tiempo de espera, sino que los vehículos están obligados a entrar en el aparcamiento de rotación. Ahora bien, en el lado izquierdo de este mismo carril hay una zona de estacionamiento habilitada para que los hoteles puedan recoger a sus clientes (aparcamiento G). Los pasajeros que llegan a Barcelona y quieren acceder a esta área, donde les esperan los microbuses de los hoteles para llevarles a su destino final, deben usar la pasarela elevada que comunica la terminal de llegadas con este punto.

En cambio, en el caso de la T2, bloques A, B y C, tanto el encoche como el desencoche se realizan en el mismo sitio, en el único nivel existente. En esta terminal, los carriles de acceso y los espacios de parada para el encoche y el desencoche coinciden.

La parada se puede hacer en el primer carril, que se halla al lado del arcén por el que los pasajeros entran y salen de los bloques A, B y C

de la Terminal 2 y que está reservado para autobuses (v. gr., bus tránsito, aerobús, interurbanos, discrecionales, etc.) y taxis. Las paradas de estos medios de transporte se efectúan en distintos puntos del lado derecho de este carril, sin límite de tiempo.

También se puede hacer por el segundo carril, que es el que usan los particulares cuando tienen que desencochar o encochar familiares, amigos u otras personas y sus maletas. La parada se realiza en el lado derecho del carril durante un tiempo máximo de dos minutos. Hay que añadir que por este mismo carril acceden los microbuses o las furgonetas de los hoteles que tienen su punto de parada en el primer carril, concretamente, entre los bloques B y C, donde finaliza la separación física entre los carriles.

Finalmente, está el tercer carril, usado únicamente por determinados medios de transporte o servicios, como autobuses interurbanos, empresas concesionarias de alquiler de vehículos, aparcamiento VIP y taxis privados, entre otros.

Esta descripción en relación con los carriles de acceso y los puntos de parada en la T2 se corresponde con la situación de junio de 2010, período en que el bloque A de la T2 está cerrado por un proceso de reforma. No obstante, AENA, en su respuesta al segundo requerimiento de información, especifica que, con anterioridad al inicio de estas obras, en concreto, en febrero de 2009, los puntos de parada para los hoteles se situaban en el primer carril, justo delante de los bloques A, B y C.

En conclusión, aunque no existe una normativa interna que regule quién y cómo puede usar los carriles de acceso y los puntos de parada habilitados en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona, se ha podido acreditar que existe una señalización específica y que los medios de transporte que acceden al recinto aeroportuario deben seguir las pautas marcadas por AENA.

APARCAIVOLA ha solicitado a AENA, en varias ocasiones, disponer de un punto de parada para sus furgonetas en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona. Según consta en el escrito de denuncia, APARCAIVOLA y los responsables del departamento de Desarrollo Comercial del aeropuerto de Barcelona se reunieron a mediados de 2008 para tratar este tema. Con posterioridad a la fecha de la reunión, APARCAIVOLA y AENA, a través del departamento de Desarrollo Comercial, han mantenido comunicación a través de correo electrónico para tratar los temas relacionados con el acceso a las instalaciones y los puntos de parada de las terminales. AENA confirmó la existencia de la solicitud que había realizado APARCAIVOLA a través de correo electrónico, así como el intercambio posterior de mensajes, y en ningún momento desmintió la existencia de la reunión del 12 de febrero de 2009, aunque admite que no posee información escrita al respecto. Según APARCAIVOLA, no ha sido autorizada por AENA a utilizar los carriles de acceso preferentes ni los puntos de parada habilitados en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona.

Sin embargo, AENA ha manifestado que APARCAIVOLA puede ser considerada, en sus actuaciones dentro del recinto del aeropuerto de Barcelona, como una empresa de transporte privado complementario y, por lo tanto, puede utilizar las paradas habilitadas para este tipo de transporte de las terminales T1 y T2. APARCAIVOLA también puede acogerse al Procedimiento regulador de las empresas no concesionarias de alquiler de vehículos y utilizar los puntos de encuentro establecidos con este fin tanto en la T1 como en la T2. En cambio, APARCAIVOLA afirma que, en la reunión del 12 de febrero de 2009, sólo se les ofreció la posibilidad de utilizar el punto de encuentro situado dentro del aparcamiento de rotación de SABA en la T2, contemplado en el Procedimiento regulador, y que no se les dio ninguna alternativa de parada en la T1. Finalmente, durante la instrucción del expediente, en fecha 9 de junio de 2010, AENA envió una carta a APARCAIVOLA, firmada por el director del aeropuerto de Barcelona, mediante la cual se les comunicaba por escrito que podían utilizar también las zonas concretas destinadas a las empresas de transporte privado complementario, es decir, que en la T1, APARCAIVOLA puede usar la zona habilitada en la planta de llegadas (P00) entre los aparcamientos de rotación cubierto y en superficie, que es la que usan los microbuses de los hoteles o, alternativamente, el punto de encuentro para empresas no concesionarias dentro del mismo aparcamiento en superficie. Y en la T2, APARCAIVOLA puede usar la misma parada que los transportes privados complementarios, situada en el primer carril, al final del bloque B y justo antes del bloque C, que es el mismo que utilizan los microbuses de los hoteles

(transporte privado complementario). No obstante, en esta carta no se hace ninguna referencia a la planta de salidas (P30) de la T1, aunque se puede deducir, de la equiparación del servicio de APARCAIVOLA con el de transporte privado complementario, que puede utilizar los puntos de parada asignados a los microbuses de los hoteles situados en el segundo carril.

