

Id. Cendoj: 03065470032012100001
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Elche/Elx
Sección: 3
Nº de Resolución: 41/2012
Fecha de Resolución: 26/03/2012
Nº de Recurso: 346/2011
Jurisdicción: Mercantil
Ponente: LUIS SELLER ROCA DE TOGORES
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° TRES DE ALICANTE

SEDE EN ELCHE

Calle Eucaliptos n° 21 AC - 03203 Elche

Teléfono 966917375

FAX: 966917386

Correo electrónico alme03_ali@gva.es

NIG. 03065-66-2-2011-0000412

Procedimiento: Asunto Civil 000346/2011

SENTENCIA N° 41/12

MAGISTRADO - JUEZ QUE LA DICTA: Ilmo/a Sr/a D/Dª LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

Lugar: ELCHE

Fecha: veintiséis de marzo de dos mil doce

Vistos por mí, LUIS SELLER ROCA DE TOGORES, Magistrado del Juzgado de Lo Mercantil N° 3 de Alicante, el presente juicio ordinario registrado con el núm 346/2011, seguidos a instancia de RYANAIR LTD, representada por la Procuradora Srª. Pérez Amorós y asistidos del Letrado Sr. Fernández Cortés, contra AENA AEROPUERTOS SA., representada por el Procurador Sr. Ferrández Marco y asistida del Letrado Sr. López López, siendo el objeto del juicio explotación abusiva de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sr^a. Pérez Amorós, en representación de RYANAIR LTD, presentó demanda, que fue turnada a este Juzgado en fecha 9 de junio de 2011 a la que acompañaba documentos y copias, contra el expresado demandado, interesando:

A) Declaración de abuso de posición dominante en la prestación de servicios a la actora.

B) Orden a la demandada de seguir prestando los servicios aeroportuarios a la actora en las mismas condiciones que se venían haciendo con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la nueva terminal aérea del Aeropuerto de Alicante en relación con el embarque y desembarque de pasajeros, a pie sin empleo de pasarelas telescópicas "fingers".

C) Condena a la demandada de indemnizar los daños y perjuicios causados por su infracción.

Junto a su demanda, formulaba solicitud de medidas cautelares que fue numerada con la referencia de expediente 348/11. Tras la vista que señala la ley, fué desestimada por Auto de fecha 28 de julio de 2011. Tal Auto es firme al haber sido confirmado por el la Audiencia Provincial de Alicante, Auto de 19 de enero de 2012 .

SEGUNDO.- Admitida a trámite, la demanda- se mandó emplazar al demandado.

Este, en tiempo y forma (12 de septiembre de 2011), se personó contestando a la demanda y oponiéndose a ella según los hechos y fundamentos del derecho que consideró de aplicación.

Interesaba la desestimación de la demanda con expresa condena en costas.

Se señaló para la Audiencia Previa el día 8 de noviembre de 2011. Al acto asistieron las partes debidamente representadas de procurador ^a asistidas de Letrado. No siendo posible alcanzar acuerdo que pusiera fin al pleito se continuo la vista a los fines que establece la ley.

Se propuesto prueba por ambas partes admitiéndose, la pertinente que pasó a practicarse el día del juicio, 7 de febrero de 2012.

TERCERO.- En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia debido a la complejidad del asunto y de la necesidad de atender otros expedientes de carácter preferente y urgente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora RYANAIR LTD se presenta como compañía aérea que viene determinada en su modelo de negocio como "low cost" por el que se presenta ante sus clientes y en el mercado como prestadora de un servicio a mínimo coste y máxima eficiencia.

La actora opera en el aeropuerto de Alicante desde febrero de 2007 y, sostiene que, habiendo procedido desde el principio al embarque y desembarque a pié del pasaje sin dificultad, la apertura de la Nueva Terminal Aérea (NAT) en el aeroportote Alicante (en 24 de marzo de 2011) ha sido utilizada como pretexto por AENA AEROPUERTOS SA. para imponer el uso de pasarelas telescópicas ("fingers") de manera unilateral e injustificada. Ello habría supuesto grave perjuicio para el modelo de negocio de la actora incrementando costes derivados de mayores tiempos de embarque y desembarque limitando la explotación

diaria de las aeronaves e igualmente incrementos de gastos de personal.

