

Elche, a veintiocho de julio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se presenta por la representación procesal de la mercantil Ryanair Ltd solicitud de medidas cautelares coetáneas a la presentación de demanda, frente a Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).

Admitida a trámite la solicitud se convocó a las partes a la vista que previene la ley en el día de ayer.

A la misma han comparecido ambas partes debidamente representadas y asistidas de Letrado.

En el acto la demandante se ratificó en su solicitud y la demandada, se opuso.

La demandada manifestó haberse personado como Sociedad Mercantil Estatal AENA Aeropuertos S.A. Aeropuerto de Alicante, en virtud de la Orden FOM/1525/2011, de 7 de junio. Tal personación se realizó en fecha 26 de julio de 2011.

Se propuso prueba documental e interrogatorio de testigos que se practicó quedando, tras informe de las partes visto para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La solicitud de medidas cautelares presente tiene como antecedente las tramitadas bajo el número 105/11 que fueron desestimadas mediante Auto de 10 de mayo de 2011, actualmente en trámite de apelación.

Se presenta ahora la solicitud junto con la demanda en la que la actora sostiene su pretensión en la práctica abusiva de AENA de su posición de dominio en el mercado relevante, principalmente por la imposición injustificada de prestaciones y servicios no solicitados ni interesados por Ryanair. Ello lo hace en base 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).

Tal imposición consiste 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 de apertura de la nueva terminal (24 de marzo de 2011).

En el ejercicio de la posición de dominio que ostenta AENA en el mercado relevante, con tal conducta, 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 vulnerando así el apartado d) del art. 102 TFUE y art. 2.2 e) LDC. 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: Sobre lo anterior, interesa que con carácter cautelar se ordene a AENA que continúe prestando los servicios aeroportuarios en las mismas condiciones que hasta la fecha permitiendo el embarque y desembarque de pasajeros de Ryanair a pie y sin necesidad del uso de los denominados fingers.

Sostiene la demandante su pretensión cautelar en el perjuicio irreparable consistente en la pérdida de clientela que, como consecuencia de los retrasos que se acumulan, se produce inexorablemente. Tal descenso de puntualidad afecta directamente a su modelo de gestión de negocio como compañía de bajo coste que ofrece a sus clientes precios reducidos y garantía de puntualidad como forma de competir con otras compañías de modelo tradicional en el sector.

AENA, de modo similar a la oposición anterior, basa el argumento principal en la imposibilidad de facilitar el servicio en la forma desarrollada hasta la fecha sin vulnerar la normativa de seguridad aeroportuaria, como consecuencia de la disposición de los estacionamientos de contacto. Tras el dictado del referido Auto, AENA procedió a realizar una prueba de evaluación de tal posibilidad en dos posiciones (27 y 43) en fecha 27 de mayo de 2011 cuyos resultados aporta. Concluye la imposibilidad de garantizar la seguridad de los pasajeros mediante tal operativa en ambas posiciones y traslada tal conclusión al resto de posiciones. No obstante, se compromete la demandada en adoptar las medidas oportunas para facilitar el embarque y desembarque a pie en puntos de contacto para la temporada de invierno, momento en el que se reduce a la mitad el tráfico y es posible amortizar las posiciones de babor (contiguas a la posición empleada para el embarque y desembarque a pie) de modo que se elimine el riesgo para la seguridad.

Del mismo modo, sostiene que, tras la modificación del sistema de embarque y desembarque operada con la entrada en funcionamiento de la NAT, no se advierte el perjuicio que se denuncia en orden a los retrasos, que este, en cualquier caso, es mínimo sin que llegue a ser de entidad suficiente para alterar el modelo de negocio de la demandante afectando a su clientela.

Sobre la cuestión, Ryanair, sostiene que la prueba realizada no se hizo en condiciones óptimas por lo que no pueden ser tomadas en cuenta sus conclusiones. Que la puntualidad de sus vuelos se ha visto perjudicada y que existe grave riesgo de que se traslade a la pérdida de clientes de manera irreparable (o de muy difícil reparación).

SEGUNDO.- No es discutida la posición de dominio que ostenta la demandada en el mercado relevante.

Tomado en consideración que AENA puede desarrollar su política comercial de

manera independiente sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes (St. Michelin, Hofman La Roche) en el concreto mercado geográfico de prestación de servicios aeroportuarios, tal posición de dominio aparece como patente.

Es precisamente esa posición de dominio, en el concreto aeropuerto del El Altet que de manera exclusiva facilita los servicios aeroportuarios, la que le exige un mayor celo en su conducta. Como señala la sentencia Hoffman La Roche "La posición de dominio impone una mayor responsabilidad por la debilidad de la estructura del mercado relevante precisamente por esa posición de dominio".

