

COMPETENCIA EN EL SECTOR AÉREO Y AEROPORTUARIO*

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil (Titular Ac.)
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Este trabajo analiza la competencia en el sector aéreo y aeroportuario. Se analiza la liberalización del transporte aéreo y de las actividades aeroportuarias y su incidencia desde el punto de vista de la competencia. Por lo que se refiere al segundo de los aspectos señalados, se presta especial atención a los servicios de asistencia en tierra de aeronaves, pasajeros y mercancías. En cuanto al régimen de financiación de aeropuertos, dos son las grandes cuestiones abordadas: por un lado, el nuevo modelo de gestión aeroportuaria —es decir, la privatización parcial de AENA (que, en los términos en que está configurado en este momento, no promoverá la competencia)— y, por otro, la financiación pública de los aeropuertos y compañías aéreas, prestando especial atención a las Directrices de 2014.

Palabras clave: sistema aeroportuario; competencia entre aeropuertos; privatización AENA; aeropuertos regionales; directrices; financiación aeropuertos; financiación apertura nuevas rutas; ayudas de Estado.

ABSTRACT

This paper analyses competition within the aviation sector. It first focus on Air Service Liberalization and then discusses in detail the reform of airport management and financing in Spain. Our analysis suggests that the reform that individualizes the airport system doesn't promote airport competition. On the other hand, the author analyses the new Aviation Guidelines adopted by the European Commission in February 2014 replacing the 1994 and 2005 Aviation Guidelines. The revised rules are welcomed as they further elaborate on the assessment criteria to apply the market economy operator principle and remove certain conditions (that had been deemed questionable) for the European Commission authorising start-up aid to airlines.

Key words: aviation sector; airport system; competition between airports; regional airports; guidelines; financing airports; start-up to airlines; law of the European Union State aid.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense «Defensa de la competencia y crisis económica y financiera. Problemas y desafíos» (DER2012-39127-C02-01), financiado por el MINECO, y del que es investigador principal el Profesor Doctor D. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

SUMARIO

I. MARCO GENERAL.—II. LA APERTURA A LA LIBRE COMPETENCIA DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA DE AERONAVES, PASAJEROS Y MERCANCÍAS.—III. LA COMPETENCIA ENTRE AEROPUERTOS: 1. *Factores que inciden en la competencia entre aeropuertos*. 2. *El nuevo modelo de gestión aeroportuaria y su incidencia en la competencia*: A) Planteamiento general. B) La privatización parcial de AENA, S.A.—IV. FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS AEROPUERTOS Y COMPAÑÍAS AÉREAS: 1. *Planteamiento general*. 2. *Ayudas prohibidas conforme a las Directrices de 2014*.

I. MARCO GENERAL

Para que el sector aéreo funcione de forma competitiva necesita de unas infraestructuras explotadas de forma eficiente y, al mismo tiempo, los aeropuertos necesitan de unos flujos de utilización suficientes. Los cambios en el sector aéreo han impactado en el sector aeroportuario, elemento indispensable para su desarrollo.

Ambas actividades —transporte aéreo y gestión aeroportuaria— están claramente interrelacionadas y revisten una capital importancia económica, social y pública, y más en un contexto económico como el actual. La necesidad de contención del gasto público, la caída de la demanda y el interés por mejorar la productividad y competitividad obligan a replantear y reformular estrategias tanto desde una perspectiva pública como privada. Es evidente la importancia del sector aéreo y aeroportuario en nuestro país y su interrelación con importantes implicaciones recíprocas.

A pesar de ello, el grado de liberalización de ambas actividades no ha discurrido de forma paralela. En el ámbito del transporte aéreo, bien puede decirse que el proceso de liberalización¹, emprendido en los años 1990 —hoy concluido— e implementado a través de bloques o paquetes implantados de forma progresiva², está hoy total-

¹ Sobre el proceso de liberalización del transporte aéreo en la Unión Europea: C. KRAFT, *Ineffective Service Sector Liberalization: the case of European Act Transport*, enero 2005.

² Desde principios de los años setenta las intervenciones de la Comisión Europea han sido extremadamente prudentes y se han venido produciendo de forma escalonada. En junio de 1983 se adoptó una primera Directiva (83/416/CEE del Consejo) tendente a mejorar el transporte aéreo internacional entre las diferentes regiones de la CE. La Comisión preparó un segundo Memorando (el primero fue de 1979) que habría de culminar en la adopción del primer paquete de medidas de liberalización del mercado del transporte aéreo comunitario, en diciembre de 1987, que supuso una tímida apertura hacia el mercado interior en régimen de libre competencia.

El segundo bloque de medidas liberalizadoras (1990) instauró un régimen transitorio y provisional que permitió a los transportistas aéreos comunitarios continuar adaptándose a

mente consumado. Tras concluir el proceso de liberalización, la política europea ha ido encaminada a regular otros aspectos como la mejora de la seguridad, la eficiencia de la navegación, el régimen de los derechos de emisión, la eficiencia de la gestión de los aeropuertos, etc.

Es bien sabido que el proceso de apertura a la libre competencia del sector aéreo ha llevado aparejado como correlato la imposición de una disciplina en relación con la concesión de ayudas públicas³. La implantación del modelo de la ayuda única a la reestructuración, denominada *one time-last time*⁴, ha posibilitado que las compañías aéreas adecúen su actividad a un marco jurídico-económico de libre competencia. Pero la fuerte competencia entre compañías aéreas (debido en gran medida a la irrupción en el mercado de las compañías de talla europea y de estructura de bajo coste, *low cost*) ha incentivado también la competencia entre los aeropuertos secundarios/regionales. Desde esta perspectiva se constata, por un lado, que la falta de competencia entre aeropuertos en el pasado no era sino consecuencia de la falta de competencia entre aerolíneas que, mediante acuerdos bilaterales, se repartían los mercados. Pero, además, esta competencia creciente ha llevado a incrementar la intervención pública en el sector, concediendo financiación a aquellos aeropuertos idóneos para la consecución de la cohesión económica y social y desarrollo de las regiones, pero también a los subexplotados. En este sentido, los aeropuertos pequeños

un futuro entorno más competitivo, lo que tuvo lugar con el tercer paquete, que constituyó el paso más importante hacia la liberalización del transporte aéreo y que se produjo en 1992.

Este tercer grupo de medidas se compuso de tres reglamentos relativos a licencias de explotación, acceso al mercado y tarifas; a estos tres reglamentos se unieron otros dos relativos a las modificaciones de las normas de competencia, aplicables a las empresas de transporte aéreo. Además, se han propuesto medidas de armonización. L. ORTIZ BLANCO / B. VAN HOUTTE, *Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Cuadernos de Estudios Europeos 17, Madrid, 1996, págs. 53-60; M.-J. MORILLAS JARILLO, «El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea», en J. L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4001-4003, y «Nuevas tendencias en el Derecho del Transporte aéreo», en *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, Madrid, 1998, págs. 275-276; L. BOUIS / C. BLUMANN, *Droit communautaire matériels*, París, 1999, págs. 307-310; J. L. POZO MARTÍNEZ, «Acuerdos en materia de transportes», en *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, 2005, págs. 274-278.

³ Vid. al respecto M. GÓMEZ PUENTE, *Derecho Administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 706 y ss.; M.-J. MORILLAS JARILLO, «El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea», cit., págs. 3989-4046; y B. SÁNCHEZ PAVÓN, «Las ayudas públicas y su influencia sobre la competencia entre los aeropuertos europeos. Análisis desde la normativa y jurisprudencia comunitarias», *Revista Unión Europea*, 12, 2007, págs. 5-16.

⁴ R. MÓNTER, «The Commission's state aid policy and airline restructuring: a "one last time" opportunity or never-ending stor?», *European Business Law Review*, febrero 1997, págs. 45 y ss.

pueden tener problemas para alcanzar el umbral de rentabilidad que les permita sobrevivir (sobre todo aquellos que registran un nivel inferior a un millón de pasajeros anuales); más aún, los operadores difícilmente van a aceptar asumir el riesgo de abrir nuevas rutas o de instalarse en aeropuertos desconocidos que no han demostrado aún su potencial. Las compañías de bajo coste negocian en esos casos subvenciones de los poderes públicos —ya sea directamente o a través de los gestores de los aeropuertos—. En la actualidad, tal y como veremos más adelante, se constata la puesta en marcha de un abanico amplísimo de prácticas comerciales implementadas entre aeropuertos y compañías aéreas que falsean los mercados de transporte aéreo (contratos de publicidad, pagos por los aeropuertos o por las autoridades de incentivos y ayudas a la comercialización a favor de las compañías...). Esta financiación es vista en muchas ocasiones con recelo por las instituciones de la Unión Europea al entender que vulnera las normas sobre competencia. De hecho, son muy numerosas las Decisiones —fruto de las denuncias presentadas sobre todo por las compañías aéreas tradicionales— adoptadas por la Comisión en esta línea (*Ryanair* en Charleroi⁵, aeropuertos de París⁶, los aeropuertos regionales alemanes⁷ o el caso *Intermed*⁸).

No obstante, el uso y abuso de la financiación pública en el sector de la aviación que se ha producido en los últimos años en todos los países de la Unión, pero notablemente en España⁹ —a pesar de que

⁵ Decisión 2004/393/CE de la Comisión Europea, de 12 de febrero de 2004, relativa a las ventajas otorgadas por la Región Valona y *Brussels South Charleroi Airport* a la compañía aérea *Ryanair* con ocasión de su instalación en Charleroi (DOCE L 137, de 30.4.2004). Vid. KRISTOFERITSCH / SIGNES DE MESA, «El futuro de las aerolíneas de bajo coste (A propósito de la decisión *Charleroi* y las Directrices sobre la financiación de aeropuertos y puestas en marcha de nuevas rutas)», *REDE*, 20, 2006, págs. 533-554; M. V. PETIT LAVALL, «Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones *Ryanair* e *Intermed*», *Derecho de los Negocios*, 182, 2005, págs. 9 y ss.; I. FERNÁNDEZ TORRES, «Aeropuertos regionales y libre competencia. En busca de un ansiado equilibrio mediante la aplicación de las directrices de 2005 (Análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias)», *RCD*, 4/2009, págs. 260-261.

⁶ Así, la STJCE de 24 de octubre de 2002 (*Aéroports de Paris c. Comisión*, asunto C-82/01).

⁷ La Comisión Europea en su Decisión de 19 de enero de 2005 (asunto N-644/2002) autorizó o consideró compatible con la legislación europea un régimen de ayudas estatales concedidas por el Gobierno alemán para la construcción y desarrollo de los aeropuertos regionales situados en regiones estructuralmente débiles y que se aplicarían en el período 2004-2006.

⁸ La Decisión de 20 de octubre de 2004 (asunto C-79/2002) de la Comisión Europea en el caso *Intermed* llevó a la autorización, bajo ciertas condiciones, de ayudas concedidas de forma ilegal por la Comunidad Autónoma catalana a la compañía aérea *Intermed, S.L.* para la puesta en marcha de la línea aérea Gerona-Madrid. Vid. M. V. PETIT LAVALL, «Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones *Ryanair* e *Intermed*», cit., págs. 16 y ss.

⁹ Informe sobre «El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberación», publicado por la CNMC el 3 de julio de 2014 (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/20140703_Estudio_aeroportuario_%20integrado.pdf, pág. 6).

los Estados miembros se han abstenido de comunicar a la Comisión numerosos casos en que los entes públicos habían otorgado ayudas—, llevó a la Comisión a promover una revisión de las Directrices de 2005¹⁰ aprobadas en 2014, que tienen en cuenta, además, la nueva situación económica y jurídica relacionada con la financiación pública de aeropuertos y compañías aéreas. Con esta reforma, la Comisión pretende cubrir las deficiencias constatadas en el mercado, establecer unas directrices coherentes con la política de modernización de las ayudas, pero también evitar el derroche de fondos públicos¹¹, todo ello en consonancia con lo establecido en la Comunicación sobre la modernización de las ayudas estatales¹².

Los cambios en el sector aéreo han impactado en el sector aeroportuario. Los aeropuertos tradicionalmente operaban como monopolios ejerciendo su poder de mercado, lo que les permitía incrementar las tarifas, a lo que las compañías aéreas respondían con un incremento también de los billetes. Hoy en día, los aeropuertos no se consideran ya como monopolios naturales, sino como unidades de negocio potencialmente rentables, es decir, como empresas. Las infraestructuras compiten por la demanda en el sector (demanda de los propios pasajeros y de las propias aerolíneas), lo que incrementa la presión competitiva entre los aeropuertos. La rentabilidad de un número importante de ellos ha llevado a poner encima de la mesa y debatir cuál debe ser la estructura de propiedad de éstos y el modelo de privatización o de regulación a seguir en su caso. El sector aeroportuario español ha sufrido importantes cambios en los últimos tiempos debido, en gran medida, a la entrada de capital privado. Pero, además, el sector aeroportuario español se caracteriza por estar fuertemente regulado en distintos aspectos: seguridad, operación y tarifas (configuradas en prestaciones patrimoniales públicas). La política tarifaria ha favorecido la sobreinversión en los aeropuertos al remunerar el capital al gestor con independencia de la rentabilidad de la infraestructura. En este sentido, el modelo español provoca ineficiencias en el desarrollo aeroportuario que convendría corregir, y de ello nos ocuparemos más adelante. En efecto, contamos con un modelo de

¹⁰ Comunicación de la Comisión Proyecto de Directrices de la UE sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas, disponible en http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_aviation_guidelines/index_en.html.

¹¹ Vid. I. FERNÁNDEZ TORRES, «La revisión de las Directrices de la UE sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas», *RDT*, 12, 2013, págs. 333-335.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la modernización de las ayudas estatales en la UE, (SAM), COM (2012) 209 final.

gestión cuasi-exclusiva de AENA^{13/14}. Se trata de un modelo de carácter esencialmente público, centralizado y de gestión directa por la Administración pública, al que recientemente se ha dado entrada a capital privado. En él, los distintos aeropuertos de la red —como veremos— no tienen total independencia para determinar las principales variables competitivas. Parece claro, además, que existen riesgos de que con la nueva regulación proliferen las ayudas públicas en detrimento de una mayor competencia en el sector. Además, la gestión centralizada impide que puedan realizarse actuaciones encaminadas a racionalizar y redimensionar la red del gestor español atendiendo a la reducción del tráfico, cerrando o reconvirtiendo aeropuertos. Ese marco regulatorio rígido, así como las intervenciones de los responsables políticos, condicionan la actuación de AENA, S.A.

Por otro lado, en los últimos años se han liberalizado servicios complementarios, como los llamados servicios en tierra, la prestación del control y tránsito aéreos.