De modo sencillo explicados los hechos denunciados, la actora sostiene que AENA AEROPUERTOS SA. ha desarrollado práctica- abusiva de su posición de dominio en el mercado relevante, mediante la imposición injustificada de prestaciones y servicios no solicitados ni interesados por RYANAIR. Ello lo hace encase al art. 102 d) TFUE y art. 2.2 e) LDC aduciendo, además otras infracciones integradas en tales preceptos (negativa ilícita a realizar la prestación solicitada, imposición de precios abusivos, conducta discriminatoria).

La imposición habría de consistir en la negativa injustificada de AENA de facilitar a RYANAIR y a sus pasajeros, acceso a pie para el embarque y desembarque de las aeronaves, siendo este el habitual proceder en el aeropuerto de Alicante hasta la fecha.

En el ejercicio de la posición de dominio que ostenta AENA AEROPUERTOS SA. en el mercado relevante (prestación de servicios aeroportuarios en el aeropuerto de Alicante), habría incurrido en abuso al imponer a la solicitante unas prestaciones suplementarias (empleo de fingers) no vinculadas con el objeto de los contratos ni solicitadas. Habría incurrido igualmente en la conducta descrita en art. 2.2 c) LDC negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios; en art. 102 a) TFUE y art. 2.2 a) LDC , imposición de precios o condiciones de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; y art. 102 c) TFUE y 2.2 d) LDC , discriminación por aplicación tratamiento igual a situaciones que son diferentes.

SEGUNDO.- La demandada AENA AEROPUERTOS SA., no niega la posición de dominio que ostenta en cuanto única prestadora de servicios aeroportuarios en el aeropuerto de Alicante, y en toda España.

Sin embargo sostiene que la entrada en funcionamiento de la NAT ha determinado que se haga un uso generalizado de pasarelas telescópicas habida cuenta de la nueva configuración del aeropuerto, en especial las dimensiones de los "sobres" stands de estacionamiento de aeronaves. Reducida la anchura de estas, el embarque y desembarque a pie en posiciones de contacto obligaría a los pasajeros a invadir el estacionamiento contiguo infringiéndose así la Normativa de Seguridad en Plataforma prevista en RD 862/2009. De permitirse al acceso a pie, habría de usarse la correspondiente al acceso a la aeronave en remoto (no en contacto) quedando sin uso (durante la operación) la puerta de embarque a través de pasarela; quedaría disminuida así la capacidad de embarque y desembarque del aeropuerto. Hace valer la prueba de evaluación realizada en 27 de mayo de 2011, fruto de la cual, a su entender, se han eliminado parcialmente los riesgos y peligros existentes y se ha autorizado durante la temporada de invierno el embarque y desembarque a pie en posiciones de contacto mediante la amortización de las posiciones ubicadas a la izquierda de la aeronave. Niega así mismo que la modificación de estas circunstancias haya influido en el modelo de negocio de la actora habiéndose conseguido (en el periodo estival de 2011 en relación con el mismo periodo de 2010) mejores ratios de puntualidad pese al empleo de los "fingers". Igualmente sostiene que el empleo o no de pasarelas telescópicas no se puede considerar como un elemento esencial del modelo de negocio de la actora.

Insiste en que el mero hecho de utilización de posiciones de contacto (con o sin empleo de pasarelas telescópicas), de acuerdo con la Orden Ministerial de 13 de mayo de 1994, no exime del abono de las tasas correspondientes al impedirse el uso de las pasarelas por otras aeronaves (salvo que, solicitada posición en remoto no existiera disponibilidad).

La medida, además estar justificada, afectaría por igual a todas la compañías aéreas que operan en la NAT, sin existir discriminación por tanto.

TERCERO.- Sobre la posición de dominio y su abuso.

Podemos definir el abuso de posición dominante acudiendo a la STS de 8 de mayo de 2003

"La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado."

Establece así mismo la Sentencia, como criterio de aproximación a la regulación legal (referida al antiguo precepto, pero válidas-para el vigente), los siguientes:

A) Lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva, siendo la noción fundamental del precepto, no es definida por este.

D) Dada la similitud existente entre el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 102 TFUE) y aquel artículo 6 (actual 2 LDC), cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno.