En resumen, hasta el 9 de junio de 2010, AENA asegura que comunicó a APARCAIVOLA y la autorizó verbalmente a usar los mismos puntos de parada que las empresas de transporte privado complementario o que las empresas no concesionarias de alquiler de vehículos, mientras que APARCAIVOLA mantiene que únicamente se les ofreció la posibilidad de equipararse a estas últimas empresas en la reunión celebrada el 12 de febrero de 2009. A causa de la falta de pruebas, no se ha podido constatar la veracidad de las afirmaciones. A partir del 9 de junio de 2010, con el envío de la carta firmada por el director del aeropuerto de Barcelona a APARCAIVOLA, AENA formaliza por escrito la equiparación de APARCAIVOLA, no sólo con las empresas no concesionarias de alquiler de vehículos, sino también con las empresas de transporte privado complementario.

En la T1, los carriles de acceso y los puntos de parada habilitados para EMPARK son los siguientes: para el desencoche de sus clientes, en la planta de salidas P30 dispone de un punto de parada en el primer carril y, para el encoche, dispone de un espacio de estacionamiento en la planta de llegadas P00, en el segundo carril. En la T2, tanto para el encoche como para el desencoche de sus

clientes, EMPARK dispone de un punto de parada en el primer carril, entre los bloques B y C. AENA expresa que, en virtud de la cláusula 9 del apartado “Nivel de calidad percibida” del Pliego de condiciones del expediente BCN/062/08, EMPARK “tiene autorizado a que disponga de una vial P10 para encoche de sus clientes, que es un punto de parada señalizado 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 resumen, se puede acreditar que EMPARK dispone de unos carriles de acceso y puntos de parada preferentes en las terminales T1 y T2 que AENA justifica por el hecho de que EMPARK es una empresa concesionaria que debe cumplir con unos estándares de calidad.

En la visita que los instructores hicieron al aeropuerto de Barcelona, observaron los puntos de encoche y desencoche, tanto en la Terminal 1 como en la Terminal 2, de las distintas empresas. Así, comprobaron que para el desencoche en la T1, EMPARK utiliza el primer carril, de acceso preferente y reservado a BUS/TAXI, y los puntos de parada más cercanos a la terminal, sin limitación de tiempo. Los hoteles que ofrecen el servicio de transporte a/desde el aeropuerto exclusivamente a sus clientes (transporte privado complementario) utilizan el segundo carril de acceso, así como los puntos de parada habilitados en el segundo carril, sin limitación de

tiempo. La empresa no concesionaria SIXT, que ofrece el servicio de alquiler de vehículos sin conductor, aunque según lo que dispone el Procedimiento regulador al que se acogió en fecha 28 de noviembre de 2008, debería usar los puntos de encuentro habilitados en los aparcamientos de rotación en superficie, también está utilizando el segundo carril de acceso. Los hoteles que ofrecen el servicio de aparcamiento de larga estancia utilizan el segundo carril de acceso y los puntos de parada habilitados en el segundo carril, sin limitación de tiempo. Finalmente, APARCAIVOLA utiliza el tercer carril de acceso y los puntos de parada del tercer carril, que son los destinados a los clientes particulares, con la limitación de que el tiempo de parada no puede superar los dos minutos.

Para el encoche en la T1, EMPARK utiliza un espacio de estacionamiento específico ubicado en el lateral del segundo carril de acceso, en la planta P00 de Llegadas, sin limitación de tiempo. Los hoteles que ofrecen el servicio de transporte desde el aeropuerto exclusivamente a sus clientes (transporte privado complementario) utilizan el aparcamiento G, situado entre el edificio del aparcamiento de rotación y el aparcamiento de rotación en superficie. La empresa no concesionaria SIXT, que ofrece el servicio de alquiler de vehículos sin conductor, también utiliza el aparcamiento G, hecho que pone de manifiesto que no está usando las instalaciones facilitadas por AENA en virtud del Procedimiento regulador mencionado anteriormente. Los hoteles que ofrecen el servicio de aparcamiento de larga estancia (Hotel TRYP y Hotel ALFA) también usan el aparcamiento G. Para realizar el encoche, las furgonetas de APARCAIVOLA recogen a

sus clientes en el tercer carril de la planta de salidas P30, el mismo sitio donde efectúan el desencoche. Este hecho obliga a los pasajeros a subir desde la planta de llegadas (P00) hasta la planta de salidas (P30).