No se trata de examinar aquí la aplicación de todas las reglas de defensa de la competencia en el sector del transporte aéreo o de la actividad aeroportuaria, en particular las referentes a la prohibición de acuerdos, decisiones y prácticas que la restrinjan y los abusos de posición de dominio. Pero sí puede resultar de interés subrayar a continuación única y exclusivamente algunos aspectos concretos de dicho fenómeno como son, por una parte, la introducción de la libre competencia respecto de los servicios de asistencia en tierra de aeronaves, pasajeros y mercancías y, por otra, su correlato, es decir, el régimen de financiación pública de los aeropuertos, y muy en especial de los aeropuertos regionales, que son subvencionados de forma recurrente por las autoridades públicas. Además de ello, prestaremos especial atención —partiendo del nuevo régimen vigente— a la competencia entre aeropuertos y los problemas que desde el punto de vista de la competencia puede plantear la privatización del gestor aeroportuario.

¹³ Los aeropuertos han sido considerados por las autoridades públicas tradicionalmente como infraestructuras para el desarrollo local, por lo que los precios se han determinado no teniendo en cuenta el mercado y su rentabilidad, sino consideraciones de orden social y regional (A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, «El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras», *RAP*, 187, 2012, pág. 73).

¹⁴ Este fenómeno es común en el marco de la Unión Europea. «En este sentido, las Directrices 2014 señalan que según Airport Council International Europe, el 77% de los aeropuertos eran de propiedad totalmente pública en 2010, mientras que el 9% eran de propiedad totalmente privada (véase Airport Council International Europe: The Ownership of Europe's Airports 2010 - La propiedad de los aeropuertos de Europa 2010)» (nota 6 Directrices 2014).

II. LA APERTURA A LA LIBRE COMPETENCIA DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA DE AERONAVES, PASAJEROS Y MERCANCÍAS.

La Directiva 1996/67/CE, del Consejo, de 15 de octubre, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra¹⁵ en los aeropuertos de la Unión Europea^{16/17}, modificada por el Reglamento (CE) 1882/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre, impulsa un proceso de liberalización y apertura a la libre competencia, de alcance parcial, de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra de aeronaves, pasajeros y mercancías, con arreglo a un conjunto de criterios¹⁸ —proceso de liberalización que sigue abierto a la espera de que se aprueben nuevas propuestas de Reglamento y Comunicaciones a las que nos referiremos más adelante—. Su fundamento descansa en la doble exigencia de la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea y del abaratamiento de los costes de explotación de las compañías aéreas, unido al incremento de los estándares de calidad ofrecidos a los usuarios¹⁹.

Huelga añadir que, en puridad, dicho proceso no es enteramente desconocido en España, puesto que varios aeropuertos de interés ge-

¹⁵ Sobre el régimen general de la asistencia en tierra, vid. M.-J. MORILLAS JARILLO, *La asistencia en tierra o handling. Actividad y contratos*, Comares, 2008.

¹⁶ Sobre los complicados antecedentes de la Directiva, T. SOAMES, «Ground handling liberalization», *Journal of Air Transport Management*, 3, 1997, pág. 85.

¹⁷ Vid. un análisis general de la Directiva 1996/67/CE en M. V. PETIT LAVALL, «Liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los servicios de asistencia en tierra (handling)», *Revista General de Derecho*, 639, 1997, págs. 14161-14177; y sobre su aplicación, el informe de la Comisión Europea de 24 de enero de 2007 [COM (2006) 821 final]. Asimismo, vid. M. V. PETIT LAVALL, «La liberalización de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad Europea», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guilarte*, tomo II, Castellón, 1999, pág. 751.

¹⁸ Vid. acerca del sometimiento del sector aeronáutico al Derecho de la Competencia M. GÓMEZ PUENTE, *Derecho Administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, cit., págs. 683 y ss.; desde una perspectiva iusprivativa, p. ej., I. FERNÁNDEZ TORRES, «Capítulo 7. El transporte aéreo en la jurisprudencia civil y mercantil», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas/Boeing/Instituto de Empresa, Pamplona, 1.ª ed., 2005, págs. 255-291; F. J. ARIAS VARONA, «La asistencia en tierra en los aeropuertos y el proceso liberalizador del transporte aéreo», *Ceflegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios, casos prácticos*, 97, 2009, págs. 3 y ss.; E. BORGHİ, *Sistemi aeroportuali tra concorrenza e complementarietà*, Tesis, 2012, http://amsdottorato.cib.unibo.it/4634/1/Borghì_Elisa_Tesi.pdf, págs. 181 y ss.

¹⁹ La importancia económica del servicio de asistencia en tierra es algo que queda fuera de toda duda. En efecto, los ingresos resultantes de la actividad representan 50.000 millones de euros; el coste representa entre un 5 y un 12% de los costes operativos de la aerolínea; el 70% de los retrasos se deben a la asistencia en tierra; emplea a unas 110.000 personas en Europa [M. J. MORILLAS JARILLO, «La reforma *in fieri* de la regulación europea de la asistencia en tierra en los aeropuertos (*Handling*)», en M. V. PETIT LAVALL / F. MARTÍNEZ SANZ / A. RECALDE CASTELLS (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, págs. 629-630].

neral (los de las Islas Canarias, junto a algunos peninsulares, como Bilbao, Santiago, Sevilla y Valencia) venían admitiendo desde el año 1994 la presencia de un segundo operador en sus instalaciones, junto a la compañía nacional Iberia, que, amén de practicar la autoasistencia con sus propias aeronaves, prestaba servicios de asistencia en tierra a las demás compañías aéreas²⁰.

La Directiva 1996/67/CE persigue que tanto la autoasistencia como la prestación de servicios de asistencia en tierra a terceros²¹ sean sometidas única y exclusivamente a aquellas limitaciones en el número de operadores, cualquiera que sea su fundamento (las clases de servicios, las condiciones de seguridad, capacidad y disponibilidad de espacio y los requerimientos de mercado), que se basen en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, y que la selección de los operadores se lleve a cabo con arreglo a un procedimiento transparente e imparcial (art. 8 de la Directiva 1996/67/CE). Es decir, se aceptan ciertas restricciones en el acceso a la actividad para coordinar la existencia de una libre competencia con las exigencias de seguridad requeridas.

Las autoridades nacionales están habilitadas para reservar a la entidad gestora de cada aeropuerto (o bien a una entidad distinta) la gestión de las infraestructuras centralizadas que estén abocadas a proporcionar servicios de asistencia en tierra y cuyo grado de complejidad, coste elevado o impacto medioambiental no permitan su división o su duplicación, tales como los sistemas de clasificación de equipajes, limpieza de escarcha, depuración de aguas o distribución de combustible, así como para obligar a utilizarlas a los agentes de asistencia y los usuarios que practiquen la autoasistencia²².

Recae sobre la entidad de gestión de cada aeropuerto el deber de asegurar el acceso de los operadores al recinto aeroportuario en condi-

²⁰ Vid. en este punto las indicaciones de J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 87, nota 95, y págs. 103 y ss.; M. GÓMEZ PUENTE, *Derecho Administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, cit., págs. 816 a 819; y J. L. ROMERO UROJULO, «Ayer y hoy de los servicios de asistencia en tierra», en AA.VV., *Origen y desarrollo del transporte aéreo en España*, Fundación AENA, Madrid, 1998, págs. 157 y ss.

²¹ Según el anexo de la Directiva 1996/67/CE, los servicios de asistencia en tierra se estructuran en once categorías, cada una de las cuales abarca diferentes actividades, siendo las más destacadas las concernientes a los servicios de rampa (o sea, las asistencias respectivas de equipajes, operaciones en pista, combustible y lubricante y carga y correo).

²² Se trata de los llamados servicios únicos o centralizados, para los que no se pueden utilizar equipos, sistemas o elementos alternativos o sustitutivos. J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, cit., pág. 107. El autor critica, no obstante, que haya quedado en manos del gestor aeroportuario el control de la gestión (pág. 119).

ciones de igualdad, proporcionándoles los espacios disponibles que resulten precisos para el desempeño de sus actividades, en su caso con arreglo a las condiciones que sean (necesariamente «pertinentes, objetivas, transparentes y no discriminatorias») y a cambio de una contraprestación dineraria que se determine conforme a los mismos criterios (art. 16 de la Directiva 1996/67/CE)²³.

La entidad gestora de cada aeropuerto está habilitada tanto para establecer las normas que estime oportunas para garantizar el buen funcionamiento del recinto aeroportuario, en la medida en que sean no discriminatorias, proporcionadas y congruentes con los objetivos de la Directiva 1996/67/CE (art. 15), como para imponer el previo establecimiento de los agentes de asistencia en tierra en el territorio de la Unión y el sometimiento de su actividad a un régimen de autorización administrativa previa (art. 14 de la misma Directiva 1996/67/CE).

La liberalización y los problemas asociados al sometimiento de este sector a la libre competencia no pueden considerarse agotados con la aprobación de la Directiva. La actividad queda sometida a las normas generales de competencia y, en especial, a las normas sobre abuso de posición dominante a que las conductas de dichos operadores puede dar lugar (en especial, en aquellos aeropuertos en los que, por sus dimensiones, no se introduce obligatoriamente esa competencia)²⁴.

La transposición al Derecho interno de dicha Directiva 1996/67/CE²⁵

²³ El TJCE ha tenido ocasión de elaborar una doctrina en la materia, que descansa sobre los siguientes cimientos:

1) Las entidades gestoras de aeropuertos están habilitadas para percibir una remuneración como contrapartida del acceso a las instalaciones aeroportuarias, lo que comprende tanto las infraestructuras como los equipos puestos a disposición por las mismas. En cambio, a la inversa, no pueden percibir un canon de acceso al mercado de la asistencia en tierra además de un canon de utilización de las instalaciones aeroportuarias (STJCE de 16 de octubre de 2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen*, as. C-363/01, apdos. 37 a 40, 44 y 60).

2) Aquella tasa que se devengue por la totalidad o parte de los servicios de asistencia administrativa en tierra que no constituya un segundo gravamen de servicios ya remunerados por otra tasa o impuesto «podrá ser considerada una tasa de acceso a las instalaciones aeroportuarias y no una tasa de acceso al mercado de asistencia en tierra» (STJCE de 5 de julio de 2007, *Deutsche Lufthansa y ANA*, as. C-181/06, apdo. 24).

3) Para determinar si la tasa de asistencia administrativa en tierra cumple los criterios determinados por el artículo 16.3 de la Directiva 96/6/CE, éstos deben ser examinados individualizadamente.

²⁴ F. J. ARIAS VARONA, «La asistencia en tierra en los aeropuertos (“Handling”) y la responsabilidad del prestador de servicio», *RDM*, 271, 2009, pág. 141.

²⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva 1996/67/CE, ésta se aplica desde el 1 de enero de 2001 a todos aquellos aeropuertos europeos que estén abiertos al tráfico comercial (vid. la relación de aeropuertos comunitarios contenida en el Reglamento 1358/2003, de 1 de agosto, modificado por el Reglamento 158/2007, de 16 de febrero) y no se hallen excluidos del TCE (p. ej., Gibraltar, según su artículo 1.5 y 6), con la excepción de los aeropuertos que, alcanzando el nivel de carga establecido, sin embargo, no llegan al nivel de pasajeros fijado en la misma.

es complicada y se lleva a cabo primero a través de la Disposición Adicional 40.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²⁶, y del Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio²⁷, modificado más tarde mediante Real Decreto 99/2002, de 25 de enero²⁸. Dichas normas han obligado de forma inexcusable a las autoridades aeroportuarias (la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento y AENA, en particular) a dar entrada a agentes de asistencia en tierra en los aeropuertos de interés general²⁹, previa selección a través de las correspondientes convocatorias de licitaciones, con el fin de garantizar a los usuarios libertad de elección entre dos o más de dichos agentes.

Ello implica la posibilidad de la gestión y explotación en régimen de competencia del conjunto de los servicios de asistencia en tierra³⁰, que

Al menos dos Estados miembros han sido condenados por el TJCE por una transposición defectuosa de la Directiva 1996/67/CE (vid. las SSTJCE de 9 de diciembre de 2004, *Comisión c. Italia*, as. C-460/02, y 14 de julio de 2005, *Comisión c. Alemania*, as. C-386/03).

²⁶ La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento, facultaba al Gobierno para establecer determinadas limitaciones tanto para la prestación a terceros como para la autoasistencia en línea con la futura adaptación final a la Directiva. La Comisión Europea envió comunicaciones al Gobierno instándole a cumplir los plazos de adaptación establecidos en la Directiva. A partir de ahí, todos los esfuerzos se centraron en elaborar una propuesta de Real Decreto.

²⁷ El carácter liberalizador del RD 1161/1999 es mayor que el de la Directiva al exigir desde el primer momento un mínimo de dos agentes y autoasistencias para los servicios de rampa en todos los aeropuertos con más de un millón de pasajeros o más de 25.000 toneladas de carga. Asimismo, se obligó a que a partir del 1 de enero de 2001 en los aeropuertos con un tráfico superior a 50.000 toneladas de carga o de más de dos millones de pasajeros, al menos uno de los agentes de asistencia en tierra fuera independiente de AENA o de los usuarios que durante el año anterior al de la selección hayan transportado más del 25% de los pasajeros o de la carga registrada en el aeropuerto (requisito de la Directiva con el que ya se cumplía en España en el momento de la publicación de ésta).

²⁸ Vid. un análisis de la norma en J. F. FALCÓN, «Capítulo 10. Las compañías de transporte aéreo. Régimen de autorización y control. Libertad de comercio y tráfico (las cinco libertades). Régimen jurídico de la aviación deportiva. Los servicios en tierra, el "handling"», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas/Boeing/Instituto de Empresa, Pamplona, 1.^a ed., 2005, págs. 343-396.

Las novedades más destacables del RD 99/2002, de 25 de enero, fueron la liberalización total de la prestación de servicios de asistencia en tierra a las aeronaves que realicen operaciones de aviación general, de trabajos aéreos o de transporte aéreo comercial no regular con aparatos cuyo peso máximo no supere las 10 toneladas o que tengan menos de 20 asientos, con la condición de que el fletador o fletadores no revendan a terceros parte de la capacidad.

²⁹ En puridad, la restricción del ámbito de aplicación del Real Decreto 1161/1999 a los aeropuertos de interés general no se compadece con lo dispuesto por la Directiva 1996/67/CE, cuyas prescripciones son de aplicación a la totalidad de los aeropuertos, sin distinciones. En la medida en que el conjunto de los aeropuertos abiertos al tráfico civil existentes en España se catalogan como aeropuertos de interés general, carece de trascendencia esta limitación operada por el texto reglamentario sin la debida cobertura en la Directiva 96/67/CE. En todo caso, las Comunidades Autónomas que sean titulares de aeropuertos genéricos deben salvaguardar la recta aplicación de los mandatos de la Directiva 96/67/CE. Vid., en esta línea, M. GÓMEZ PUENTE, *Derecho Administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, cit., pág. 826.