Como señala la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)) la normativa protege, tanto los intereses económicos -concurrenciales o extraconcurrenciales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. De acuerdo con lo anterior el Alto Tribunal en la Sentencia citada, haciéndose eco de la mejor doctrina, diferenciaba diversos abusos:

a) Primera línea de competencia: son los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia-residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio.

b) Segunda línea de competencia: . los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados. Es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace-la doctrina, de segundo grado.

c) Los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores.

Al segundo ámbito (abuso explorativo en contraposición al abuso concurrencial puro del

apartado primero) se dirigiría la actuación que se denuncia por la actora. Siendo patente y reconocida la posición de dominio de AENA en el mercado de prestación de servicios aeroportuarios, el establecimiento de estas nuevas condiciones afectaría, no a su propio mercado (en el que es proveedora única), sino al mercado de transporte de pasajeros por compañías aéreas. La demandante se vería afectada viendo lesionado su modelo de negocio, por cuanto se incrementarían los costes (mayor tiempo de estacionamiento, menor disponibilidad y rotación de aeronaves y tripulaciones) y, según refiere, viéndose afectada en la medida en que la imposición de uso de pasarelas telescópicas la coloca en desventaja con compañías "tradicionales" en el que el incremento de costes y menor rotación no son primordiales. Se daría para ella una desventaja real en tal mercado conexo.

CUARTO.- La conducta desarrollada por la empresa en posición de dominio debe valorarse de forma objetiva, de forma que el carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor (sin perjuicio de la trascendencia del elemento de culpabilidad si se pretende un efecto sancionador que no es el caso).

Precisamente, sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

Sin embargo, ello no puede hacer merecedora de-reproche de manera indiscriminada cualquier actuación de la empresa dominante de la que se deriven perjuicios para el mercado y, menos aún si no se advierte que con su actuación no se ha falseado, limitado o restringido el mercado.

La lesión de los intereses económicos de clientes (esa es la posición que tiene la actora respecto de AENA) producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva, un elemento de carencia de justificación. Tal carencia de justificación se reconocerá cuando el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

Como Señala la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, en Sentencia núm. 89/2007 de 13 abril (AC 2007/1906) En el caso de que una de las partes ostente una posición de dominio respecto de un bien o un servicio puede exigírsele una especial diligencia en su comportamiento a fin de no incurra en restricciones no razonables de la competencia. Pero debe comprenderse que eso no significa que pueda impedírsele ni la defensa de sus legítimos intereses ni la extracción de los beneficios debidos a su propia eficiencia. La empresa dominante goza de plenitud de libertad económica, sin otros límites que los que le vengan impuestos por su excepcional posición de poder en el mercado. Por lo que no equivale a abuso que una empresa dominante se resista a plegarse a las exigencias de la otra parte sobre las condiciones para disfrutar del bien o servicio de que se trate, si es que no ceder a lo que se le pide responde a una justificación objetiva de su comportamiento desde el punto de vista económico que lo revele como no abusivo."

Sin embargo, tal justificación no ha de provenir siempre de una legítima defensa económica de la empresa en posición de dominio en el mercado, sino que el comportamiento puede estar amparado en razones de índole objetiva como la alegada por la demandada en este caso de garantía de seguridad en la prestación del servicio.

Del mismo modo, no puede negarse queja regla de minimis (exclusión de conductas de menor importancia que no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia) recogida en el texto vigente en el art. 5 LDC alcanza no sólo a las prohibiciones contenidas en art. 1 sino también a la prevista en el art. 2. "Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia."

Pudiera argumentarse que cuando una empresa en posición de dominio sigue uno de los comportamientos restrictivos descritos- en el art: 2.2 LDC , tal comportamiento, por su propia naturaleza es idóneo para afectar de manera significativa a la competencia.

Sin embargo no ha descartarse que, pese a que se pueda apreciar alguna de las conductas descritas en el art. 2.2 LDC , la afectación real (actual o potencial) del mercado (que pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia) debe ser lo suficientemente significativa para que pueda considerarse que existe abuso, pues la noción de abuso conlleva también la afectación sensible de la competencia y no una mera restricción.