Siguiendo la clasificación que enuncia el TS en su sentencia de 8 de mayo de 2003, de un modo muy didáctico, podría considerarse que, en el ejercicio de la posición de dominio, una empresa (operador económico) podría incurrir en una conducta anticompetitiva de "segundo grado" mediante abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia de sus respectivos mercados. Mediante su comportamiento, AENA estaría afectando el mercado conexo de prestación de servicios de transporte de pasajeros bajo el modelo denominado de "bajo coste".

Esta es la denuncia que se hace por la demandante. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva. Ni la ley ni el sistema económico prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes la consecución de una posible mayor eficiencia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico.

TERCERO.- Sobre lo anterior, será objeto de discusión a lo largo del pleito, si efectivamente el cambio de sistema responde a las exigencias de operatividad y seguridad que impone la nueva configuración de la terminal (si existe una justificación objetiva). Igualmente, cual es el efecto que se produce sobre las operaciones y el modelo de negocio de las compañías clientes (en concreto RYANAIR en el mercado relevante) y si este es inocuo, de menor importancia o perverso (con independencia de la intencionalidad de AENA y advirtiendo únicamente el riesgo objetivo de que ello se produzca y la trascendencia del efecto). Como es sabido, no toda afectación del mercado relevante es sancionable desde la perspectiva de la competencia, sólo la que afecte una manera significativa merece su reproche. Por último se discutirá, si la demandada, en uso diligente de su posición de dominio ha adoptado, desde la entrada en funcionamiento de la nueva terminal, las medidas precisas para minimizar los efectos perturbadores que pudieran producirse.

CUARTO.- De lo actuado se desprende, sin perjuicio de lo que se pueda dilucidar a lo largo del pleito, que:

a) La nueva configuración de la terminal de Aeropuerto de Alicante dispone de unas características diferentes a las de su predecesora que impide seguir con idéntico régimen de embarque y desembarque de las aeronaves a pie, estando condicionado a cumplimiento de normas de seguridad.

b) No existe una imposibilidad absoluta de lo anterior, y AENA hasta recientes fechas no ha adoptado una actitud decidida para, respetando las exigencias de seguridad y de operatividad de la nueva terminal, mantener, en lo posible, la misma operativa que se venía desarrollando hasta marzo de 2011 en la terminal antigua.

La propia solicitante es consciente de que tal normativa de seguridad ha de cumplirse, pero entiende que la posibilidad de mantenimiento de las condiciones anteriores es más amplia que la propuesta por AENA.

QUINTO.- Sin embargo, inexorablemente hemos de examinar otra vez el riesgo de que, de no dictarse la orden general interesada por la demandante, le sean causados unos perjuicios irreparables.

Focaliza ahora su fundamentación, en el retraso en la puntualidad que le está generando la aplicación del régimen empleo de fingers. Tales retrasos afectan a su modelo de negocio en la medida en que el cliente advierte tal servicio que pretende no es el reclamado y habitual de la compañía. El cliente huye y su recuperación es incierta y muy gravosa.

¿Existen indicios de que este hecho se esté produciendo o pueda llegar a producirse? Sostiene la demandante, con fundamento dictamen emitido por la empresa de consultoría especializada, York Aviation (doc 22 de su solicitud), que así es.

En él se evalúa el impacto del uso de las pasarelas telescópicas en las operaciones desarrolladas en el aeropuerto del El Altet. Es muy ilustrativo el desarrollo de la exposición en orden a antecedentes, modelo operativo y efectos perniciosos del empleo de pasarelas telescópicas. Sobre la base de informaciones facilitadas por la compañía y del agente handling en Alicante (Swissport) concluye que: "De los 313 retrasos de las aeronaves de Ryanair en Alicante en el periodo del 24 de marzo de 2011, 74 se atribuyeron a retrasos en las pasarelas telescópicas por parte del agente de handling y, de estos, el 60% causó retrasos de más de 15 minutos. Esto sugiere que el 23,4% de todas las salidas con retraso estuvieron causadas por el uso de pasarelas telescópicas controladas por el agente de handling independiente de la aerolínea, Swissport".

Ha de advertirse que el periodo de impacto examinado por la consultora, aunque no se explicita, se deduce que es desde el 24 de marzo de 2011 al 5 de mayo de 2011 (así se deduce del párrafo 22). En tal periodo se constata un descenso de la puntualidad que se cifra en el 79%. Ello se concuerda prácticamente con la información de puntualidad en escala que facilita la demandad como documento

núm. 9 y sobre el que se pudo interrogar al Sr. F. (encargado de la división de operaciones del aeropuerto).