Para el encoche y el desencoche en la terminal T2, EMPARK y los transportes privados complementarios (hoteles) tienen asignado un punto de parada en el primer carril de la terminal T2, entre el bloque B y el bloque C, sin limitación de tiempo. Éste es, por lo tanto, el punto de parada que también deberían utilizar las furgonetas del Hotel TRYP y el Hotel ALFA, ya que son transportes privados complementarios, aunque, al mismo tiempo, ofrecen el servicio de aparcamiento de larga estancia. La empresa no concesionaria SIXT de alquiler de vehículos, en virtud del Procedimiento regulador, debería realizar su actividad en el punto de encuentro habilitado dentro del aparcamiento de rotación de la T2. Sin embargo, SIXT utiliza, en realidad, los puntos de parada asignados a los transportes privados complementarios, ubicados al final del primer carril y sin limitación de tiempo. Para el encoche y el desencoche de sus clientes, APARCAIVOLA utiliza el espacio de parada señalizado en el segundo carril de la T2, que es el destinado a los clientes particulares, con la limitación de que el tiempo de parada no puede superar los dos minutos.

En conclusión, se ha podido acreditar que APARCAIVOLA, para el encoche y el desencoche de sus clientes, tanto en la T1 como en la T2, está usando los carriles y puntos de parada previstos para los

particulares, con una limitación de tiempo de parada, por lo tanto, de dos minutos. En cambio, tanto EMPARK como los servicios de transporte privado complementario (hoteles), en términos generales, están usando unos puntos de parada específicos y señalizados más próximos a las terminales y sin limitación de tiempo. De hecho, en la T1, tanto para el encoche como para el desencoche, EMPARK dispone de unos puntos de parada exclusivos y mucho más cercanos a las terminales, especialmente en la planta de llegadas P00.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El artículo 51.1 de la LDC, con la finalidad de esclarecer cuestiones precisas para la formación de juicio, otorga al TCDC de la ACCO la facultad de ordenar la práctica de pruebas diferentes a las ya practicadas por la DG en la fase de instrucción. Pues bien, la práctica de pruebas formulada en el escrito de alegaciones de APARCAIVOLA, de fecha 14 de diciembre de 2010, debe ser denegada por los motivos expuestos ampliamente en el Informe de propuesta de resolución de la DG que, a tal efecto, damos por reproducidos aquí, ya que, tal como allí se indica, o ya han sido practicadas o no son consistentes con la finalidad de esclarecer cuestiones precisas para la formación del juicio del TCDC de la ACCO. En otro orden de cosas, APARCAIVOLA también solicita, en su escrito de alegaciones, que el TCDC de la ACCO se pronuncie sobre la procedencia y la cuantía de la indemnización que AENA debería abonarle por los daños y perjuicios que la actuación de ésta le ha causado. En relación con esta petición, es preciso tener presente que la función de la ACCO no reside en tutelar los intereses privados y, por tanto, determinar el perjuicio que la realización

de cualquiera de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC haya podido causar, sino en la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (artículo 2 de la LACCO). Así pues, si APARCAIVOLA considera que ha sufrido daños como consecuencia de la conducta de AENA, para obtener una indemnización deberá ejercer la correspondiente acción de responsabilidad ante la jurisdicción ordinaria. Finalmente, en cuanto a la alegación relativa al hecho de que ha quedado acreditado que EMPARK infringe las tarifas pactadas con AENA, cabe precisar que este hecho no fue el objeto de la denuncia original, sino que la aplicación por parte de EMPARK de unas tarifas por aparcamiento de larga estancia muy inferiores a las establecidas por la Ley 25/1998, de ser tal como se afirma en el escrito de afirmaciones, en todo caso, se trataría únicamente de un incumplimiento por parte de EMPARK del Pliego de Condiciones que rigen la concesión de AENA y, por tanto, sin trascendencia en materia de defensa de la competencia.

Por su parte, AENA, en su escrito de alegaciones, de fecha 27 de diciembre de 2010, reitera las alegaciones formuladas en fecha 12 de agosto de 2010 en el Pliego de Concreción de Hechos de la DG, que también han sido ampliamente consideradas en el Informe de propuesta de resolución de la DG. El TCDC de la ACCO da aquí por reproducidas estas consideraciones, excepto lo que se expone más adelante. Además, AENA incluye, en su escrito de alegaciones, un "Estudio de tiempos y de distancias en metros a ambos puntos", con la finalidad de acreditar que los puntos de parada autorizados a APARCAIVOLA no son perjudiciales para esta empresa respecto de los utilizados por EMPARK, y también un

"Estudio de tiempos y distancias", con el objetivo de acreditar que la utilización por parte de APARCAIVOLA de los carriles para particulares y del aparcamiento de rotación no eran soluciones que empeorasen la posición de APARCAIVOLA respecto a EMPARK. No obstante, en ambos casos, resulta evidente que se trata de afirmaciones y valoraciones de parte, así que el TCDC de la ACCO ya ha fijado los hechos acreditados en el apartado 8 de esta resolución. En este mismo sentido se pronuncia respecto al análisis y la valoración de cada uno de los puntos de parada que contiene el escrito de alegaciones de AENA.