Debe de realizarse una interpretación integradora del art. 2 y del artículo 1 LDC (y los artículos 101 y 102 TFUE) en la medida en que son preceptos consecutivos y que se dirigen a la consecución de unos mismos objetivos respecto del mercado. Procede así considerar que el abuso explotativo "sólo alcanzará a aquellas prácticas lesivas de la empresa en posición de dominio que, por su importancia cualitativa o cuantitativa o por riesgo efectivo que puedan comportar de generalización o degeneración, revistan una especial gravedad y se haga por ello aconsejable la intervención desde la norma antimonopolio" (Jaume Pellisé Capell, "La explotación abusiva de una posición dominante" Ed. Civitas). De este modo, los abusos explotativos deberían reservarse para aquellos casos más graves que afecten al buen funcionamiento del mercado y trascienda del particular interés privado de las partes.

Para valorar la significación del impacto habrá de estarse al caso concreto y puede venir determinada por múltiples circunstancias como el despliegue de efectos durante un escaso periodo de tiempo o cuando los efectos se desplieguen en mercados conexos en los que la presunta infractora no se encuentra en posición de dominio ("la falta de posición dominante de la empresa en el mercado conexo ya no permitiría afirmar por se su capacidad de afectar de manera significativa la competencia, por lo que cabría la posibilidad de considerar su conducta de escasa importancia y, en consecuencia, no abusiva por inaptitud para amenazar el juego de la competencia en dicha mercado." (Felipe Palau, Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, Civitas, 2010).

Por último, como consecuencia de lo anterior», cualquier decisión unilateral adoptada por una empresa en posición de dominio que no sea susceptible de falsear o restringir el mercado propio o conexo, tampoco habrá de merecer reproche.

QUINTO.- No es discutido y aparece como diáfana la posición de dominio pleno que ostenta la demandada en el mercado relevante de servicios aeroportuarios y de navegación aérea civil en el aeropuerto de Alicante, de acuerdo con su norma reguladora.

Las conductas que se imputan a AENA por la demandante consisten en: a) imposición ilícita de prestaciones no solicitadas ni vinculadas con la prestación solicitada (art. 102 d) TFUE y art. 2.2 e) LDC : subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos); b) negativa ilícita de realizar la

prestación solicitada (art. 2.2 c) LDC : negativa injustificada a satisfacer demandas de compra de productos o de prestación de servicios); c) Imposición de precios abusivos (art. 102 TFUE y art. 2.2 LDC : la imposición, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos); d) Práctica discriminatoria con la actora (art. 102 c) TFUE y art. 2.2 d) aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Examinaremos cada una de ellas.

A) Imposición ilícita de prestaciones no solicitadas ni vinculadas con la prestación solicitada (art. 102 d) TFUE y art. 2.2 e) LDC .

Insiste la demandante en que la utilización de las infraestructuras aeroportuarias por las diversas compañías aéreas (y por ende sus pasajeros) constituye una prestación diversa a la del uso de pasarelas telescópicas, sobre la base de las diferentes tarifas que se aplican para una u otra prestación según que se trate desembarque o desembarque a pie (tarifa EI) o mediante finger (tarifa E.1).

Sin embargo, no se puede decir que sean absolutamente independientes o ajenas entre sí en el sentido que se enuncia tanto por el Tratado como por la Ley Española. En base a tales tarifas de manera evidente, aunque pueda considerarse no necesario (suplementario) el empleo de pasarelas, su uso guarda una directa e íntima relación (por su naturaleza y por los usos de comercio) con el objeto general del contrato (objeto que viene integrado no sólo por las prestaciones que reclama RYANAIR sino también por la forma que en que ha de llevarlas a cabo AENA de manera que se hagan compatibles con el resto de prestaciones que ha de facilitar a los demás operadores).

Tal conexión se hace patente por cuanto, de realizarse el embarque y desembarque a pie en posiciones de contacto, se impide el empleo de la pasarela telescópica para esa misma posición (por razones obvias ya que se encuentra ocupada por la aeronave). Sin embargo, no ocurre lo mismo si se emplea por la aeronave en posición de contacto la pasarela telescópica. En este caso, la puerta de embarque para acceso a pie a plataforma puede ser empleada por pasajeros de otros vuelos estacionados en remoto (haciendo uso de los vehículos "jardineras"). Motivo este por el que, según la normativa tarifaria, se impone la misma a la compañía que emplea posición de contacto tanto si utiliza pasarela como si no.