³⁰ Vid. M. DOMINGO CALVO, *Descubrir el Handling aeroportuario*, AENA, 2011, pág. 150.

comprenden, según el Anexo del Real Decreto 1161/1999, la asistencia administrativa en tierra (reconocimiento en tránsito, documentos de navegación y plan de vuelo, etc.) y la supervisión, la asistencia a pasajeros, equipajes, carga y correo (venta de billetes, facturación, embarque y desembarque, recogida de equipajes, tránsitos, reclamaciones, etc.), a operaciones en pista, limpieza y servicio de las aeronaves (carga y descarga del pasaje y del equipaje, maniobras de muelles, escaleras móviles, plataformas y elevadores, vehículos de pista...), la asistencia de combustible y lubricante, al mantenimiento en línea, a operaciones de vuelo y administración de la tripulación, la asistencia de transporte de superficie y, por último, la de mayordomía o *catering*, entre otros. Dicho de otro modo, el grueso o, si se quiere, la almendra central de la gestión aeroportuaria se abre a la competencia³¹.

Con carácter general, los usuarios de un aeropuerto que practiquen la autoasistencia y los agentes de asistencia en tierra que presten servicios a terceros deben:

1) Cumplir una serie de requisitos y normas de conducta. Su artículo 8.1 impone a todos ellos el deber de suscribir un contrato con AENA que refleje, «en todo caso», las condiciones de utilización del dominio público aeroportuario, las medidas para asegurar la continuidad de los servicios de asistencia y las normas de conducta que aseguren la buena gestión del aeropuerto, normas que deben aplicarse de forma no discriminatoria, guardar relación con el funcionamiento del recinto aeroportuario y no restringir en la práctica la prestación de dichos servicios de asistencia en las condiciones establecidas en el Real Decreto 1169/1999³².

2) Utilizar, cuando lo exija AENA, las infraestructuras de gestión centralizada, tales como el túnel de clasificación del equipaje, los sis-

Ello confirma, además, que el proceso liberalizador ha supuesto el nacimiento y desarrollo de empresas especializadas en la realización de los servicios de asistencia en tierra [M.-J. MORILLAS JARILLO, «El contrato de asistencia en tierra o *handling*», en FOLCHI / GUERRERO LEBRÓN / MADRID PARRA (coords.), *Estudios de derecho aeronáutico y espacial*, Madrid, 2007, pág. 248], algo en lo que las compañías tenían interés desde muy diversos puntos de vista, tal y como hemos señalado con anterioridad: calidad en la prestación del servicio y reducción de costes (M. V. PETIT LAVALL, «La liberalización de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad Europea», cit., pág. 751).

³¹ Así lo estima J. ESTEVE PARDO, al definirlos como «servicios del todo centrales en la gestión aeroportuaria» que «forman parte de su núcleo duro o más característico» y «constituyen un segmento central de la gestión de los aeropuertos... desde luego, [d]el más exclusivo y característico» (vid. *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, cit., págs. 103 y 104).

³² Dicha exigencia no es extensible a los aeropuertos de interés general de titularidad privada, como bien señala M. GÓMEZ PUENTE [vid. *Derecho Administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, cit., pág. 829].

temas de limpieza de escarcha, de depuración de aguas y de distribución de combustible³³, «que sirvan para proporcionar servicio de asistencia en tierra y cuya complejidad, coste o impacto en el medio ambiente no permitan su división o su duplicación», renunciando al mismo tiempo al uso de equipos, sistemas o elementos para el suministro de servicios alternativos o sustitutivos de aquéllas (art. 5.1 y 2 del Real Decreto 1169/1999).

3) Participar (los agentes de asistencia en tierra), de manera equitativa y no discriminatoria, en la ejecución de las obligaciones de servicio público (en particular, en su continuidad) que el Ministerio de Fomento establezca para un aeropuerto determinado —previsiblemente, los ubicados en regiones periféricas o en desarrollo [art. 8.3 del Real Decreto 1169/1999, en relación con el art. 11.1.a) de la Directiva 1996/67/CE]—.

4) Y, por último, llevar una estricta separación contable, de conformidad con los usos y prácticas comerciales admitidos, entre las actividades de prestación de los servicios de asistencia en tierra y las restantes actividades —esta obligación se hace extensiva a AENA cuando preste dichos servicios (art. 15.1 del Real Decreto 1169/1999)—.

A salvo las prohibiciones y limitaciones del número de agentes o usuarios prestadores de servicios de asistencia que se establecen de forma expresa, ligadas a la ausencia de espacio disponible, la capacidad, la operatividad, la seguridad y restantes condiciones propias de los

³³ A tenor de lo dispuesto en la Resolución de 26 de abril de 2000 de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes (BOE núm. 118, de 17.5.2000), dictada al amparo de lo establecido por la Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto 1161/1999, son infraestructuras de gestión centralizada en los aeropuertos de interés general los edificios terminales, los mostradores de embarque y facturación, básculas, cintas asociadas y todo el equipamiento asociado a los mostradores, el sistema de información al público (incluida la megafonía), el control de accesos y de seguridad, los sistemas de suministro de energía, telefonía y suministro y abastecimiento de agua potable, la red de voz y datos, los puntos de inspección fronteriza (PIF), las pasarelas para el atraque de las aeronaves con el correspondiente suministro de corriente de 400 Hz y de aire acondicionado, las cámaras de refrigeración para mercancías perecederas, las cintas de recogida de equipajes, las zonas e infraestructuras destinadas a la clasificación y recogida de residuos, la red de comunicaciones tierra-tierra vía radio, las zonas destinadas al estacionamiento o almacenamiento del equipamiento en áreas restringidas, las instalaciones para la recogida de aguas residuales de las aeronaves, las guías de atraque para las aeronaves, las zonas de clasificación de equipajes, las instalaciones para la limpieza de nieve, hielo o escarcha de las aeronaves, las instalaciones y superficies destinadas a la limpieza de vehículos, la red de abastecimiento de agua potable y depuradora (incluyendo depuradora y red de saneamiento), las estaciones de almacenamiento y suministro de combustible a las aeronaves, el sistema de hidrantes para el suministro de combustible a las aeronaves, las instalaciones destinadas al suministro de combustible a vehículos en zonas restringidas y, por último, las plataformas de prueba de motores y de limpieza de aeronaves.

aeropuertos (art. 6 del Real Decreto 1169/1999)³⁴, el artículo 14 del Real Decreto 1169/1999 establece un procedimiento de selección de agentes de asistencia en tierra para los servicios de rampa en los casos previstos en el artículo 4.2³⁵.

Con independencia de la posibilidad de que AENA preste directamente servicios de asistencia en tierra sin someterse al procedimiento de selección citado o autorice a otra empresa controlada por ella para que lo haga indirectamente (art. 14.2 del Real Decreto 1169/1999)³⁶, en los restantes casos pesa sobre ésta el deber de garantizar a todos los usuarios de un aeropuerto que pueden elegir, para la prestación de

³⁴ El citado artículo 6.1 y 2 del Real Decreto 1169/1999 establece que pueden tomarse diversas medidas excepcionales en el supuesto de que en un aeropuerto, o en una parte del mismo, existan limitaciones objetivas de disponibilidad de espacio o de capacidad de las instalaciones, en particular por razones de congestión o del nivel de utilización de la superficie del recinto aeroportuario, que hagan imposible la correcta prestación de los servicios de asistencia en tierra. Compete al Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes (hoy, Planificación) adoptar dichas excepciones, a propuesta de AENA, y previa una consulta por ésta al Comité de Usuarios del aeropuerto afectado. Cualesquiera que sean su contenido y alcance, el Ministerio de Fomento debe notificarlos a la Comisión Europea, con una antelación mínima de tres meses a la fecha de su aplicación, junto con las medidas previstas para la superación de las limitaciones justificativas de su adopción (art. 6.4 del Real Decreto 1169/1999).

Cualquiera de dichas limitaciones o reservas debe establecerse sin menoscabo indebido del libre acceso a la prestación de los servicios de asistencia en tierra, sin provocar distorsiones de la competencia entre agentes de asistencia o usuarios, con estricta sujeción al principio de proporcionalidad («ni tendrán mayor extensión de la requerida», indica el artículo 6.3 del Real Decreto 1169/1999) y por un período de tiempo limitado. Precisamente el plazo máximo de duración de las limitaciones o reservas es, con carácter general, de tres años, sin perjuicio de que se vuelvan a adoptar siguiendo el mismo procedimiento (art. 6.5 del Real Decreto 1169/1999). En el caso de la reserva a un solo agente de la prestación de una o varias categorías de servicios de rampa, su duración no puede exceder de dos años, salvo que se prorrogue por otros dos años si la Comisión Europea se pronuncia favorablemente y subsisten las circunstancias determinantes de su adopción (art. 6.6 del Real Decreto 1169/1999).

³⁵ En los aeropuertos con un tráfico anual superior a un millón de pasajeros o a 25.000 toneladas de carga transportada por avión, se limita a dos el número de agentes de asistencia en tierra que pueden prestar cada una de las categorías de servicios, mientras que en los demás debe haber sólo uno.

Ahora bien, en virtud de lo previsto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1169/1999 («Por Orden del Ministro de Fomento, a propuesta de AENA, podrá incrementarse progresivamente el número de agentes cuando las condiciones en los aeropuertos lo permitan. A tal efecto, AENA elevará anualmente un informe al Ministerio de Fomento sobre la evolución de la calidad de los servicios de la asistencia en tierra, así como de los precios correspondientes»), se han ampliado los agentes que prestan ciertos servicios de asistencia en tierra. P. ej., la Orden FOM/3522/2003, de 9 de diciembre, aumenta a tres el número de agentes que están facultados para prestar el servicio de rampa en la categoría de asistencia de combustible y lubricante en los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona, y la Orden FOM/74/2006, de 16 de enero, hace lo propio en relación con el servicio de rampa en las categorías de equipajes, operaciones de pista y carga y correo en los mismos aeropuertos, así como en los de Málaga y Alicante.

³⁶ El artículo 14.2 del Real Decreto 1169/1999 prescribe en detalle que AENA está habilitada para prestar de manera directa servicios de asistencia en tierra «sin someterse al procedimiento de selección previsto en el apartado 1, o autorizar a otra empresa, controlada por la entidad para la prestación, si bien será tenida en cuenta a efectos de la determinación del número de agentes de asistencia en tierra señalados en el artículo 4».

cada categoría de servicios de rampa, al menos entre dos agentes de asistencia en tierra (art. 14.5 del Real Decreto 1169/1999)³⁷.

El procedimiento de selección se desglosa en su armazón básico de la manera siguiente:

1) AENA, previa consulta al Comité de Usuarios —esto es, al órgano de representación de las personas físicas y jurídicas que transportan por vía aérea pasajeros, correo o carga con origen o destino en un aeropuerto concreto [art. 2.a) del Real Decreto 1169/1999]³⁸—, debe aprobar el pliego de condiciones o especificaciones técnicas, cuyos criterios han de ser «adecuados, objetivos, transparentes y no discriminatorios», debiendo hacer referencia, cuando proceda, a la obligación de la subrogación del personal de agente de asistencia a relevar [art. 14.1.a) del Real Decreto 1169/1999]. El procedimiento ha de estar abierto a los operadores nacionales y europeos, pero además a los de terceros países que establezcan condiciones de reciprocidad (art. 17 del Real Decreto 1169/1999).

2) Compete a AENA convocar la correspondiente licitación, que debe publicarse en el *DOUE* [art. 14.1.b) del Real Decreto 1169/1999].

3) La selección de los agentes de asistencia, por un período de siete años [art. 14.1.e) del Real Decreto 1169/1999], está reservada a AENA, previa consulta al Comité de Usuarios, siempre que se den una serie de circunstancias dirigidas a evitar que ésta pueda intervenir como juez y parte: así, AENA no debe prestar servicios similares en el

³⁷ El artículo 14.5 del Real Decreto 1169/1999 referido preceptúa que «salvo en el caso de las excepciones acordadas con arreglo a lo previsto en el artículo 6, AENA deberá garantizar a todos los usuarios de un aeropuerto que pueden elegir, para la prestación de cada categoría de servicios de rampa, al menos entre dos agentes de asistencia en tierra».

³⁸ De acuerdo con el artículo 7.1 del Real Decreto 1169/1999, deben constituirse Comités de Usuarios en los aeropuertos con niveles de tráfico aéreo más altos, en los que se pueden integrar todos los usuarios que lo deseen, bien directamente o bien a través de las organizaciones que los representen a su elección. Pesa sobre AENA el deber de consultar, al menos una vez al año, a los Comités de Usuarios y a los agentes de asistencia en tierra que presten servicios en los aeropuertos, en relación con las medidas que sean adoptadas en aplicación del Real Decreto 1169/1999 (art. 7.2). En su calidad de órganos consultivos, los Comités de Usuarios deben evacuar sus informes en un plazo máximo de dos meses desde la fecha de su petición, transcurrido el cual se entienden emitidos en sentido favorable a las propuestas presentadas por AENA (art. 7.3 del Real Decreto 1169/1999).

En concreto, AENA ha de consultar a los Comités de Usuarios y a los agentes, en particular, acerca de la reserva, limitación o prohibición de la prestación de los servicios de asistencia en tierra por falta de disponibilidad de espacio o de capacidad de las instalaciones, la fijación de las reglas y condiciones de acceso y de uso de las infraestructuras aeroportuarias de acuerdo con criterios pertinentes, objetivos, transparentes y no discriminatorios, los precios de los servicios de asistencia en tierra, la organización de su prestación, los pliegos de condiciones o especificaciones técnicas aprobados para la selección de los agentes y la selección final de agentes y de usuarios [arts. 6.2, 14.1.a) y b) y 16.1 del Real Decreto 1169/1999, en especial].

aeropuerto para el que se celebre la licitación y no ha de controlar, ni directa ni indirectamente, o tener participación en una empresa que preste los mismos servicios en dicho aeropuerto [art. 14.1.c) del Real Decreto 1169/1999].

En su defecto, la selección es confiada, previa consulta al Comité de Usuarios e informe de AENA, a la Dirección General de Aviación Civil, que debe aprobar con carácter previo el pliego de condiciones o especificaciones técnicas y convocar la licitación [art. 14.1.d) del Real Decreto 1169/1999].