Finalmente, AENA alega que el envío de una carta a EMPARK (cuya copia adjunta), con fecha de 17 de diciembre de 2010, instándola a utilizar, a partir del día 1 de febrero de 2011, para el encoche de los clientes en la T1, el carril destinado al transporte privado complementario situado en la planta 00 de la terminal, debe ser considerado como un hecho constitutivo de una circunstancia atenuante al efecto de fijar la sanción correspondiente, así como, en este mismo sentido, la denominada "declaración de compromisos en relación a las actuaciones a seguir por el aeropuerto de Barcelona para determinar las paradas de los distintos modos de transporte", cuya copia también adjunta y que consiste en una manifestación en la que el director del aeropuerto de Barcelona se compromete a redactar una "Instrucción de ordenación de los espacios para encoche/desencoche" que será "la normativa de actuación que seguirá el Aeropuerto de Barcelona para determinar la parada que corresponde a cada tipología de transporte". Pues bien, para la consideración de los citados documentos como circunstancias atenuantes, éstos deberían encajar en alguna de las circunstancias previstas en el

artículo 64.3 de la LDC y, a juicio del TCDC de la ACCO, esto no se produce; el envío de la carta no puede ser considerado una actuación que ponga fin a la conducta infractora, ya que EMPARK sigue utilizando carriles y puntos de parada diferentes a los autorizados a APARCAIVOLA y, en cuanto al compromiso de elaborar la denominada "Instrucción de ordenación de los espacios para encoche/desencoche", tampoco se puede considerar como circunstancia atenuante, ya que simplemente se trata de un compromiso, no de una actuación que ponga fin a la conducta infractora. Por último, en relación con la presentación del documento citado en último lugar, AENA también solicita la terminación convencional del procedimiento incoado, solicitud que ha de ser denegada, ya que la DG no ha considerado pertinente, de acuerdo con el artículo 52 de la LDC, acordar el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador, tal como pone de manifiesto el hecho de haber elevado el informe con la propuesta de resolución al TCDC, el día 10 de enero de 2011, sin haber acordado nada respecto a esta cuestión, ejerciendo la facultad, que no obligación, que le otorga el artículo citado anteriormente.

2. Antes de analizar las conductas denunciadas, conviene esclarecer, tal como hace la DG en el informe con la propuesta de resolución, la plena aplicabilidad de la LDC al ente público AENA, aunque, de acuerdo con el artículo 3 de su Estatuto, en el ejercicio de sus actividades se regirá por el ordenamiento jurídico civil, mercantil y laboral, y se ajustará, cuando actúe en ejercicio de sus funciones públicas, a las disposiciones del derecho público que le sean de aplicación. Así pues, la plena aplicabilidad de la LDC a la actuación de AENA no ofrece dudas, por razones obvias,

cuando ésta se despliega en el ámbito privado, pero tampoco debería presentarlas cuando la empresa actúa en el ejercicio de sus funciones públicas, de acuerdo, no sólo con la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución exp. 126/95, Handling Aeropuertos) y de la actual CNC (Exp. S/0061/08, SIXT/AENA) sino, sobre todo, con la doctrina legal del Tribunal Supremo establecida, últimamente, en la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (sala 1.^a de lo Contencioso-administrativo), en un caso análogo al presente, y consistente en lo siguiente: “(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 2007 (v. FD 4.º)”.

3. La conducta denunciada y consistente en la supuesta aplicación por parte de EMPARK, en virtud de la concesión adjudicada a la misma por AENA, de unas tarifas por aparcamiento de larga estancia muy inferiores a las establecidas por la Ley 25/1998 debería calificarse, a juicio del TCDC de la ACCO, en caso de resultar acreditada, como una conducta prohibida por el artículo 3 de la LDC, ya que constituiría un acto de competencia desleal, por infracción de normas ex artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10

de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), que falsea la competencia y afecta al interés público. Por tanto, la conducta en cuestión no podemos calificarla, en ningún caso, de colusoria ex artículo 1.1.a) de la LDC, consistente en un acuerdo entre AENA y EMPARK de fijación de unas tarifas (precios) por aparcamiento de larga estancia muy inferiores a las establecidas por la Ley 25/1998, y no por las razones fundadamente expuestas por la DG en el informe con la propuesta de resolución –en el sentido de que la concesión demanial para la explotación del aparcamiento de larga estancia en el aeropuerto de Barcelona (exp. BCN 062/08) no se puede calificar de acuerdo–, sino porque aquello que afecta a la competencia no es la supuesta ilegalidad del acuerdo, siempre que se pudiera acreditar su existencia, sino la ventaja competitiva ilícita que la infracción de las normas en cuestión proporcionaría a EMPARK y que no es producto de su propia eficiencia.