Así, no se puede considerar ajena al interés operativo de AENA (con sus repercusiones económicas legítimas) que cualquier compañía que pretenda utilizar posiciones de contacto lleve a cabo la carga y descarga de pasajeros mediante fingers por cuanto, tal y como se configuran las puertas de embarque en NAT, por la misma se podrá dar servicio a otras aeronaves estacionadas en remoto. El empleo de finger beneficia la fluidez del tráfico de pasajeros, sobre todo en la época estival en la que se produce una mayor afluencia de vuelos.

Por ello, el empleo de pasarelas telescópicas no puede considerarse ajena, más bien todo lo contrario, al objeto del contrato de prestación de servicios.

Por otro lado, no ha de perderse de vista que AENA carece de presencia e interés en el mercado conexo descendente de transporte de pasajeros por compañías aéreas (cualquiera que sea el modelo de negocio que dispongan). Ello tiene trascendencia en la medida en que "La jurisprudencia sobre mercados conexos es clara respecto de que la conducta abusiva tiene por objeto el beneficio del operador dominante" (RTDC de 12 de abril de 2007 Special

Prices/Binter Canarias; más recientemente RCNC de 10 de junio de 2009 Signus/Covalor).

Siendo así, aunque se considerase ilícita (no justificada) la imposición de las pasarelas telescópicas, no podría considerarse abusiva en el sentido de falsear o restringir la competencia.

B) Negativa ilícita, injustificada, a satisfacer demandas de compra de productos o de prestación de servicios (art. 2.1 c) LDC).

Partiendo de lo dicho más arriba, el embarque y desembarque en posiciones de contacto a pie o por pasarela telescópica o mediante "jardineras" en posiciones de remoto, no son tres servicios absolutamente diversos sino tres formas de cumplir la prestación comprometida por AENA.

Sin duda, en la terminal antigua, el uso de posiciones de contacto (a pie) o de remoto supusieron dos formas de prestación del servicio que se desarrollaron a petición de la actora sin que se conozca que existiera conflicto.

Tampoco parece que en la NAT, AENA se niegue a facilitar el embarque y desembarque en remoto que supuso el cincuenta por ciento de las operaciones de RYANAIR durante el verano 2010 (Según datos facilitados por AENA no contestados por la actora).

No se trata, por tanto, de que se haya denegado la prestación del servicio aeroportuario sino de que AENA (fundada en unas circunstancias objetivas que serán objeto de tratamiento separado) presta de manera diversa parcialmente el servicio. Lo hace, además, respecto de la aquí demandante y del resto de compañías (que no son competidoras suyas) lo cual es relevante. En el asunto Spain Pharma /Smithkline, el TDC (Resolución de 3 de diciembre de 2003) rechazó el abuso que no consistía en un cese absoluto de suministro sino en una disminución: "...en efecto, no puede decirse-que [Smithkline] no quiera servir Twinrix ni que siempre lo haya servido totalmente y luego deje de hacerlo". La Resolución citada, citando la Resolución de 5 de diciembre de. 2001 (Laboratorios Farmacéuticos), llega a afirmar que, por el hecho de ser dominante, una empresa no está obligada a adaptar su dimensión y capacidad productiva (de prestación de servicios en el caso que nos ocupa) al deseo de terceros. Es de notar que el Tribunal desechó examinar si efectivamente concurría una justificación objetiva para que se diera tal reducción de suministro, que, por otro lado parecía concurrir.

Se ha de considerar, además, que en cualquier aeropuerto, las posiciones de contacto son limitadas y que su uso por las diferentes compañías sólo puede hacerse (con o sin pasarelas telescópicas) dependiendo de la demanda existente en cada momento, existiendo como alternativa las posiciones de remoto igualmente limitadas.

C) Imposición de precios abusivos (art. 102 TFUE y art. 2.2 LDC). Ya se ha advertido que el incremento de tarifas no se debe al empleo de pasarelas telescópicas sino al mero hecho de estacionar en posición de contacto. Es por ello que, al menos de manera directa no supone un incremento de costes para la demandante, tratándose de tarifas establecidas reglamentariamente.

D) Práctica discriminatoria con la actora (art. 102 c) TFUE y art. 2.2 d) aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

No ha de olvidarse que, de concurrir un trato discriminatorio, es preciso que este afecte a

un recurso necesario para competir que determine unos efectos significativos, "... que coloque a unos competidores en situación de desventaja frente a otros", como exige el precepto (Sala de lo Contencioso- Administrativo Audiencia Nacional, Sentencia de 13 de marzo de 2007 , Gas Natural, anulando la resolución de TDC).