Los agentes de asistencia seleccionados deben cumplir determinadas condiciones:

- disponer de la correspondiente autorización para la prestación de los servicios de asistencia en tierra [art. 14.1.g), en relación con el 9, del Real Decreto 1169/1999]³⁹;

³⁹ El artículo 9.1 del Real Decreto 1169/1999 determina que la prestación de servicios de asistencia en tierra por un agente o de autoasistencia por un usuario requiere la previa obtención de una autorización para cada uno de los aeropuertos de interés general. Su otorgamiento compete a la Dirección General de Aviación Civil, previa tramitación del correspondiente procedimiento regulado por el artículo 12 del Real Decreto 1169/1999. Deben retenerse las siguientes reglas procedimentales:

- 1) el plazo máximo para resolver y notificar es de seis meses; en su ausencia se entiende adquirida la autorización solicitada mediante silencio administrativo positivo; y
- 2) cabe recurso de alzada contra la resolución expresa.

El período máximo de duración de la autorización es de siete años. En todo caso, la validez de la autorización queda condicionada al mantenimiento de las condiciones que motivaron su obtención, sin perjuicio de su renovación a instancia de interesado con una antelación mínima de seis meses a su fecha de vencimiento (art. 9.3 del Real Decreto 1169/1999). Resulta claro que dicha autorización se configura así como una autorización operativa o por funcionamiento.

El citado artículo 9.1 del Real Decreto 1169/1999 añade en su párrafo segundo que, en los supuestos de la prestación de los servicios de asistencia en tierra, todas las empresas que integren uniones temporales deben recabar y obtener la correspondiente autorización, siempre que cumplan, claro es, las condiciones generales establecidas para los agentes por el artículo 10.1 del Real Decreto 1169/1999. Ello obliga a formular varias consideraciones:

- 1) En su Dictamen (1845/2001) al proyecto de Reglamento de 18 de octubre de 2001, el Consejo de Estado puso de manifiesto su discrepancia con esta respuesta. Sin cuestionar la pertinencia de la fórmula jurídica («admisible»), sostiene que, en razón de lo dispuesto por la legislación de contratos, la exigencia de tantas autorizaciones como empresas integren las uniones temporales entraña una contradicción.

- 2) El artículo 10.1 del Real Decreto 1169/1999 contiene, en efecto, un conjunto de condiciones y obligaciones inexcusables que se proponen asegurar la solvencia económica y técnica de los agentes y usuarios, la cobertura bastante de los riesgos de la actividad, la seguridad de las personas, las instalaciones, las aeronaves o los equipos y la observancia de la normativa de carácter social, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 14 de la Directiva 1996/67/CE.

- en los aeropuertos cuyo tráfico anual sea superior a dos millones de pasajeros o 50.000 toneladas de carga transportada por avión, al menos uno de los agentes de asistencia en tierra seleccionado debe gozar de independencia, tanto respecto de AENA como de los usuarios que durante el año anterior al de la selección hayan transportado más del 25% de los pasajeros o de la carga registrada en el aeropuerto, y las de entidades que controlen o estén controladas directa o indirectamente por AENA o por dichos usuarios (art. 14.3 del Real Decreto 1169/1999);
- y, por último, prestar inexcusablemente el servicio durante el período para el que sean seleccionados [art. 14.1.g) del Real Decreto 1169/1999].

En caso de que un agente de asistencia seleccionado de este modo cese en su actividad antes de la expiración del período establecido, su sustitución debe llevarse a cabo de conformidad con el mismo procedimiento [art. 14.1.f) del Real Decreto 1169/1999].

El 1 de diciembre de 2011, la Comisión Europea presentó un paquete de medidas dirigidas a mejorar la capacidad de los aeropuertos, así como los servicios ofrecidos a los viajeros⁴⁰. El referido paquete contenía propuestas legislativas en tres áreas: *slots*, *handling* y ruido (contaminación acústica), así como una Comunicación sobre política

El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de las condiciones o requisitos exigidos para el otorgamiento de la autorización determina su suspensión cautelar, «cuando perjudique de modo grave la seguridad del aeropuerto o el regular funcionamiento de los servicios aeroportuarios», y la iniciación de un expediente contradictorio para proceder a su revocación (art. 13 del Real Decreto 1169/1999, que trae causa de lo dispuesto por el art. 14.2 de la Directiva 1996/67/CE). Ambas medidas deben ser adoptadas por la Dirección General de Aviación Civil, mediante la correspondiente resolución motivada. La suspensión cautelar queda sin efecto «si durante la tramitación de dicho procedimiento las irregularidades observadas son subsanadas». Nada se dice, sin embargo, acerca de la continuación o no del procedimiento de revocación, de donde se infiere que hasta tanto no sea resuelto por la Dirección General de Aviación Civil la autorización conserva su eficacia y su titular puede participar en cualquier procedimiento selectivo.

⁴⁰ El 18 de septiembre de 2006, la Comisión anunció la adopción de una propuesta de nueva Directiva para finales de 2006, principios de 2007. El Informe de la Comisión de 24 de enero de 2007 avanzaba en el contenido de la futura propuesta [COM (2006) 821 final]. La nueva propuesta iba en el sentido de abrir más el mercado, de aumentar la competencia. El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la capacidad aeroportuaria y los servicios de tierra de 11 de octubre de 2007 [2007/092/(INI), texto P6_TA (2007) 0433], se mostró muy crítico con el Informe y formuló propuestas regulatorias concretas (principio de licencia única, mayor transparencia en el proceso de elección, así como la inclusión de un derecho de abstención por conflicto de interés). La primera de las propuestas fue acogida por la Comisión, mientras otras instancias fueron abordando la eventual reforma, incluida la Consulta abierta desde el 4 de diciembre de 2009 al 17 de febrero de 2010. El Libro Blanco de la Comisión Europea *Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*, de 28 de marzo de 2011 [COM (2011) 144 final], contiene en su Anexo I una lista de iniciativas entre las que figura la asistencia en tierra.

aeroporitaria⁴¹ y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Unión y por el que se deroga la Directiva 96/67/CE del Consejo⁴².

El pasado 14 de abril de 2013, el Pleno de la Eurocámara⁴³ apoyó una propuesta legislativa tendente a abrir más a la competencia los servicios de asistencia en tierra de los aeropuertos con más pasajeros de la UE tanto en el mercado de la autoasistencia como en el de la asistencia por terceros. La propuesta de la Comisión aprobada consiste en aumentar de dos a tres el número mínimo de empresas competidoras en la prestación de servicios como el mantenimiento, *catering*, repostaje o transporte de maletas en aeropuertos cuyo tráfico sea de al menos 15 millones de pasajeros o 200.000 toneladas de carga. Otra de las cuestiones que se aborda es la de la armonización de las condiciones de entrada y permanencia en el mercado, aspecto en relación con el que se constataban diferencias sustanciales entre los Estados miembros (obligatoriedad, duración, requisitos...); se pretende instaurar asimismo un sistema de reconocimiento mutuo de autorizaciones en una suerte de «pasaporte europeo». El perfeccionamiento del mecanismo de selección del agente de asistencia en tierra en los casos de servicios restringidos era otra exigencia del mercado que aborda la Propuesta de Reglamento. La regulación de la subcontratación y las cuestiones de personal son dos aspectos que también se tratan con cierto detenimiento en la Propuesta de Reglamento. La primera es admitida pero con carácter restrictivo y, en cuanto a la segunda cuestión, la propuesta aborda aspectos sociales o laborales diversos: requisitos mínimos de formación, régimen de subrogación... Se insiste, además, en la necesidad de separar los balances de cuentas en el caso de los aeropuertos que gestionen sus propios servicios en tierra. En 2011 había en la UE veintitún aeropuertos con más de 15 millones de pasajeros anuales; entre ellos, Madrid-Adolfo Suárez, Barcelona-El Prat y Palma de Mallorca⁴⁴.

⁴¹ *Airport policy in the European Union – addressing capacity and quality to promote growth, connectivity and sustainable mobility* [COM (2011) 823].

Consultar: http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/index_en.htm.

⁴² COM (2011) 0824 final - 2011/0397 (COD). La Propuesta de Reglamento viene a sustituir la Propuesta de Directiva, vía que se abandona por la Comisión al entender que el Reglamento satisface mejor la necesidad de armonización de los mercados de asistencia en tierra, que era uno de los problemas detectados. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0824:FIN:ES:HTML>.

⁴³ <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/content/20130416IPR07331/html/Aeropuertos-el-PE-apoya-una-mayor-liberalización-de-la-asistencia-en-tierra>.

⁴⁴ La noticia señala también que el Parlamento tiene previsto en breve negociar con el Consejo para llegar a un acuerdo en cuanto al resto del «paquete aeroportuario», lo que incluye las propuestas legislativas sobre los *slots* y las restricciones al ruido, propuestas sobre las que

La consecuencia inmediata de esta modificación sería, una vez más, la posibilidad de apertura del mercado español a nuevos agentes de *handling*, así como la consolidación y estabilidad de los agentes que estuvieran ya presentes con concesiones en vigor y, por supuesto, un aumento de la competencia que de forma inmediata originaría una bajada en los precios medios de los servicios ofertados.

Resta aún por examinar la cuestión hoy controvertida de la financiación pública de los aeropuertos, y en particular de los aeropuertos regionales.

III. LA COMPETENCIA ENTRE AEROPUERTOS

1. Factores que inciden en la competencia entre aeropuertos

Nadie pone en duda en la actualidad la importancia económica del sector aeroportuario ni tampoco la profunda transformación que el referido sector ha sufrido.

Aun cuando hoy en día se entiende que se trata de un sector muy dinámico y competitivo, algunos elementos caracterizadores de dicho mercado revelan que el poder de mercado que ostentan algunas infraestructuras puede limitar la competencia. En efecto, la fuerte presencia de costes hundidos, la existencia de barreras de entrada⁴⁵, barreras de carácter estratégico (políticas de precios o capacidad aeroportuaria para hacer frente a la entrada de un competidor), barreras legales (limitaciones urbanísticas o restricciones medioambientales), los elevados costes fijos, factores asociados a la localización o la concentración de vuelos en una determinada infraestructura pueden dificultar la entrada en el sector, siendo en consecuencia más fácil que infraestructuras con poder de mercado restrinjan la competencia.

Junto a todos estos elementos, se constata que el poder de mercado de los aeropuertos puede verse limitado por la importancia de los ingresos no aeronáuticos. En efecto, el hecho de que se conciben las

el Parlamento se pronunció en diciembre 2012. <http://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/content/20130416IPR07331/html/Aeropuertos-el-PE-apoya-una-mayor-liberalización-de-la-asistencia-en-tierra>.

⁴⁵ El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (*El sector aeroportuario en España: Situación actual y recomendaciones de liberalización*, julio 2014, pág. 31) señala que dentro de las barreras estructurales, es decir, las asociadas a aspectos técnicos de la producción, hay que reconocer otras como la localización del aeropuerto o los beneficios de aquellos que operen como *hubs* de una determinada aerolínea, lo que dificultará la entrada en el mercado de un nuevo aeropuerto.

infraestructuras aeroportuarias como empresas o unidades de negocio nos ha de llevar a entender que las infraestructuras deberán perseguir la rentabilidad y eficiencia. Los aeropuertos hoy en día son considerados como mercados multiplataforma⁴⁶, es decir, mercados en los que el volumen de transacciones depende de diversos factores especialmente relacionados por la interdependencia de ambos lados⁴⁷ (la de los ingresos obtenidos a través de las aerolíneas y los que derivan de los servicios comerciales). Los pasajeros o consumidores son fuente de ingresos independientes o adicionales a los aeronáuticos. Las aerolíneas mejoran cuantos más pasajeros pasen por el aeropuerto y éstos mejoran si existen más aerolíneas, más rutas y más conexiones. Cuanto mayor sea el número de pasajeros, mayores podrán ser los ingresos comerciales y los aeronáuticos, por lo que a los aeropuertos les puede interesar reducir las tarifas con el fin de atraer más pasajeros, si bien esta estrategia dependerá de la elasticidad de la demanda; es decir, de la sensibilidad o capacidad de respuesta de un producto a un cambio en su precio. La existencia de esa interdependencia⁴⁸ de los ingresos comerciales y aeronáuticos implica una limitación del poder de mercado que eventualmente tenga el aeropuerto desde el momento en que éste se mostrará sensible ante un posible descenso de los ingresos comerciales. Por tanto, el aeropuerto depende, por un lado, de las aerolíneas y, por otro, de los pasajeros.

Finalmente, el poder de mercado de los aeropuertos se ve limitado por la creciente competencia entre las aerolíneas, propensas (especialmente las de bajo coste) a cambios de localización o a la reestructuración de sus operaciones (ya sea por reducción de rutas, una reorientación del negocio con la apertura de nuevas rutas o la desaparición de la propia aerolínea)⁴⁹. Los aeropuertos, en consecuencia, son sensibles hacia las necesidades y exigencias de las aerolíneas en relación

⁴⁶ O. BETANCOR / M. P. ESPINOSA, *Privatización, competencia y regulación aeroportuaria: experiencia internacional*, Documento de Trabajo 2015-03, FEDEA, en especial págs. 8 y ss.

⁴⁷ Tradicionalmente, los aeropuertos eran considerados mercados bilaterales en los que no entraba en consideración la relación con los consumidores, los pasajeros. Se entendía que era un mercado con una estructura vertical en la que los aeropuertos venden su producto a través de las aerolíneas.

⁴⁸ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, *El sector aeroportuario en España: Situación actual y recomendaciones de liberalización*, julio 2014, pág. 21. Ateniéndonos a los datos que proporciona la CNMC en el Informe sobre el sector aeroportuario, en 2011 los ingresos no aeronáuticos en Europa fueron de 11,2 millones de euros, frente a 16,2 millones en concepto de ingresos aeronáuticos. Esta interdependencia limita el poder de mercado por parte de los aeropuertos. De hecho, las actividades comerciales consideradas antes como residuales están adquiriendo una creciente importancia.

⁴⁹ Al respecto puede consultarse la tabla de reestructuración de *hubs* en Europa desde el año 2000 y que se recoge en el trabajo *Airport Competition in Europe*, Copenhagen Economics, 2012. <http://www.copenhageneconomics.com/Website/Publications/Competition.aspx>.

con el desarrollo de sus políticas comerciales. Cuanto menor sea el número de aerolíneas que operan en el aeropuerto y más concentradas estén sus operaciones en unas pocas rutas, mayor será la presión competitiva sobre el aeropuerto y menor su poder de mercado.

La competencia entre los aeropuertos depende también de las necesidades de transporte a que estén dando respuesta⁵⁰. Es decir, es preciso tener en cuenta el segmento de los pasajeros. En primer lugar, debe diferenciarse entre los viajeros que se desplazan por motivos laborales de aquellos que lo hacen por motivos de ocio o vacaciones, sector este último en el que se aprecia una mayor elasticidad de la demanda (es decir, una mayor sensibilidad a las variaciones de los precios) y una mayor flexibilidad a la hora de seleccionar aeropuerto o los horarios, pues se valoran con más detenimiento las distintas alternativas posibles a su ruta de viaje. Todo ello supone, sin lugar a dudas, que existe un elemento de presión competitiva.