4. No obstante, para determinar la existencia o no de la citada infracción debemos tener en cuenta que el modelo de explotación de los aparcamientos existentes en el aeropuerto de Barcelona difiere según si se trata de un aparcamiento de rotación o de un aparcamiento de larga estancia, aunque todos están situados dentro del dominio público aeroportuario. En efecto, mientras que el aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona gestionado por la empresa EMPARK está explotado en régimen de concesión demanial, adjudicada en virtud del artículo 37 del Estatuto de AENA, tal como se constata en el Pliego de Bases Administrativas del expediente BCN/062/08, en cambio, los aparcamientos de rotación, en su mayoría gestionados por la misma Unión Temporal de Empresas liderada por SABA, S.A., están explotados

directamente por AENA, aunque ésta otorga la gestión a una empresa privada en virtud de un contrato de servicios contemplado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta diferencia en el modelo de explotación implica, en el caso de los aparcamientos de rotación, que AENA asume la explotación directa de las instalaciones y la empresa ganadora del concurso público únicamente está obligada a ofrecer el servicio de gestión a cambio de una contraprestación económica. Sin embargo, en los aparcamientos de larga estancia, AENA ha cedido el uso del dominio público aeroportuario a la empresa adjudicataria de la concesión para que ésta explote el aparcamiento, por su cuenta y riesgo, a cambio de un canon y un porcentaje de los beneficios.

Esta dualidad en el modelo de explotación predetermina las tarifas que se pueden aplicar en uno y otro caso. Así pues, en los casos en que AENA explota directamente el aparcamiento, aunque sea un tercero quien gestiona el servicio, son de aplicación las tasas actualizadas establecidas en la Ley 25/1998, que también se publican en la *Guía de tarifas* de AENA. En cambio, cuando el aparcamiento no es explotado directamente por AENA, sino que existe una concesión demanial, el precio que se aplica a los clientes del aparcamiento se basa en el precio establecido en el Pliego de Condiciones de la concesión que, por tanto, pueden diferir de las tasas que establece la Ley 25/1998. Por consiguiente, tras haber sido acreditada la existencia de dos modelos de explotación de los aparcamientos existentes dentro del dominio público del aeropuerto de Barcelona, que llevan a la aplicación de unas tasas basadas en la Ley 25/1998, en el caso de los aparcamientos de rotación gestionados mediante un contrato de servicios, y de unos precios establecidos por AENA en el Pliego de

Condiciones, en el caso del aparcamiento de larga estancia explotado en virtud de una concesión de dominio público, queda claro que no se puede considerar que la aplicación de unos precios diferentes de los de la tarifa B.2 de la Ley 25/1998 en el aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona constituya una infracción del artículo 3 de la LDC, ya que así lo permite el modelo de explotación escogido por AENA, la concesión demanial.

En efecto, el artículo 4 de la Ley 25/1998 dispone que “constituye el hecho imponible de la tasa la utilización del dominio público aeroportuario y la prestación, por parte del 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)”. Por tanto, AENA está obligada a aplicar la tarifa B.2 actualizada de la Ley 25/1998 cuando se trata de un aparcamiento general de explotación directa, aunque el servicio lo lleve a cabo otra empresa, pero no lo está si se trata de un aparcamiento que se rige por una concesión demanial para la utilización del dominio público aeroportuario y la empresa actúa por su cuenta y riesgo, ya que en este caso los precios que se aplican son los resultantes de la oferta presentada en el procedimiento de licitación de la concesión. En el caso del aeropuerto de Barcelona, en el primero caso se encuentran los aparcamientos de rotación de la UTE liderada por SABA, mientras que en el segundo se encuentra el aparcamiento de larga estancia explotado por EMPARK y objeto de esta denuncia. En particular, en cuanto a los precios aplicados

por EMPARK en el aparcamiento de larga estancia del aeropuerto de Barcelona, estos son exactamente los autorizados por AENA como precios mínimos en el Anexo I del Pliego de Condiciones del expediente BCN/062/08, según se puede constatar en su página web. En este caso, los precios que ofrecían las empresas licitadoras no podían superar en más de un 10% los precios mínimos autorizados en el Pliego de Condiciones.