Se sostiene la pretensión de la actora en las características de su concreto modelo de negocio. Este se caracteriza, según la actora, por una reducción drástica de costes que le lleva a prescindir de todo gasto superfluo para proporcionarla sus clientes unos precios muy bajos garantizando a su vez puntualidad en el servicio: Este modelo se basa, entre otros elementos, en la agilidad y rapidez en el embarque y desembarque de pasajeros que le permite una mayor rotación de aeronaves y una utilización óptima de las tripulaciones.

Sin duda, cualquier compañía aérea que aspire á ser competitiva viene obligada a optimizar sus recursos. Esta estrategia es predicable; no solamente de las denominadas compañías "low cost" sino también de las "clásicas". No obstante, la actora insiste en que AENA, en su posición de dominio, debe de discriminar la prestación de sus servicios según se trate de una u otra ya que sus necesidades son diversas, evitando así generar en RYANAIR una desventaja competitiva.

Debe de concordarse que el embarque y desembarque a pie no constituye una nota esencial de la operativa de RYANAIR. Esta compañía opera utilizando pasarelas telescópicas en otros aeropuertos españoles (incluido el de Palma de Mallorca al que ha desplazado parte de sus operaciones residenciadas en Alicante hasta ahora), luego no se puede concluir que por este solo hecho se la haya generado una desventaja competitiva. El representante de York Aviation, Sr. Eusebio , consultora presentada por la demandante, a preguntas del Letrado de AENA, no pudo por menos que responder al final de su declaración que si en otros aeropuertos RYANAIR utilizase los "fingers" no podría considerarse una alteración de su modelo de negocio.

Pudiera sostenerse que, en el concreto mercado relevante (Aeropuerto de Alicante) esa imposición sí que supone una desventaja competitiva, de modo que en las líneas que operan desde o hasta Alicante (a diferencia de otros destinos) sí que es esencial para su competitividad. Se sostiene por la actora que, si bien el uso de fingers no ha incrementado la impuntualidad (según datos facilitados por AENA comparativos de los mismos periodos estivales de 2010 y 2011 en el aeropuerto de Alicante) ello ha determinado que haya disminuido la rotación de aeronaves y que se hayan incrementado los costes de tripulación (al superar las horas reglamentarias), este incremento de costes le habría generado la desventaja competitiva. Sin embargo, escás prueba se ha practicado para acreditar la peculiaridad de la operativa de la actora en este concreto mercado; nula para analizar el incremento de costes.

En cuanto a lo primero, Don Isaac , al explicar en su declaración la política operativa de RYANAIR, advirtió que se había tenido que reprogramar vuelos como consecuencia del retraso derivado de las pasarelas telescópicas y que se ha visto afectada la operativa prevista por la compañía para el aeropuerto de Alicante, con unas características distintas a otros aeropuertos (en concreta al de Palma de Mallorca al que han derivado parte de sus vuelos). Don Isaac es especialista e operativa de RYANAIR. Sin pretender desmerecer su testimonio, resulta insuficiente para acreditar un hecho tan trascendente como es la concreta repercusión que el uso de las pasarelas ha tenido para RYANAIR, disponiendo la actora de los datos concretos que podía haber aportado al proceso de la temporada veraniega.

Por otro lado, en relación a la velocidad de embarque y desembarque de pasajeros, se

insiste por la actora en que, de realizarse a pie, se consigue que la parada sea aproximadamente de 25 minutos frente a los 35 o 40 minutos que se emplean si se usan las pasarelas telescópicas. Sobre esta cuestión se hubo de reconocer por el Sr. Isaac que los SLOT (franja horaria asignada por el controlador aéreo para aterrizaje y despegue de la aeronave) que solicitan a AENA tanto en el aeropuerto de Alicante como en Palma o Madrid o Barcelona siempre es de 35 minutos, lo que viene a coincidir con el tiempo de escala mínimo recomendado por BOING (fabricante) para el modelo de avión empleado por RYANAIR. Pese a que el Sr. Isaac manifestó que, de realizarse el embarque y desembarque en menor tiempo se permite el despegue antes del tiempo mínimo previsto, el Sr. Pascual (Jefe de división de operaciones de AENA) fue rotundo al afirmar que tal tiempo mínimo (que coincide con el Slot solicitado y concedido y con lo recomendado por la fabricante de la aeronave) es idéntico en todos los aeropuertos y que, como responsable de operaciones, no permitiría despegar antes de los 35 minutos.