La doctrina e incluso la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia señalan que algunos aeropuertos compiten en áreas geográficas solapadas (lo que sucede especialmente cuando dos aeropuertos están situados a una distancia de entre 100 y 130 km y a unas dos horas en coche), otros compiten en función de la motivación de viaje (destinos de sol y playa, nieve, cultural...) y, finalmente, en otras ocasiones los aeropuertos compiten por conexión (que se da, fundamentalmente, entre *hubs*)⁵¹. Todo ello sin olvidar el hecho de que el sector aéreo compite con otros medios de transporte, y muy especialmente con el Tren de Alta Velocidad, lo que, indirectamente, afecta también a los aeropuertos.

2. *El nuevo modelo de gestión aeroportuaria y su incidencia en la competencia*

A) *Planteamiento general*

Los aeropuertos han sido considerados por las autoridades públicas tradicionalmente como infraestructuras para el desarrollo local, como bienes de carácter estratégico de los Estados. Es por ello por lo que

⁵⁰ Sobre esta materia, J. SANTALÓ / M. P. SOCORRO, «Competencia aeroportuaria y modelos de privatización», en *Estudios sobre la economía española 2015/09*, FEDEA, especialmente págs. 13 y ss.; O. BETANCOR / M. P. ESPINOSA, *Privatización, competencia y regulación aeroportuaria...*, cit., en especial págs. 37 y ss.

⁵¹ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, *El sector aeroportuario en España: Situación actual y recomendaciones de liberalización*, julio 2014. Asimismo, *Airport competition in Europe*, Copenhagen Economics, 2012.

los precios se han determinado no teniendo en cuenta el mercado y su rentabilidad, sino consideraciones de orden social y regional. La privatización a finales de los años ochenta del siglo pasado de los aeropuertos de la *British Airport Authority* supuso un punto de inflexión hacia el cambio en el modelo de propiedad de los aeropuertos. La globalización y la liberalización del sector aéreo han venido a impulsar los movimientos de privatización —total o parcial— de las infraestructuras. Existe una abundante literatura económica sobre los beneficios y perjuicios que los diferentes modos de gestión aeroportuaria tienen sobre la competencia, y la conclusión que parece sustraerse es que aun cuando en todos ellos existen ventajas y desventajas, el modelo que debería evitarse es aquel en el que se prevea la propiedad mixta de mayoría pública⁵², y ello por la sencilla razón de que con estas fórmulas se puede dar una duplicidad de intereses —enfrentados los públicos y los privados—, primando los primeros y, en consecuencia, dando lugar a resultados ineficientes desde el punto de vista de la competencia.

Pero los modelos aeroportuarios no se definen sólo por la composición de su capital, sino que la elección del modo de gestión de la infraestructura y la autonomía en la adopción de decisiones constituyen elementos fundamentales. Caben así modelos de gestión centralizados y modelos descentralizados, debiendo admitirse a su vez las soluciones mixtas. En general, en Europa se constata que prevalecen los modelos de gestión individualizada por una empresa pública, privada o mixta, entendiendo que lo más relevante desde el punto de vista de la competencia es la independencia en la adopción de decisiones y la competencia de unos gestores frente a otros. En ocasiones, para garantizar esa competencia en el mercado y, sobre todo, para evitar que un operador con poder de mercado abuse de su posición de dominio, la privatización va acompañada de una regulación económica de los precios, calidad e inversiones y la existencia de un regulador independiente⁵³.

⁵² T. H. OUM / Y. YAN / C. YU, «Ownership forms matter for airport efficiency. A stochastic frontier investigation of worldwide airports», *Journal of Urban Economics*, 64 (2), 2008, págs. 422-435. http://www.trforum.org/forum/downloads/2009_31_OwnershipForms_paper.pdf. Asimismo, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, *El sector aeroportuario en España: Situación actual y recomendaciones de liberalización*, julio 2014.

⁵³ No obstante, existen escasos ejemplos de reguladores reconocidos internacionalmente como independientes, tal y como señala el Informe de la CNMC, *El sector aeroportuario en España: Situación actual y recomendaciones de liberalización*, julio 2014, pág. 42.

B) *La privatización parcial de AENA, S.A.*

El sistema aeroportuario español ha sido objeto de una profunda reforma liberalizadora que incide en la competencia entre aeropuertos. Contamos con un modelo de gestión exclusiva de AENA, otrora entidad pública empresarial creada en 1990 que asumía la gestión de los aeropuertos, así como las funciones relacionadas con la navegación aérea⁵⁴. Se trataba de un modelo de carácter esencialmente público, centralizado⁵⁵, y de gestión directa por la Administración pública⁵⁶.

En 2010 se crea la sociedad AENA Aeropuertos, S.A., de capital público pero previendo ya la posibilidad de que entre capital privado en su accionariado (mediante el artículo 7 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo). Hoy, con la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, ha pasado a denominarse AENA, S.A. (art. 18.1 RDL 8/2014), sociedad de capital mixto tras haberse dado entrada al capital

⁵⁴ En 1990, la propiedad, explotación y gestión de los aeropuertos españoles fueron atribuidas a la entidad pública empresarial AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea), que desempeñaba también todas las funciones relacionadas con la navegación aérea (art. 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990). AENA gestiona en régimen de cuasi-monopolio, puesto que 46 aeropuertos de los 51 nacionales de tráfico comercial son gestionados por ella y los cuatro restantes o no están operativos (Ciudad Real y Castellón), o no mantienen tráfico de pasajeros (Teruel), o no se han inaugurado (Corvera, Murcia). El único aeropuerto con tráfico comercial no gestionado por AENA es Lleida, que mantiene una única ruta regular todo el año con dos frecuencias semanales a Palma de Mallorca, operada por Air Nostrum.

Los aeropuertos han sido considerados por las autoridades públicas tradicionalmente como infraestructuras para el desarrollo local, por lo que los precios se han determinado no teniendo en cuenta el mercado y su rentabilidad, sino consideraciones de orden social y regional (A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, «El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras», *RAP*, 187, 2012, pág. 73; I. CALATAYUD PRATS, *El nuevo régimen jurídico de los aeropuertos: una privatización incompleta*, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415101).

⁵⁵ La gestión individualizada de algunos aeropuertos, tal y como preveía la reforma de 2010, hubiera permitido que fueran los aeropuertos quienes fijaran el importe de sus precios, decidieran sobre las inversiones, la asignación o coordinación de derechos de aterrizaje y despegue o las negociaciones con las compañías aéreas para atraerlas a los aeropuertos. Al respecto, vid. C. CASAMITJANA OLIVE, *Análisis jurídico de la competencia en el mercado aeroportuario español*, Tirant, Valencia, 2014, págs. 188-189 y 226.

⁵⁶ Este fenómeno es común en el marco de la Unión Europea. «En este sentido, las Directrices 2014 señalan que según Airport Council International Europe, el 77% de los aeropuertos eran de propiedad totalmente pública en 2010, mientras que el 9% eran de propiedad totalmente privada (véase Airport Council International Europe: The Ownership of Europe's Airports 2010 - La propiedad de los aeropuertos de Europa 2010)» (nota 6 Directrices 2014).

privado hasta el 49%⁵⁷ (actuación que no ha estado exenta de polémica⁵⁸). La referida entidad seguirá encargándose de la gestión aeroportuaria, es decir, los 46 aeropuertos (de los 51 que integran la red nacional) y dos helipuertos de España, con cerca de 200 millones de pasajeros anuales en 2013.

La entidad funciona —incluso tras la privatización parcial— a través de un sistema de caja común en el que los aeropuertos rentables soportan o sufragan los deficitarios (el modelo tradicionalmente se ha basado en el carácter solidario del sistema). Las decisiones sobre las variables relevantes (niveles de gasto, de inversión, servicios comerciales...) se toman centralizadamente para todos los aeropuertos, limitando la competencia entre infraestructuras aeroportuarias sustancialmente, lo que contribuiría a establecer precios más eficientes, una mejor calidad y mejores condiciones para los usuarios. Las tarifas para los aeropuertos se fijan por grupos en función de volúmenes de tráfico, sin tener en cuenta sus estructuras específicas de costes e ingresos. No pueden desarrollarse políticas comerciales autónomas sobre precios, calidad e innovación por parte de los aeropuertos indi-

⁵⁷ Al respecto, vid. Dictamen del Consejo Consultivo de Privatizaciones de 21 de octubre de 2013, disponible en http://www.ccp.es/archivos/oinf_20.pdf.

La salida a Bolsa fue acordada por el Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014: un 21% se ha colocado en febrero de 2015 entre accionistas de referencia, mientras que el 28% se ha colocado en Bolsa. La operación se pospuso desde octubre de 2014 hasta 2015 como consecuencia de un defecto de carácter formal-procedimental: no haber convocado un concurso público para elegir al auditor que firma la carta de patrocinio o respaldo de cuentas (*comfort letter*) antes de salir al parque. http://economia.elpais.com/economia/2014/10/30/actualidad/1414679606_501841.html.

⁵⁸ Ha sido objeto de críticas por algún sector de la doctrina. A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, «Privatización del sector aeroportuario: una nueva desamortización», en A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, 2013, pág. 221, sostiene que es una medida destinada a paliar el déficit.

Más aún, el pasado 30 de octubre se hacía público que la Generalitat de Cataluña había llevado la privatización de AENA a Bruselas para que se pronuncie acerca de la calificación de la totalidad de la red como «servicio público de interés general» y criticando el hecho de que se haya atribuido la gestión de la red a un único ente, favoreciendo la creación de un monopolio (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/30/actualidad/1414683706_468840.html). El Gobierno de la Generalitat entiende que el aeropuerto de El Prat tiene una importancia estratégica para la competitividad y economía catalanas, por lo que se muestra radicalmente disconforme con el modelo de gestión aeroportuario (http://economia.elpais.com/economia/2014/06/13/actualidad/1402658712_690945.html). Asimismo, el Gobierno de la Comunidad Autónoma ha solicitado se incorpore al folleto de la oferta pública de venta la incorporación de la información relativa a la denuncia presentada en Bruselas.

Algunos autores sostienen que el precio de mercado obtenido por la venta de aeropuertos es mayor cuando se utiliza el formato de venta directa a un socio comercial en comparación con la opción de cotización de las acciones en Bolsa: J. SANTALÓ / M. P. SOCORRO, «Competencia aeroportuaria y modelos de...», cit., págs. 62 y ss. Ello se debe, en parte, a que un único comprador tiene más incentivos para hacer el *due diligence* y evitar las incertidumbres que redundan en un precio de mercado más bajo, teniendo además la libertad en este sistema de cambiar el órgano de administración, cosa que no ocurre mediante una OPV.

viduales⁵⁹. Todo ello supone que no haya suficientes incentivos para la eficiencia económica, la existencia de subvenciones cruzadas y una menor correlación entre inversiones y tráfico⁶⁰. El modelo que se ha perfilado limita mucho los elementos competitivos y ofrece poco margen para la competencia efectiva⁶¹ o potencial entre los diferentes aeropuertos españoles⁶². Los distintos aeropuertos de la red no tienen total independencia para determinar las principales variables competitivas. Además, la gestión centralizada impide que puedan realizarse actuaciones encaminadas a racionalizar y redimensionar la red del gestor español atendiendo a la reducción del tráfico, cerrando o reconvirtiendo aeropuertos.

Para que la presencia de capital privado pueda tener efectos positivos en la competencia es preciso flexibilizar la gestión de los aeropuertos individuales o, si ello no fuera posible, mediante la licitación de lotes de aeropuertos (en opinión de la CNMC, en un mínimo de tres, compuestos por aeropuertos situados en diferentes mercados relevantes nunca próximos geográficamente y con diferentes umbrales de rentabilidad)⁶³. De hecho, para la Comisión Nacional de los Mercados y de

⁵⁹ Al respecto, vid. «Informe sobre el Borrador de Real Decreto-Ley (BRDL) por el que se establece el marco jurídico de la regulación aeroportuaria y el régimen de transparencia y consulta en la fijación de las tarifas aeroportuarias de Aena, S.A.», realizado por la CNMC a petición del Ministerio de Fomento, de 3 de julio de 2014. http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/140703_INF_0013_14_Inf_Borrador_RDL_Aena.pdf, págs. 13-14.

⁶⁰ Vid., en el mismo sentido, el «Informe sobre el sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberación», así como el «Informe sobre el Borrador de Real Decreto-Ley (BRDL) por el que se establece el marco jurídico de la regulación aeroportuaria y el régimen de transparencia y consulta en la fijación de las tarifas aeroportuarias de Aena, S.A.».

⁶¹ Ello se hace especialmente patente cuando se analiza la estructura de tarifas aeroportuarias diseñada por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, en los artículos 32-41 (ambos inclusive), en donde se prevé que las tarifas continúan siendo prestaciones patrimoniales públicas dependientes de decisiones políticas, no ligadas al mercado. Vid. Informe de la CNMC «El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización» (pág. 127).

⁶² G. BEL / X. FAGEDA, «La reforma del modelo de gestión de aeropuertos en España: ¿Gestión conjunta o individual?», *Hacienda Pública Española*, 196, 2011, pág. 110.

En términos similares, vid. el Informe «El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberación», publicado por la CNMC el 3 de julio de 2014, págs. 6-7, en el que se señalan las principales ineficiencias derivadas de una gestión centralizada: i) una planificación inadecuada de la red de aeropuertos a las verdaderas necesidades del mercado; ii) un modelo de regulación no adecuado que introduce incentivos a inversiones no justificadas; iii) un esquema de fijación centralizada y por grupos de las tarifas aeroportuarias, que impide la aplicación de una política comercial y gestión individualizada basada en las necesidades concretas de cada aeropuerto; iv) la existencia de rigideces legales para una política comercial flexible, como la indefinición jurídica del tratamiento regulatorio de los acuerdos personalizados e incentivos comerciales, y v) el escaso desarrollo de los ingresos no aeroportuarios.

⁶³ Informe de la CNMC «El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización», pág. 133.

la Competencia⁶⁴, la reforma de más calado sería aquella que permitiera una gestión más flexible y descentralizada, realizada por cada aeropuerto individualmente considerado, que instaurara el principio de inversión eficiente, eliminara barreras innecesarias a la entrada y a la actividad por otros operadores privados, estableciera la figura de un regulador independiente y un sistema de control sobre los fondos públicos.