Prescindiendo de las dificultades de comprensión del interrogatorio del representante de la empresa consultora derivados de la dificultad del idioma, se puede constatar que, en el periodo de evaluación, de modo terminante en el párrafo 22, se señala una puntualidad de 79% existiendo un 21% (el resto) de salidas que sufrían retrasos de más de 15 minutos. Si relacionamos lo anterior con el párrafo 27 en el que se advierte que el 23,4% de todos los retrasos fueron imputables al uso de pasarelas telescópicas por el agente de handling advertimos que según tales datos (facilitados como señala la consultora por la propia Ryanair y por su asistente en tierra) el conjunto de los retrasos acaecidos en tal periodo e imputables al empleo de pasarelas (no aparece claro si se debe a la propia operativa o a la destreza de los operarios de la empresa de handling) no superaría el 5%. El resto, 16% se imputaría a otros motivos.

Tomado como ciertos tales datos manifestados por la consultora se ignora la repercusión que pueda tener en el modelo de negocio tal índice de retraso, como afecta a la programación de vuelos, de qué modo incide en el grado de satisfacción del pasajero y en su decisión de abandonar la compañía.

No se trata de que se presenten cifras concretas pero, ya que en la propia demanda se manifiesta que ya se están sufriendo unos "muy graves perjuicios", parece razonable exigir un mayor esfuerzo acreditativo del riesgo y, como se puso de manifiesto en el anterior auto, de su carácter irreparable. Sin duda, la propia demandante tendrá datos inmediatos sobre evolución de cifras de pasajeros desplazados por la compañía durante los meses de junio y julio y si estos han disminuido, si ha habido que reajustar programaciones de vuelos, si ha habido cancelaciones a instancia de los pasajeros, quejas emitidas a la compañía por este concepto...

Aun asumiendo que fuera significativo lo anterior, teniendo en cuenta los datos facilitados por AENA en orden a la puntualidad se advierte que en los meses sucesivos (aquellos a los que no parece abarcar el dictamen de la parte, junio y julio) la puntualidad ha mejorado respecto de los mismos meses del año anterior (1,60% en junio y 8,80% en julio, hasta el día 24).

Así a los efectos de evaluar el riesgo de pendencia del proceso se advierte que este no existe ni está justificado.

SEXTO.- Se alude por la demandante a la teoría de los daños producida ex re ipsa. Conoce este juzgador tal doctrina y ha tenido ocasión de aplicarla en muchas ocasiones. Aunque era doctrina consolidada (SSTS de 21 de abril de 1992, 21 de mayo de 1994 y 6 de marzo de 1995, entre otras) la que afirma que no puede condenarse a resarcir los eventuales daños causados, si éstos no resultan plenamente acreditados, la doctrina más reciente ha ido modelando una teoría del resarcimiento del daño en la que se ve debilitada la exigencia de la puntual prueba de su causación, por entender que existen determinados perjuicios

inherentes a puntuales infracciones que devienen automáticos y que la sola comisión del ilícito determina su existencia “como un fatal o necesario agravio de los intereses del acreedor” (SSTS de 30 de marzo y 9 de mayo de 1998 de 7 de diciembre y 10 de octubre de 2001 y 23 de febrero de 1998). Según ella, la realidad del daño ha de ser probada para que proceda la condena a su resarcimiento, pero esa prueba no es precisa cuando ex re ipsa resulte evidenciada, como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado o cuando la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica. (St. AP Barcelona, secc, 15ª, de 24 de septiembre de 2003).

Sin embargo tal doctrina no exime de evaluar la trascendencia de los daños que ineludiblemente se infieren de una conducta antijurídica como la que se denuncia y en la sede de medidas cautelares en la que nos encontramos pues es presupuesto para adelantar un pronunciamiento que, naturalmente, debe de acontecer tras un plenario, en sentencia.

Tal evaluación se ha realizado más arriba y se advierte que no concurre el riesgo de perjuicio irreparable necesario para adoptar la medida solicitada. Incluso, a la vista de lo anterior, sería discutible si la modificación operada tiene un efecto significativo alterando, restringiendo o falseando la competencia del mercado relevante, lo que excluiría el examen de la cuestión desde la perspectiva de la competencia, circunscribiendo esta al ámbito contractual.

SÉPTIMO.- Desestimadas las medidas cautelares solicitadas, procede, conforme al art. 736 LEC, imponer las costas de acuerdo con los criterios establecidos por el art. 394 LEC.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestiman las medidas cautelares solicitadas, por RYANAIR LTD contra AENA AEROPUERTOS S.A (antes AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA)).

Ello con condena en costas ala solicitante de Medidas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn)

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS, limitado a citar la resolución manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Información sobre el depósito para recurrir

De conformidad con la D.A. 15ª 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 (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Lo acuerda y firma S.Sª, de lo que doy fe.

Firma del Magistrado/a-Juez.- El/la Secretario/a Judicial.