Siendo así, los efectos de demora del empleo de pasarelas telescópicas son prácticamente insignificantes si no los son totalmente.

No se ha de considerar así que el empleo de las pasarelas telescópicas (y las consecuencias que denuncia la demandante) afecte a su modelo de negocio en el Aeropuerto de Alicante, ni que exija un tratamiento discriminado por parte del operador dominante respecto del resto de compañías que operan en tal aeropuerto.

SEXTO.- En cuanto a la justificación dada por AENA de su actuación en atención a las garantías de seguridad sobre la que se ha desarrollado a lo largo del pleito extensa prueba.

La demandante ha practicado prueba-pericial emitida por el Sr. Serafin (doc. 14 y 15) dirigida a sostener la viabilidad del embarque y desembarque a pie desde posiciones de contacto sin transgredir normas de seguridad a la vista de la actual configuración de la NAT. Al parecer de este juzgador, los conocimientos técnicos y experiencia mostrada por el señor perito en una materia tan concreta como la que nos ocupa no son los más idóneos para emitir un dictamen con precisión y fundamento. Así se puso de manifiesto en el interrogatorio al que fue sometido por el Letrado de AENA.

Más contundente fue la declaración Don. Pascual que es titulado ingeniero técnico aeronáutico que intervino como testigo. Sin embargo, además de que no puede considerarse su testimonio como una auténtica pericial, del mismo tampoco puede concluirse una absoluta imposibilidad (por motivos de seguridad) de realización de los embarques y desembarques a pie en posiciones de contacto.

Que el embarque y desembarque a pie, en relación con el realizado a través de pasarelas telescópicas, supone un mayor riesgo para el pasajero (en la medida en que se expone directamente a peligros varios) parece evidente. Pero también lo es que tal riesgo puede conjurarse en varias de las posiciones adoptando las medidas de seguridad oportunas. No puede calibrarse por este juzgador con las pruebas practicadas si tales medidas de seguridad pasan en todo caso por la amortización de las posiciones contiguas a la aeronave estacionada y, de ser así, sin duda tal posibilidad estará limitada por las necesidades del tráfico aeroportuario en cada momento y por el propio interés explorativo de AENA.

Lo que sí que parece evidente es que tal posibilidad existe (en mayor o menor grado), como se ha demostrado por la operativa desarrollada durante la temporada de invierno y el ofrecimiento realizado por AENA a la demandante de, seguir operando del mismo modo durante el verano (en condiciones que incluso podrían considerarse mejores que las dadas en la antigua terminal en la que se empleaban sólo tres posiciones de contacto).

En cualquier caso, como se ha visto a lo largo del fundamento anterior, el carácter justificado o no de la variación parcial en la forma de prestación del servicio es irrelevante para estimar o desestimar la demanda desde el momento en que esta modificación no afecta al modelo de negocio de la demandante, y no tiene (si quiera potencialmente se ha podido probar) relevancia, no restringe ni falsea el mercado relevante (el propio en el que desarrolla su actividad RYANAIR).

Cuestión distinta, que no es objeto del presente pleito, es si la variación que se haya producido atenta a la relación contractual existente entre las partes, lo cual queda en el ámbito privado y que carece de trascendencia para el mercado por las razones expuestas más arriba.

SÉPTIMO.- Procede así desestimar la demanda formulada por RYANAIR LTD y, de acuerdo con el art. 394 LEC , siendo rechazadas las pretensiones de la actora, corresponde a esta asumir el pago de las costas generadas en este proceso.

FALLO

Se desestima la demanda formulada por la procuradora Sr^a. Pérez Amorós en nombre y representación de RYANAIR LTD contra AENA AEROPUERTOS SA.

Se condena a la actora al pago de las costas de este proceso.

Notifíquese a las partes y comuníquese a la Comisión Nacional de la Competencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Alicante, que habrá de interponerse por medio de escrito presentado, en este Juzgado en el plazo de 20 DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 457 LECn de acuerdo con la redacción dada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal).

De conformidad con la D. A. 15^a de la LOPJ , para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (4785 0000 89 EEÉE AA indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD. MM/AAAA

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en ELCHE, a veintiséis de marzo de dos mil doce.