La red de aeropuertos de interés general gestionada por AENA, S.A., atendiendo al amplio margen de apreciación que se concede a los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia, se configura como servicio de interés económico general (art. 21 RDL 8/2014), por lo que la referida entidad está obligada al mantenimiento de la totalidad de la red⁶⁵, lo que merece, sin lugar a dudas, alguna consideración de orden crítico. Esta caracterización de la red supone que AENA debe garantizar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de la capacidad de estas infraestructuras, la sostenibilidad económica de la red y la continuidad en la prestación de los servicios aeroportuarios básicos en condiciones adecuadas de regularidad y seguridad. El hecho de que se configure como servicio de interés económico general permite excluir que la compensación de los costes incurridos por la empresa constituya ayuda estatal⁶⁶ siempre y cuando se den las condiciones recogidas en las sentencias dictadas en los asuntos *Ferring* y *Altmark*⁶⁷. Esta jurisprudencia fue confirmada por otras muchas sentencias posteriores y se incorporó a la Decisión 2012/21/UE de la Comisión, de 20

⁶⁴ Así, el Informe de la CNMC «El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización», pág. 8. En la doctrina, G. BEL / X. FAGEDA, «La reforma del modelo de gestión de aeropuertos en España...», cit., págs. 114-120.

⁶⁵ La DA 14.^a del Real Decreto-Ley 8/2014 señala que se consideran incluidos en la red de aeropuertos de interés general gestionada por AENA, S.A. los relacionados en el Anexo del Real Decreto 1150/2011, de 19 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos civiles.

⁶⁶ J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, «Article 86 EC. Services of General Interest and EC Competition Law», en G. AMATO / C.-D. EHLERMANN (dirs.), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 591 y ss.; J. L. BUENDÍA SIERRA, «Derechos especiales y exclusivos. Servicios públicos y servicios de interés económico general», en J. M. BENEYTO PÉREZ / J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Tratado de Derecho de la competencia*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, Bosch, 2004; J. ARPIO SANTACRUZ, «Las ayudas estatales», en J. A. GARCÍA-CRUCES (dir.), *Tratado de la Competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 439 y ss.

No obstante, el Informe de Proyecto Normativo sobre el borrador del Real Decreto-Ley elaborado por la CNMC, con fecha 3 de julio, entre sus observaciones señala que la calificación como SIEG de toda la red de aeropuertos de interés general gestionada por AENA necesitaría de una valoración más motivada de los términos en que se produce dicha calificación y, quizás, convenga su replanteamiento.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2001 en el asunto C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)* (vid. apdos. 89 a 93); asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GMBH*.

de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general⁶⁸. Así, los Servicios de Interés Económico General son aquellos que las autoridades públicas de los Estados miembros clasifican como de interés general. Se trataría de actividades económicas que producen resultados en aras del bien público en general y que el mercado no realizaría o lo haría en condiciones muy distintas en lo que a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal se refiere⁶⁹.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que en este caso concreto se considere que todos los aeropuertos de la red merecen la calificación como SIEG. Falta a este respecto información justificativa que muestre que todos ellos son necesarios para poder cumplir con esa misión de servicio público, al mismo tiempo que se constata la ausencia de valoración de otras opciones o alternativas viables como pudiera ser la imposición de obligaciones de servicio público para ciertas rutas o ciertos aeropuertos, quizás más adecuada a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción de la competencia. A la luz del planteamiento sostenido por el Real Decreto-Ley 8/2014, pudiera suceder que la Comisión Europea considerara la calificación de la red como un SIEG como un error al amparo de la potestad de control que le corresponde derivada del artículo 106.2 TFUE y reconocida por jurisprudencia constante⁷⁰.

El régimen de ingresos aeroportuarios sirve de pantalla a un modelo anticompetitivo en donde prima la idea del régimen estatal de *pool* en detrimento de la competencia entre aeropuertos. En definitiva, el modelo genera la ausencia de incentivos de cara a la minimización de costes y propicia las subvenciones cruzadas entre aeropuertos, lo que distorsiona la competencia entre ellos y favorece un modelo de ingresos aeroportuarios anticompetitivo⁷¹, contrario a lo que la Ley 21/2003,

⁶⁸ El conjunto de medidas y normas adoptadas en la materia entre diciembre de 2011 y abril 2012 puede consultarse en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html.

⁶⁹ J. VICIANO PASTOR, «Intervención pública en la economía y libre competencia», en J. A. GARCÍA-CRUCES (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 696-697.

⁷⁰ STPI de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros/Comisión*, asunto T-289/03, apdos. 166-169 y 172; STPI de 15 de junio de 2005, *Fred Olsen*, asunto T-17/02, apdo. 216.

⁷¹ A. RUIZ OJEDA / G. BENÍTEZ MORCILLO, «Cielo Único Europeo y Cielos Abiertos Transatlánticos. Bases de la nueva regulación para la competencia en el transporte aéreo», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. VI, Madrid, 2011, págs. 1044 y 1067.

de 7 de julio, de Seguridad Aérea, preconiza en su artículo 92.4.d) en relación con la necesidad de «garantizar la competencia efectiva entre aeropuertos sobre la base de la eficiencia y calidad de los servicios prestados al menor coste posible, de forma que las cuantías de las prestaciones incorporen la estructura de costes de cada aeropuerto». Así, la apertura a la gestión de los grandes aeropuertos por operadores privados podría fomentar la competencia entre aeropuertos, pero el modelo de financiación anteriormente descrito y la existencia de aeropuertos deficitarios pueden favorecer el recurso a incentivos públicos, lo que, sin duda, contribuye a distorsionar la competencia⁷².

Existe, además, el riesgo de que con la nueva regulación proliferen las ayudas públicas en detrimento de una mayor competencia en el sector. De hecho, en los últimos años se ha venido haciendo uso de unos instrumentos de intervención pública que están destinados a fomentar la afluencia de viajeros a los distintos destinos aeroportuarios que se combinarían con los esquemas de ayudas tradicionales. Se trata de unos mecanismos de naturaleza cooperativa destinados a incrementar la afluencia de pasajeros a una determinada zona, así como mecanismos de naturaleza comercial que vinculan la prestación de servicios publicitarios por parte de la aerolínea a la permanencia de ésta en un determinado aeropuerto o a la apertura de rutas⁷³. Así, la aerolínea cede los derechos de inserción publicitaria en los espacios que dispone (revista a bordo, material promocional, página web, billetes promocionales para fines de interés turístico...) y el ente público paga por los servicios prestados⁷⁴. Cualesquiera que sean los instrumentos empleados, los compromisos que asume la aerolínea son mantener su presencia en un aeropuerto o abrir rutas. Estos mecanismos de coo-

⁷² B. SÁNCHEZ PAVÓN, «Las ayudas públicas y su influencia sobre la competencia entre los aeropuertos europeos...», cit., págs. 5-15; y «Reflexiones acerca de las ayudas públicas al desarrollo aeroportuario: entre la libertad de mercado y las teorías del desarrollo polarizado», *RDT*, 1, 2008, págs. 181-229. En efecto, éste ha sido otro de los elementos denunciados por la Generalitat de Cataluña en las cartas remitidas a la Comisión Europea con fecha de 29 de octubre de 2014 (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/30/actualidad/1414683706_468840.html).

⁷³ Vid. la Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008 relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle. C-48/06 (ex N-227/06), apdos. 168 a 172.

⁷⁴ La colaboración se articula tanto por la vía del convenio de colaboración (cooperación para un fin común) como por la vía del contrato (con reciprocidad de prestaciones). Si se trata de un contrato, el precio de las prestaciones lo determina el presupuesto de adjudicación del contrato —asemejándose al presupuesto de licitación—, con el añadido de estar sujeto a los principios de publicidad y concurrencia, mientras que los que se llevan a cabo por la vía de convenio su desarrollo no se sujeta a dichos principios. El precio se fija sobre la base del acuerdo con tarifas y costes medios establecidos por aerolíneas para este tipo de inserciones publicitarias por unidad, avión y tiempo.

peración son vistos con preocupación por las Autoridades Nacionales de Competencia, pues pueden provocar distorsiones en el funcionamiento eficiente de la gestión aeroportuaria y, en consecuencia, en el mercado. Hasta la fecha, las Administraciones públicas españolas no han notificado a la Comisión ninguno de esos instrumentos de cara a cumplir con lo dispuesto en los artículos 107 y 108 TFUE y con las Directrices de 2005 [hasta hace poco de aplicación (apdo. 78)]. Sin embargo, se encuentran muchas analogías entre estos instrumentos y las medidas de apoyo público tradicionales⁷⁵ que justifican la preocupación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que se manifiesta en los informes que emite y la función de vigilancia y asesoramiento que realiza⁷⁶.

La importancia de este instrumento no debe ser desdeñada si atendemos a las cifras que aporta la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en su III Informe Anual sobre Ayudas Públicas, de 2010⁷⁷. En efecto, se habla de unos 124 acuerdos publicitarios suscritos entre entes públicos autonómicos y aerolíneas en el período 2007-

⁷⁵ El Tribunal de Justicia ha adoptado siempre una interpretación flexible del término de empresa dadas las diferencias que sobre dicho concepto existen en los distintos ordenamientos europeos. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991 en el asunto *Höfner c. Macrotron GmbH*, apdo. 21, establece que «... en el contexto del derecho de la competencia..., la noción de empresa comprende toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación».

Según jurisprudencia europea consolidada, las actividades de gestión y explotación de los aeropuertos constituyen actividades económicas sujetas a las normas sobre ayudas de Estado. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre 2000, asunto T-128/98, *Aéroports de Paris c. la Comisión Europea*.

De conformidad con el régimen europeo de ayudas de Estado, sólo pueden quedar excluidas de su consideración como ayudas (además de los supuestos de exención) si se prueba que se ajustan al principio del inversor privado [sobre el principio, vid. I. FERNÁNDEZ TORRES, «El caso Charleroi y las Directrices de 2005 a examen tras la Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2008: el problema del inversor privado», en MARTÍNEZ SANZ / PETIT LAVALL (dirs.), *Estudios de derecho aéreo: aeronave y liberalización*, Marcial Pons-Cedit, 2009, págs. 375 y ss.].

⁷⁶ De hecho, a nivel europeo sí se han abierto procedimientos de investigación formal relativos a determinadas ayudas al sector a través de convenios publicitarios. Así, aeropuerto de Marsella (Francia): con fecha 13.7.2011, la Comisión entendió que el Convenio celebrado entre la Cámara de Comercio (operador) y Airport Marketing Services —filial de *Ryanair*— sobre compensaciones derivadas de acuerdos publicitarios constituía una ayuda ilegal; aeropuerto de Timisoara (Rumanía): acuerdo comercial firmado en 2008 entre el aeropuerto y la compañía (húngara) *Wizz Air* (22.7.2011). No son los únicos, en Alemania se han investigado los convenios celebrados por Frankfurt-Hans con *Ryanair* (apertura de procedimiento de investigación formal el 13.7.2011, sobre concesión de garantías y créditos blandos a la compañía) y por el aeropuerto de Leipzig Halle (procedimiento formal de investigación abierto el 15.6.2011 por inyección de capital público para compensar el coste de la infraestructura).

⁷⁷ Vid. al respecto III Informe Anual sobre Ayudas Públicas en España, 2010, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/AyudasPublicas/Informes/tabid/218/Default.aspx> (vid. especialmente págs. 51 y ss.).

2011 (abril) que representan 250 millones de euros⁷⁸ de fondos públicos invertidos por los entes públicos regionales⁷⁹.

Además, hay que advertir que el artículo 49 del Real Decreto-Ley 8/2014 especifica que AENA, S.A. puede establecer incentivos comerciales que no afecten al régimen ni a la cuantía de las prestaciones patrimoniales públicas —pero sí al resto de las prestaciones privadas— siempre y cuando se establezcan con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios. El hecho de que el coste de estos incentivos no pueda ser recuperado a través de los servicios aeroportuarios básicos nos hace dudar de su utilización en el futuro.

Qué duda cabe que estos incentivos pueden contribuir a mejorar la gestión, pero también su carácter asimétrico, así como la eventual vulneración de las normas sobre competencia pueden hacer que sean considerados como ayudas de Estado. De hecho, la prestación de servicios a cambio de tasas aeroportuarias constituye una actividad económica de la que la construcción de la infraestructura forma parte inseparable, lo que, inevitablemente, nos hace plantearnos la posible existencia de ayudas de Estado o, incluso, en algunos casos, un abuso de posición dominante. No hay que olvidar que AENA, S.A. es una sociedad pública que,

⁷⁸ De hecho, las ayudas fueron incrementándose: 30 millones de euros en 2007, 62,5 millones en 2009, 51 millones en 2010 y 50 millones en 2011.

⁷⁹ Las conclusiones que pueden extraerse son las siguientes:

- No existe una correlación positiva entre los fondos invertidos y el tráfico aéreo.
- Los contratos publicitarios parecen perseguir que la aerolínea opere con origen y destino en determinados aeropuertos de la órbita de influencia del ente público correspondiente, lo que significa que no responden realmente a un objetivo de promoción (lo que se ve confirmado con las diferencias que existen entre los precios de los contratos a veces suscritos por el mismo ente público y la misma u otra compañía aérea). La inflación de precios demuestra que se va más allá de la mera promoción turística de la región.
- Los acuerdos de promoción constituyen una forma de intervención pública a través de la cual se mantienen rutas o aeropuertos que no responden a una demanda presente o futura real por la vía de subvenciones más o menos encubiertas. Cabe pensar que el efecto de esos fondos no sea la creación de mercado, sino la desviación o sustitución del tráfico aéreo hacia las aerolíneas de bajo coste. Ello da lugar a una asignación ineficiente de recursos que afecta, sin lugar a dudas, al desarrollo de una competencia efectiva entre los aeropuertos, induciendo a una suerte de carrera por los subsidios. Las subvenciones permiten a los operadores que las reciben rebajar el precio de sus pasajes en tales rutas, pudiendo ser así más agresivos en precio a costa de los fondos públicos recibidos y para ejercer presión sobre sus competidores, que a la larga pueden optar por abandonar la ruta, con los perjuicios para la competencia y para la diversidad de la oferta de servicios de transporte aéreo para los usuarios. Pero, además, conviene no perder de vista el hecho de que estas subvenciones pueden incrementar la tensión entre los operadores aéreos, llegando a favorecer salidas del mercado de algunos, en detrimento de los consumidores, que ven reducida la oferta.
- Adicionalmente, los fondos otorgados a través de los instrumentos señalados han prolongado la vida de algunas aerolíneas, que, a pesar de todo, han resultado ser inviables.