5. Para identificar el marco en el que se producen las prácticas presuntamente contrarias a la LDC, así como sus efectos potenciales, la DG delimita el mercado relevante de producto incluyendo todos aquellos aparcamientos que puedan ofrecer la funcionalidad de larga estancia a los pasajeros del aeropuerto de Barcelona, independientemente de su modelo de explotación. Entre los aparcamientos que forman parte de este mercado hay el aparcamiento explotado en régimen de concesión demanial por EMPARK. Y respecto al mercado geográfico relevante, la DG lo delimita en el aeropuerto de Barcelona y su área circundante. Pues bien, en el mercado de explotación de aparcamientos de pago dentro del recinto del aeropuerto de Barcelona y en su área de influencia, los aparcamientos explotados directa e indirectamente por AENA representan un 98% del número total de plazas que dan servicio a los pasajeros del aeropuerto, es decir, que AENA controla, mediante sus adjudicatarias, aproximadamente 22.795 de las 23.249 plazas disponibles en el mercado relevante y, por tanto, se puede afirmar que AENA controla la mayor parte de este mercado, y también que, desde el punto de vista del porcentaje de su cuota de mercado, tiene una posición dominante en el mercado. Además, la DG destaca que también cabe tener presente que AENA ejerce una fuerte influencia en el desarrollo de la actividad de aquellas empresas que

ofrecen el servicio de aparcamiento a los pasajeros del aeropuerto de Barcelona ya que, por una parte, AENA es la entidad pública responsable de diseñar y adjudicar las concesiones demaniales y los contratos de servicio para la explotación de los aparcamientos dentro del recinto público aeroportuario y, por otra, también controla las condiciones de uso de las instalaciones del aeropuerto; básicamente, de los carriles de acceso y de los puntos de parada utilizados por los diferentes medios de transporte, infraestructura esencial para las empresas que forman parte del mercado relevante. Después de considerar todos estos elementos, la DG concluye que AENA ostenta una posición de dominio en el mercado relevante del asunto de referencia.

6. No obstante, a juicio del TCDC de la ACCO, el hecho de que AENA ostente la potestad de controlar las condiciones de uso de las instalaciones del aeropuerto en general y, por tanto, de los carriles de acceso y de los puntos de parada utilizados por los diferentes medios de transporte y, simultáneamente, la potestad de explotación directa o indirecta de las actividades mercantiles en general y, en concreto, de la oferta de aparcamientos, mediante la adjudicación de concesiones demaniales y la celebración de contratos de servicio para la explotación de los aparcamientos dentro del recinto público aeroportuario, es suficiente para afirmar que se encuentra en una posición de dominio en el mercado relevante definido por la DG. Esta posición de dominio es producto del estatuto jurídico de AENA, que la sitúa permanentemente en una situación de conflicto de intereses que la induce a abusar de su posición de dominio, ya que le permite alterar en beneficio propio la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos que actúan en el mercado

relevante del servicio de aparcamientos, en especial, otorgando el uso de unos carriles de acceso y puntos de parada preferentes a sus concesionarios en perjuicio de los otros operadores. En este sentido, conviene recordar que un estado miembro de la UE infringe el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), en relación con el artículo 102, cuando una empresa pública es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que se le han concedido, a explotar abusivamente su posición de dominio (v. SSTJCE, de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, Porto di Genova, y 12 de febrero de 1998, asunto C-163/1996, Silvano Raso).

7. El informe de propuesta de resolución de la DG considera que la conducta de AENA denunciada por APARCAIVOLA, en relación con las condiciones de uso de los carriles de acceso y los puntos de encoche y desencoche en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona, es una explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado relevante constitutiva, primero, de una negativa de suministro (artículo 2.2.c) de la LDC), hasta el 9 de junio de 2010, fecha en la que el director del aeropuerto de Barcelona envió una carta en la que autorizaba formalmente a APARCAIVOLA a utilizar los carriles de acceso y los puntos de parada en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona y, segundo, a partir de esta última fecha, de una discriminación (artículo 2.2.d) de la LDC). Ahora bien, el TCDC no puede compartir estas consideraciones, ya que entre los elementos que han de concurrir para la existencia de tales conductas figura o bien la voluntad de concluir o bien la presencia de una relación contractual entre la empresa dominante y la empresa a la que se niega el suministro o se discrimina. Y, en efecto,

entre AENA y APARCAIVOLA, ni antes ni después del 9 de junio de 2010 ha existido ninguna relación contractual ni la voluntad de celebrarla, ya que el uso de los carriles de acceso y los puntos de parada en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona no puede ser objeto de ninguna relación contractual, sino de una autorización de uso del dominio público aeroportuario otorgada por AENA en su condición de titular de la potestad de gestión del dominio público aeroportuario mediante el otorgamiento de autorizaciones y concesiones.