En definitiva, estos acuerdos de promoción turística pueden afectar al grado de eficiencia de las infraestructuras aeroportuarias y de los mercados de transporte de viajeros y al desarrollo de una competencia efectiva.

por el desarrollo de su actividad, percibe prestaciones patrimoniales públicas (las tasas aeroportuarias) y, en la medida que puede hacer uso de su potestad pública derivada de su actuación recaudatoria, se introduce un elemento distorsionador de la competencia similar al que se produce con la recepción de fondos estricta y directamente públicos⁸⁰.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que la empresa AENA, S.A., al disfrutar de un cierto monopolio legal o, cuando menos, de una posición dominante en el mercado de los servicios de aterrizaje y de despegue por los que se exigen las tasas aeroportuarias y sobre las que pueden incidir los eventuales descuentos, puede verse tentada a abusar de su posición. En este sentido, ha de recordarse que tener una posición de dominio implica de alguna manera que la competencia se encuentra algo debilitada en el mercado y, por tanto, lo que sería aceptable en un mercado en competencia, no lo será tan fácilmente en un mercado con una competencia mermada. De ahí que los tribunales hayan elaborado la doctrina de la especial responsabilidad⁸¹ de los dominantes en su comportamiento para evitar la afectación de la competencia en el mercado. Ello explica que podamos afirmar que AENA,

⁸⁰ El Informe de la CNMC sobre el borrador de Real Decreto-Ley, publicado el 3 de julio de 2014, recoge —con gran acierto— el planteamiento de la Comisión y del Tribunal en otros asuntos con los que este caso guarda una cierta similitud:

«En el procedimiento de investigación abierto contra el R. España por la Ayuda C 3/2007 (ex NN 66/2006) – Tarifas eléctricas reguladas, la decisión comunitaria de 24 de enero de 2007 señaló que “En último término, la medida se financia por tanto a través de los ingresos procedentes de un recargo que el Estado aplica a todos los consumidores. Lo recaudado se ingresa en una cuenta abierta por la CNE y se redistribuye a los beneficiarios finales de conformidad con la ley. **La práctica constante de la Comisión consiste en considerar que los ingresos procedentes de estos recargos son recursos públicos.** Esta práctica se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal, según la cual **siempre se consideró como recursos estatales lo recaudado en concepto de exacciones impuestas por el Estado, ingresado en fondos designados por el Estado y utilizado con fines definidos por el Estado en beneficio de determinadas empresas**” (Véase por ejemplo las sentencias del Tribunal en los casos C-173/73 y C-78/79). En posterior decisión de 4 de febrero de 2014 ha considerado que la medida no constituía ayuda, si bien todavía no se ha hecho pública la misma».

⁸¹ En el caso *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. República Francesa*, asunto 322/81, sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, éste señaló que a la empresa dominante le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas de competencia en el mercado (vid. apdo. 57). Por su parte, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 7 de octubre de 1999, en el asunto T-228/97, *Irish Sugar c. Comisión*, precisa que a la empresa en posición dominante «le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común» (apdo. 112).

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands c. Comisión*, el Tribunal utiliza por primera vez el término razonable para medir la licitud de los actos de la empresa dominante (vid., entre otros, apdo. 189).

S.A. tiene, pues, una especial responsabilidad⁸² y debe garantizar que no se apliquen a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, sin que medie justificación alguna. Más aún, quizás convenga recordar aquí que parece estar gestándose en determinadas decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia un concepto relativo a supuestos de «superdominación» que se aplicaría a empresas que son «tan dominantes que rayan el monopolio»⁸³. En este sentido, parece que tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia parecen fundar en este nuevo concepto una obligación de responsabilidad aún más exigente que el relativo para las empresas ordinarias⁸⁴.

IV. FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS AEROPUERTOS Y COMPAÑÍAS AÉREAS

1. *Planteamiento general*

Con la construcción y mejora de las infraestructuras aeroportuarias, el Estado satisface fines de interés público como el desarrollo de las regiones, la cohesión del territorio o la política de transportes. La otra cara de la moneda muestra que con estas actuaciones también se puede beneficiar —individualmente— a aquellas empresas que actúan en el mercado donde se construye la infraestructura aeroportuaria, así como a las entidades que la gestionen. La Comisión considera que los aeropuertos desarrollan actividades económicas que constituyen empresa⁸⁵ a efectos del artículo 107 TFUE y, por tanto, son de aplicación to-

⁸² En relación con el concepto de especial responsabilidad, la jurisprudencia europea ha señalado que: «Los dominantes tienen una especial responsabilidad en impedir que su conducta perjudique una competencia genuina y no distorsionada en mercados donde la competencia se encuentra limitada por la existencia de su dominio» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, asunto T-191/98, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, apdo. 1460).

⁸³ Al respecto conviene revisar las Conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en relación con la STJUE de 16 de marzo de 2000, apdo. 137.

⁸⁴ Al respecto, vid. Decisión de 2 de junio de 2004, COMP/38.096-Clearstream (*DO C* 165, pág. 5), apdo. 300, recurrida en el asunto T-301/04, confirmada por la STG de 9 de septiembre de 2009, *Clearstream c. Comisión*, así como la Decisión de 13 mayo de 2009, COMP/37.990-Intel.

⁸⁵ Las ya citadas Decisión de la Comisión y sentencia de 12 de diciembre de 2000 en el asunto *Aeropuertos de París* (asunto T-128/98) así lo consideran. Consideran que dichas actividades «consisten en permitir la utilización de las instalaciones aeroportuarias por parte de las compañías aéreas y de los distintos agentes de servicios, a cambio del pago de una tasa con un tipo fijado libremente por la entidad gestora del aeropuerto, y, por otro, no forman parte del ejercicio de las prerrogativas de poder público y pueden disociarse de las actividades conexas con el ejercicio de tales prerrogativas».

das las normas del Tratado sobre ayudas públicas (a diferencia de cuanto sucedía bajo el régimen de la Comunicación de la Comisión sobre ayudas estatales en el sector de la aviación de 1994).

Este cambio de paradigma ha llevado a dictar normas y directrices que tienen como finalidad garantizar la competencia efectiva en el sector y racionalizar la financiación pública de las infraestructuras. Entre dichas normas merecen destacarse las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas de 2014, a que nos hemos referido con anterioridad.

La Comisión Europea considera incompatibles con el mercado común las ayudas directas que estén dirigidas a cubrir las pérdidas de explotación —ayudas al funcionamiento—, salvo que se deriven de la imposición de obligaciones de servicio público o se otorguen a consumidores individuales sin discriminaciones fundadas en el origen del producto, así como las ayudas (aportaciones de capital, préstamos y garantías financieras) destinadas a compañías aéreas públicas que se otorguen en condiciones distintas a las del mercado, las ayudas para el desarrollo económico regional y el desarrollo de determinadas actividades económicas que no se ajusten al TFUE y a sus directrices, las enajenaciones de participaciones públicas en compañías aéreas públicas que estén sujetas a procesos de privatización en condiciones distintas a las previstas por aquélla, así como las actividades auxiliares y complementarias del transporte aéreo, susceptibles de ser consideradas ayudas de Estado cuando su ejercicio constituya un derecho exclusivo reconocido a favor de una compañía aérea. Es decir, se prohíben las ayudas destinadas a cubrir el déficit de financiación de los costes de funcionamiento.

La reciente evolución del mercado europeo del transporte aéreo se caracteriza, por una parte, por la irrupción con fuerza de las compañías aéreas de bajo coste y, por otra, por el dinamismo en la captación de nuevas rutas aéreas, y muy en especial de los aeropuertos regionales, con respecto a los cuales se ha detectado un crecimiento sustancial —teniendo como efecto positivo la descongestión en los principales nudos de comunicaciones (*hubs*) europeos.

Ahora bien, en el marco de la Estrategia Europa 2020⁸⁶, la Comisión insiste en la importancia de un crecimiento sostenible en materia de transporte⁸⁷ y apuesta, dentro de ese esquema, por la internalización de

⁸⁶ Comunicación de la Comisión denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM (2010) 2020 final], de 3 de marzo de 2010.

⁸⁷ Vid. Libro Blanco «Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible» [COM (2011) 144].

externalidades, el uso eficiente de los recursos, la eliminación de subvenciones injustificadas y el ejercicio de una competencia libre y sin falseamiento. La Comisión Europea advierte que los criterios que han de presidir tal desarrollo deben ser necesariamente la transparencia, la no discriminación y la proporcionalidad de la financiación pública ofrecida a los aeropuertos regionales, así como la tutela del interés común en las ayudas estatales conferidas a las compañías aéreas.

Las Directrices de 2005 trataron de especificar los métodos de financiación de la construcción, desarrollo y mantenimiento de los aeropuertos, así como la ampliación de las vías de obtención de ayudas directas para la explotación de las rutas aéreas, incluidas las ayudas a la puesta en marcha para las compañías aéreas que operasen a partir de aeropuertos regionales, sin establecer distinciones entre los posibles beneficiarios en atención a su forma jurídica (Administraciones públicas o empresas) o a su pertenencia al sector público o privado. Estos criterios se mantienen en gran medida en las Directrices aprobadas en 2014⁸⁸, en las que, sin embargo, se busca restringir las ayudas a los casos estrictamente definidos y limitados en función de la duración e intensidad. Se hace constar la necesidad de elaborar una política a largo plazo sobre el desarrollo que haya de efectuarse de los aeropuertos regionales, ya que las Directrices de 2005⁸⁹ no condujeron al establecimiento de regímenes nacionales que definieran con precisión las condiciones de las ayudas, lo que ha llevado a que se instaurara un cierto grado de laxismo y de impunidad. Por tanto, y como criterio de índole general, las compañías deben aumentar progresivamente su eficiencia y disminuir su necesidad de financiación.

El criterio clave para determinar la existencia de ayuda pública a los efectos del artículo 107.1 TFUE es el principio del inversor privado. Al respecto, el Comité de las Regiones en su Dictamen de 28 de noviembre de 2013 manifiesta su preocupación por las consecuencias que pueden derivar de la aplicación del principio del inversor privado para las infraestructuras, sector en el que el Estado juega un papel insustituible al ser el coste de las grandes inversiones que han de realizarse in-

⁸⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-172_en.htm. Publicadas en el DOUE C 99, de 4 de abril de 2014, y disponibles en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0404\(01\)&qid=1399981690997&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0404(01)&qid=1399981690997&from=EN).

⁸⁹ Dictamen de iniciativa del Comité de las Regiones sobre el «Proyecto de directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas iniciales a líneas aéreas con origen en aeropuertos regionales» (2006/C 31/06), *Diario Oficial* de 7.2.2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:031:0023:0024:ES:PDF>; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Revisión de las directrices de la UE de 1994 y 2005 sobre aviación y aeropuertos» (dictamen adicional) (2012/C 299/10), *Diario Oficial* de 4 de octubre de 2012.

sostenibles e inasumibles para el inversor privado. Desde esta perspectiva, entiende que no es razonable ni real, y que incluso puede ser perjudicial para el bienestar, someter al Estado a ese principio de forma rigurosa sin tener en cuenta consideraciones de carácter social, político-regional y sectorial en lo que a las intervenciones en infraestructuras se refiere. En definitiva, las infraestructuras cumplen una función de servicio público.

El concepto del inversor privado es tan simple como importante al determinar que las ventajas concedidas por las autoridades públicas no quedan sometidas al régimen de las ayudas estatales si se prueba que el Estado actúa de la misma manera en que lo haría un inversor privado en condiciones de mercado⁹⁰. El principio puede formularse de la siguiente manera: «quien se beneficia de una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado» (asunto *SFEI v La Poste*, C-93/94), o, en los términos de la STJUE de 10 de julio 1986 *Bélgica c. Comisión-Meura y Bosch*, si «en circunstancias normales, un socio privado habría procedido a la aportación de capital en cuestión, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad, haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social, o de política regional o sectorial». Esta cuestión fue objeto de un intenso debate en la consulta tendente a la revisión de las Directrices de 2005⁹¹. Ello se debe en gran medida a que el Tribunal General de la Unión anuló, en su sentencia de 17 de diciembre de 2008, la Decisión de la Comisión en el asunto *Ryanair/Charleroi* por incorrecta aplicación de dicho principio⁹².

⁹⁰ Los tribunales también se han referido al inversor normal, racional, perspicaz (sentencia del TPI de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión*, T-358/94, Rec. 1996, pág. I-2109, apdo. 110) o prudente (sentencia del TJCE de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión*, C-482/99, Rec. 1999, pág. I-4397, apdo. 30), como señala J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado», *CJ*, 221, septiembre-octubre 2002, pág. 65, nota 45; C-305/89, *Italia v. Comisión (Alfa Romeo I)*, 1991. Vid. I. FERNÁNDEZ TORRES, «El caso Charleroi y las Directrices de 2005 a examen tras la Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2008: el problema del inversor privado», cit., págs. 388-390; J. A. PÉREZ RIVARÉS, *Régimen jurídico de las ayudas públicas al transporte aéreo en la Unión Europea*, Bosch, 2011, págs. 218 y ss. Por su parte, la Comisión analiza el principio del inversor privado con detenimiento en sus decisiones y, a modo ejemplificativo, citamos alguna reciente: Decisión de la Comisión de 21 de enero de 2010, C-12/2008 (ex NN-74/07), acuerdo entre el aeropuerto de Bratislava y Ryanair; asunto C-38/2008 (ex NN-53/2007), acuerdos de financiación relativos a la ampliación de la terminal T2 del aeropuerto de Múnich.

⁹¹ Vid. apdo. C del cuestionario contenido en el documento titulado «Revisión de las Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales». http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:06kR76W5Ug8J.ec.europa.eu/competition/consultations/2011_aviation_guidelines/es.rtf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=safari.

⁹² Vid. I. FERNÁNDEZ TORRES, «El caso Charleroi y las Directrices de 2005 a examen tras la Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2008: el problema del inversor privado», cit.

Las nuevas Directrices de 2014 precisan el concepto de «inversor privado en una economía de mercado», señalando que el comportamiento de «un inversor público puede compararse con el de un inversor privado guiado por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo, a lo largo de la vida útil de la inversión» (apdo. 50 de las Directrices 2014), para lo cual ha de contarse con un plan de negocio que muestre que un análisis realizado antes de la concesión de la ayuda demuestra que se supera el principio (apdo. 51 de las Directrices 2014).

La Comisión Europea estima esencial la clasificación de los aeropuertos en distintas categorías⁹³ como presupuesto del desglose de los diversos niveles de competencia entre los mismos y del correlativo grado de afectación del mercado intracomunitario afectado como consecuencia del eventual otorgamiento de ayudas de Estado⁹⁴. Al mismo tiempo, somete a control la totalidad de las ayudas que provengan de los poderes públicos, ya sean nacionales, regionales o locales, y que beneficien a los aeropuertos (en especial, los aeropuertos regionales), los operadores aeroportuarios y las compañías aéreas, incluyendo cualesquiera ventajas financieras, con independencia de su forma, salvo que, tal como resulta de la jurisprudencia europea, se equiparen a inversiones privadas realizadas con arreglo a criterios de economía de mercado (apdo. 63 de las Directrices 2014).