8. No obstante, la conducta de AENA referida a las condiciones de uso de los carriles de acceso y los puntos de parada para el encoche y el desencoche de los clientes de los aparcamientos de larga estancia, en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona, constituye, a juicio del TCDC de la ACCO, un caso de conducta explotadora de la posición de dominio que, como es sabido, es uno de los dos tipos intermedios que, junto con las conductas obstaculizadoras o excluyentes de la competencia, concretan el significado de la cláusula general de prohibición de la explotación abusiva de una posición de dominio contenida en el artículo 2.1 de la LDC. En efecto, la conducta explotadora de la posición de dominio realizada por AENA reside, en primer lugar, en no haber autorizado formalmente a APARCAIVOLA, a pesar de la solicitud reiterada, a utilizar los carriles de acceso y los puntos de parada en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona utilizados por EMPARK y, a partir del 9 de junio de 2010, en haber autorizado el uso de unos carriles de acceso y puntos de parada para el encoche y desencoche de sus clientes diferentes a los utilizados por EMPARK y claramente desventajosos, y esto cuando el servicio prestado por EMPARK y APARCAIVOLA es idéntico, ya que, en

ambos casos, consiste en el aparcamiento de larga duración y el transporte mediante microbús a las terminales del aeropuerto de Barcelona. Esta conducta constituye una conducta explotadora de la posición de dominio de AENA, ya que sitúa a la concesionaria EMPARK en una posición más ventajosa en el mercado relevante, sin que sea producto de su propia eficiencia y, por tanto, falseando la competencia en perjuicio de los usuarios. La conducta explotadora de la posición de dominio descrita y realizada por AENA se produce porque AENA es competidora directa o indirecta de APARCAIVOLA en el mercado relevante y la consecuencia es menoscabar la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos que actúan en el mercado relevante del servicio de aparcamientos.

9. La conducta de AENA referida a las condiciones de uso de los carriles de acceso y los puntos de parada para el encoche y el desencoche en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona por parte de APARCAIVOLA es, tal como se ha dicho, constitutiva de una conducta explotadora de su posición de dominio y, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 62.4.b) de la LDC, también es constitutiva de una infracción muy grave, ya que en AENA concurren dos de las tres circunstancias que el citado artículo menciona al efecto de calificar como infracción muy grave el abuso de la posición de dominio del artículo 2 de la LDC. En efecto, AENA ostenta una posición de dominio con una cuota de mercado relevante del 98% y, por tanto, próxima al monopolio. Sin embargo, además, AENA disfruta de derechos especiales, en el sentido que se indica en artículo 106 del TFUE, definidos como derechos atribuidos por las autoridades de un estado miembro de la UE a una empresa y que

afectan sustancialmente a la capacidad de las otras empresas para desplegar la actividad económica en cuestión en la misma zona geográfica y bajo condiciones sustancialmente parecidas (v. Conclusiones del Abogado General, de 17 de mayo de 2001, en el asunto C-475/09, *Ambulanz Glöckner*, núm. 89). Estos derechos especiales, en el caso de AENA, radican en la potestad de gestión del dominio público aeroportuario mediante el otorgamiento de autorizaciones y concesiones.

10. Las empresas que hayan cometido una infracción muy grave pueden ser sancionadas, de acuerdo con el artículo 63.1.c) de la LDC, con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Para fijar la base para el cálculo de dicha sanción, conviene dejar constancia del importe neto de la cifra de negocios consolidada registrada en la cuenta de pérdidas y beneficios de las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2009 de AENA (v. http://www.aena.es/csee/ccurl/436/657/infoLegal_cuentas%202009.pdf), que asciende a 3.112.683.000 euros en el ejercicio 2008 y a 2.991.389.000 euros en el ejercicio 2009 y, en la cuenta de pérdidas y beneficios de las cuentas anuales individuales del ejercicio 2009 de AENA (v. http://www.aena.es/csee/ccurl/1013/258/infoLegal_estadosFinancieros%202009.pdf), a 2.986.477.000 euros en el ejercicio 2008 y a 2.867.753.000 euros en el ejercicio 2009. Ahora bien, para la determinación del importe de la multa sancionadora, el artículo 64 establece los criterios generales y las circunstancias agravantes y atenuantes que debe tener en cuenta la autoridad que la debe imponer.

11. El primer criterio a tener en cuenta para la determinación del importe de la multa sancionadora es la dimensión y las características del mercado afectado por la infracción. El mercado afectado por la conducta de AENA es el mercado de explotación de aparcamientos en el aeropuerto de Barcelona y su área circundante y, por esta razón, a la hora de determinar el importe de la multa sancionadora, sólo se deben tener en cuenta, como base para el cálculo, los ingresos obtenidos en este mercado, que, según manifestaciones de la propia AENA, se sitúan en la cifra de 35.944.391,75 euros en el ejercicio 2008 y 28.216.651,99 euros en el ejercicio 2009, cifras que representan el 28,69% y el 26,72% respectivamente del total de los ingresos de AENA, por esta actividad que, globalmente, significa alrededor de una quinta parte del total de los ingresos obtenidos por AENA. De esta forma se muestra la importancia del mercado en cuestión en general y en el aeropuerto de Barcelona en particular. En cuanto al segundo criterio, referido a la cuota de mercado de la empresa responsable, es suficiente recordar que los aparcamientos explotados directa o indirectamente por AENA representan el 98% del mercado relevante en número de plazas de aparcamiento ofrecidas, es decir, 22.795 de las 23.249 plazas disponibles, si bien sólo 995 plazas corresponden al aparcamiento de larga estancia explotado por la concesionaria de AENA, EMPARK, ante las 454 plazas ofrecidas por APARCAIVOLA y, por tanto, cerca del 70% de esta modalidad de plazas de aparcamiento y casi un 5% del total de plazas de aparcamiento explotadas por AENA. Además, cabe tener presente que al menos una parte de las plazas de los aparcamientos de rotación de AENA son sustitutivas de las plazas de aparcamiento de larga duración, con lo cual forman parte del mercado relevante. En cuanto al alcance de la infracción, como tercer

criterio para determinar el importe de la multa sancionadora, se debe tener presente que la infracción cometida por AENA únicamente ha afectado de forma directa a APARCAIVOLA y de forma indirecta a los clientes de esta empresa, pero tanto en la terminal T1 como en la T2 del aeropuerto de Barcelona –aunque, teniendo en cuenta los antecedentes, no es improbable que competidores potenciales recibieran un trato análogo al dispensado por AENA a APARCAIVOLA–. Ahora bien, no hay duda de que el aumento de la competencia en el mercado relevante, producto de la igualdad de oportunidades entre todos los competidores actuales o potenciales, podría llevar a una reducción del precio de los aparcamientos, tanto los de larga duración como los de rotación utilizados con esta misma finalidad y, por tanto, según esta hipótesis los usuarios afectados no serían sólo los de APARCAIVOLA, sino también los de los aparcamientos explotados directa o indirectamente por AENA. Por lo que respecta a la duración de la infracción, ésta se ha extendido desde el 15 de enero de 2009, fecha de inicio de la actividad de APARCAIVOLA, hasta la actualidad, ya que la carta del director del aeropuerto de Barcelona, de 9 de junio de 2010, que autoriza a APARCAIVOLA el uso de determinados carriles y puntos de parada, no supone un cese de la infracción, ya que estos carriles y puntos de parada siguen siendo discriminatorios respecto a los utilizados por EMPARK. Finalmente, en cuanto a los efectos de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, o sobre otros operadores económicos, es suficiente destacar que los consumidores perjudicados han sido, fundamentalmente, los clientes de APARCAIVOLA y el resto de usuarios particulares del aeropuerto que utilizan el carril habilitado, mientras que el resto de aparcamientos del mercado relevante y, muy especialmente, los aparcamientos explotados

por AENA, han resultado beneficiados, igual que los clientes de la concesionaria EMPARK. El TCDC de la ACCO, atendiendo a todas las circunstancias referidas y, especialmente, a la gravedad de la infracción, dada la posición de dominio de AENA en el mercado relevante y la utilización en beneficio propio de los derechos especiales que ostenta, así como el alcance geográfico limitado del mercado relevante que, no obstante, comprende no sólo las plazas de aparcamiento de larga estancia, sino también, al menos, una parte de las plazas de los aparcamientos de rotación de AENA, fija la cantidad de la multa en 1.400.000 euros.

12. Por todo lo que se ha expuesto anteriormente, vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación general, el TCDC de la ACCO, en su reunión del 7 de junio de 2011,

RESUELVE

Primero. Acordar, de conformidad con los artículos 10.2.a) de la LACCO y 53.1.a) de la LDC, declarar la comisión por parte de AENA de una conducta explotadora de su posición dominante en el mercado relevante, prohibida por el artículo 2.1 de la LDC y descrita en los fundamentos de derecho de esta resolución.

Segundo. Acordar, de conformidad con los artículos 10.2.a) de la LACCO y 53.2.a) y b) de la LDC, intimar a AENA a que cese la conducta citada en el apartado anterior y, si APARCAIVOLA lo solicita, a que proceda a autorizarla a utilizar los mismos carriles de acceso y puntos de parada en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona que EMPARK, así como a que, de ahora en adelante, se abstenga de realizar conductas similares.

Tercero. Acordar, de conformidad con los artículos 10.2.a) de la LACCO y 53.2.d) de la LDC, imponer a AENA, por la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.b) de la LDC, una multa sancionadora de un millón cuatrocientos mil euros (1.400.000 euros).

Cuarto. Acordar, de conformidad con los artículos 10.2.a) de la LACCO y 53.2.f) y 67 de la LDC, imponer a AENA una multa coercitiva de 4000 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de autorizar a APARCAIVOLA a utilizar los mismos carriles de acceso y puntos de parada en las terminales T1 y T2 del aeropuerto de Barcelona que EMPARK, siempre que aquélla lo solicite y una vez transcurridos quince días desde la presentación de la solicitud.

Quinto. Acordar comunicar esta resolución del expediente 20/2010 (BCN & BALEAR ALTERNATIVA GROUP, S.L. / AENA) a la DG y que se notifique a los interesados, haciéndoles saber que, de acuerdo con los artículos 3.1 de la LACCO y 48.1 de la LDC, contra la misma no cabe recurso por vía administrativa y que sólo es posible interponer un recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.