Son a estas Directrices a las que la Comisión Europea se ha de atener a los efectos de evaluar y, como resultado de ello, aprobar o, por el contrario, rechazar la financiación pública de la construcción, el desarrollo y explotación y el mantenimiento de las infraestructuras y equipamientos aeroportuarios, la prestación de servicios aeroportuarios,

⁹³ Comisión Europea [vid. Informe Comité de las Regiones en un Dictamen de 2 de julio de 2002 sobre las capacidades aeroportuarias de los aeropuertos regionales (CdR/393/2002 fin)].

Vid. I. FERNÁNDEZ TORRES, *Aeropuertos regionales y libre competencia. En busca de un adecuado equilibrio mediante la aplicación de las directrices de 2005 (Análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias)*, cit., págs. 262-263.

⁹⁴ Como se señala más arriba, el Informe del Grupo de Transporte Aéreo de la Escuela de Ingeniería de la Universidad británica de Cranfield, realizado a instancia de la Dirección General de Energía y Transporte de la Comisión Europea (*Study on competition between airports and the application of State aid rules*, septiembre de 2002), revela que de manera general los grandes aeropuertos internacionales (*hubs*) compiten entre sí en la totalidad de los mercados del transporte, si bien varía en intensidad en función de factores tales como la congestión y la existencia de transportes intermodales alternativos. Por su parte, los grandes aeropuertos regionales compiten de ordinario tanto con sus homólogos como con los grandes *hubs* europeos, mientras que los pequeños aeropuertos aislados no entran en competencia con los demás aeropuertos, salvo excepciones.

Vid., acerca de esta cuestión, M. V. PETIT LAVALL, «Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones Ryanair e Interned», cit., págs. 7-26.

la implantación y desarrollo de actividades comerciales y la puesta en servicio de rutas aéreas en los aeropuertos regionales, conforme a lo dispuesto en los artículos 107 y 108 TFUE⁹⁵.

2. Ayudas prohibidas conforme a las Directrices de 2014

Las ayudas de funcionamiento concedidas a los aeropuertos se considerarán compatibles con el mercado interior [art. 107.3.c) TFUE] por un período transitorio gradual de adaptación a la nueva realidad (apdo. 112 Directrices 2014), período durante el cual, y con carácter excepcional, podrán justificarse algunas categorías de ayudas de funcionamiento en determinadas condiciones (apdos. 79, 113 a 134 Directrices 2014):

- 1) el tráfico del aeropuerto no debe superar los tres millones de pasajeros (apdos. 118 y 119 Directrices 2014);
- 2) existencia de efecto incentivador (apdo. 124 Directrices 2014);
- 3) limitación de la ayuda al mínimo necesario, y el importe de la ayuda se establece como una cantidad fija que cubra el déficit de funcionamiento durante ese período máximo de diez años;
- 4) acceso al aeropuerto;
- 5) reducción progresiva.

Para poder beneficiarse de estas ayudas, los aeropuertos deberán trabajar sobre la base de un plan o modelo de negocio que garantice que, transcurrido ese período de transición, el aeropuerto podrá cubrir sus propios costes. Es decir, al final del período transitorio deberá alcanzar la plena cobertura de sus costes de funcionamiento. Comoquiera que el objetivo de las Directrices es racionalizar el gasto público, se entenderán que son incompatibles las ayudas a un aeropuerto situado en la zona de influencia de un aeropuerto ya existente o que no esté funcionando a plena capacidad (o casi).

Los aeropuertos con un tráfico anual de pasajeros inferior a 700.000 pueden encontrar mayores dificultades para asegurar su autosufi-

⁹⁵ A estos efectos pueden consultarse varios trabajos recientes, además de los citados sobre esta materia contenidos en el capítulo VI, relativo a «El establecimiento de subvenciones», de la obra colectiva de G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 1.ª ed., 2005, págs. 263-327; puede acudirse a las obras de M. DONY y C. SMITS, *Aides d'État*, cit.; A. ESTOA PÉREZ, *El control de las ayudas de Estado*, Justel, Madrid, 1.ª ed., 2006; y M. DONY, *Commentaire J. Mégret: contrôle des aides d'État - Droit communautaire de la concurrence*, tomo 3, vol. 2, Eds. de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 3.ª ed., 2007.

ciencia, por lo que las Directrices prevén un régimen especial para ellos teniendo en cuenta que se habrán beneficiado de mayores ayudas (apdo. 130 Directrices 2014). No obstante, el Comité de las Regiones en su último Dictamen sobre las Directrices manifiesta su preocupación en este punto sobre todo en relación con los aeropuertos más pequeños, que pueden verse abocados al cierre, al mismo tiempo que reconoce la necesidad de evitar la duplicación de aeropuertos no rentables, evitando excesos de capacidades. Y es que considera que el método seguido por la Comisión para alcanzar sus objetivos no es adecuado, pues ignora en gran medida las dinámicas de mercado y el hecho de que el 80% de los costes de un aeropuerto son costes fijos⁹⁶, independientes, pues, del tráfico de pasajeros (infraestructuras y obligaciones de seguridad); de tal manera que el coste por pasajero de un pequeño aeropuerto es muy superior al de un gran aeropuerto, que los reparte entre un gran número de pasajeros, siendo, en consecuencia, más difícil alcanzar el equilibrio financiero (con pocas posibilidades de incrementar sus dimensiones por las características poco favorables del territorio en el que se halla)⁹⁷.

Las subvenciones a la explotación de infraestructuras aeroportuarias se califican como ayudas de Estado incompatibles con el mercado común, salvo que constituyan compensaciones por servicio público y encajen dentro de los supuestos excepcionales de los artículos 106.2 y 107.3.a) y c) TFUE (cdos. 67-68 de las Directrices 2014)⁹⁸. En línea de principio, pues, se entiende que las compañías deben asumir sus gastos de funcionamiento. No obstante, las Directrices 2014 señalan que «habría que tener en cuenta que esas obligaciones sólo pueden imponerse en una ruta o grupo de rutas específicas, y no en alguna ruta genérica procedente de un aeropuerto, ciudad o región determinados. Además, las obligaciones de servicio público sólo pueden ser impuestas en una ruta para cubrir necesidades de transporte que no pueden ser cubiertas adecuadamente por una ruta aérea existente o por otros modos de transporte» (vid. apdo. 70). Las ayudas en forma de compensación por servicio público están exentas del requisito de notifica-

⁹⁶ Vid. el documento *Aeropuertos y ayudas estatales: cómo proteger el crecimiento y la competencia*, Consejo Internacional de Aeropuertos, 2013.

⁹⁷ El Comité de las Regiones, en su Dictamen de 28 de noviembre de 2013, señala que el volumen de pérdidas de los pequeños aeropuertos (445 millones de euros al año) no es tanto si se analiza la contribución que hacen al PIB, que se eleva a 16.150 millones al año y supone 265.000 puestos de trabajo. Es por ello por lo que sostiene que no deben prohibirse las ayudas al funcionamiento de estos aeropuertos pequeños.

⁹⁸ I. FERNÁNDEZ TORRES, *Aeropuertos regionales y libre competencia. En busca de un ansiado equilibrio mediante la aplicación de las directrices de 2005 (Análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias)*, cit., con amplia referencia a las decisiones de la Comisión.

ción que prevé el artículo 108.3 TFUE si cumplen los requisitos establecidos en la Decisión 2012/21/UE: 1) aeropuertos en los que el tráfico medio anual no supere los 200.000 pasajeros durante la vigencia del compromiso de prestar el servicio; 2) las compañías (en relación con los enlaces a islas) en las que el tráfico medio anual no supere los 300.000 pasajeros (apdo. 75 Directrices 2014).

En relación con la financiación pública de las infraestructuras aeroportuarias, se consideran ayudas de Estado tanto su aportación por parte de cualesquiera poderes públicos si no actúan como inversores privados o no perciben contraprestaciones económicas adecuadas como el otorgamiento de subvenciones dirigidas a costearlas. La evaluación de su compatibilidad o no con el mercado común (arts. 106 y 107 TFUE) requiere de la Comisión Europea la toma en consideración de su adecuación o no a un objetivo de interés general/común claramente definido, como el desarrollo regional o la accesibilidad (apdo. 84 Directrices 2014), su necesidad y proporcionalidad al objetivo fijado, sus perspectivas de utilización a medio plazo, su accesibilidad en condiciones de igualdad y no discriminación y la afectación negativa del comercio (cdo. 79 Directrices 2014). Las Directrices de 2005 distinguían entre pequeños y grandes aeropuertos, entendiéndose que las ayudas a aeropuertos de menos de un millón de pasajeros apenas podrán falsear la competencia, pero este planteamiento ha sido calificado de artificial⁹⁹. Es por ello que las Directrices de 2014 (apdo. 79), siguiendo este planteamiento tendente a distinguir en función del tamaño de los aeropuertos, definen las intensidades máximas de ayuda permitidas en función del tamaño del aeropuerto y establecen que para considerar las ayudas compatibles con el mercado interior deben cumplirse los siguientes criterios acumulativos:

- 1) contribución a objetivos bien definidos de interés común que el mercado no logra alcanzar;
- 2) idoneidad de la ayuda estatal como instrumento político (en definitiva, que no haya otro instrumento mejor) (apdo. 87 Directrices 2014);
- 3) existencia de efecto incentivador (apdos. 93 y ss. Directrices 2014);

⁹⁹ E. ARIMANY LAMOGLIA / J. A. PÉREZ RIVARÉS, *Nuevo régimen jurídico del sistema aeroportuario español: ¿hacia una mayor competencia entre aeropuertos?*, cit., pág. 20; I. FERNÁNDEZ TORRES, *Aeropuertos regionales y libre competencia. En busca de un ansiado equilibrio mediante la aplicación de las directrices de 2005 (Análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias)*, cit., apdo. III.2.

- 4) costes subvencionables o intensidad máxima de la ayuda; inversiones iniciales en infraestructuras (apdos. 97 y ss. Directrices 2014);
- 5) proporcionalidad: limitación de la ayuda al mínimo necesario e intensidad de ayuda máxima admisible;
- 6) efectos negativos (apdos. 106 y ss. Directrices 2014);
- 7) acceso al aeropuerto;
- 8) requisitos de notificación de los regímenes de ayuda y medidas de ayuda individuales.

Las Directrices 2014 intentan asegurar que exista una adecuada correlación entre inversión pública e inversión privada.

<i>Tamaño del aeropuerto en función del tráfico medio anual de pasajeros</i>	<i>Intensidad máxima de las ayudas a la inversión</i>
> 5 millones	0% (ayuda no autorizada)
3-5 millones	hasta el 25% (sólo anticipo reembolsable)
1-3 millones	hasta el 50%
< 1 millón	hasta el 75%

Por último, las Directrices 2014 (apdos. 138 y ss.) dedican una atención especial a las ayudas a la puesta en marcha justificada sobre la base de las múltiples denuncias que sobre este aspecto en concreto se han presentado en los últimos años. Son posibles pero limitadas en el tiempo, y siempre y cuando se cumplan las condiciones acumulativas del apdo. 79; en concreto, se prevé que:

1) Las ayudas a la puesta en marcha otorgadas a compañías aéreas son compatibles con el mercado común si contribuyen a un objetivo bien definido de interés común, lo que no sucederá cuando exista una alternativa comparable de transporte en la misma zona de influencia¹⁰⁰, pero sí cuando incrementen la movilidad de los ciudadanos y las

¹⁰⁰ Ya se trate de una conexión ferroviaria o de que exista otro aeropuerto en la misma zona de influencia (apdo. 151 Directrices 2014).

B. SÁNCHEZ PAVÓN estima que la búsqueda de la máxima complementariedad de los modos de transporte ferroviario y aeroportuario mediante la prohibición del otorgamiento de ayudas públicas a la puesta en servicio de nuevas rutas aéreas implica el reconocimiento de que

conexiones mediante apertura de nuevas rutas o faciliten el desarrollo regional de regiones remotas (apdos. 139 y 140 Directrices 2014).

2) La constatación de que las compañías requieren de incentivos para asumir el riesgo de operar desde aeropuertos desconocidos o de abrir nuevas rutas ha llevado a las Directrices de 2014¹⁰¹ (apdo. 142) a entender que la ayuda sólo se abona para rutas que conecten un aeropuerto con menos de tres millones de pasajeros anuales¹⁰² (a excepción de los situados en las zonas ultraperiféricas) siempre que no haya una conexión en las mismas condiciones. En las rutas con un tráfico de pasajeros anual de entre tres y cinco millones no situados en regiones remotas, las ayudas sólo se entenderán compatibles en circunstancias excepcionales, mientras que cuando supere los cinco millones las ayudas no se admitirán en ningún caso.

3) Las Directrices revisadas exigen un plan de negocio previo que muestre la viabilidad a largo plazo sin financiación pública pasados tres años (apdo. 147 Directrices 2014).

«salvo en casos muy concretos —grandes *hubs* que requieran conexiones intermodales para garantizar su área de influencia— el tren de alta velocidad compite en la demanda con el transporte aéreo y, si se trata de garantizar exclusivamente una eficiente accesibilidad a un territorio, ambos modos son, más que complementarios, alternativos». Ello contradice, a su juicio, la invocación del principio de intermodalidad, que, de acuerdo con las Directrices, cede frente al principio de optimización del uso de las infraestructuras (vid. «Las ayudas públicas y su influencia sobre la competencia entre los aeropuertos europeos. Análisis desde la normativa y jurisprudencia comunitarias», cit., págs. 15-16). La limitación geográfica constituye un elemento incumplido claramente en España, tal y como se constata en diversos supuestos: aeropuerto de Castellón, situado a 60 km de Valencia; aeropuerto de Corvera, situado a 35 km de San Javier; también ampliado; aeropuerto de Burgos, separado por 100 km del de Valladolid... I. FERNÁNDEZ TORRES, *Aeropuertos regionales y libre competencia. En busca de un ansiado equilibrio mediante la aplicación de las directrices de 2005 (Análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias)*, cit.

¹⁰¹ Las Directrices de 2005 señalaban que podían compensarse con la concesión temporal de ayudas (por un plazo máximo de tres o cinco años), en ciertas condiciones, con el propósito de incentivar la apertura de nuevas rutas o frecuencias sólo desde aeropuertos regionales que les permitan alcanzar el «umbral de rentabilidad» en un período de tiempo limitado, asegurando su «viabilidad futura» y su «carácter decreciente». No existe una cifra objetiva que determine el umbral de rentabilidad. El Comité de las Regiones, en su Dictamen de 2 de julio de 2003 (sobre las *Capacidades aeroportuarias de los aeropuertos regionales*), señala que, según los cálculos efectuados con el *Airport Business Model* (RAND Europa, 2003), un aeropuerto necesita aproximadamente 1,5 millones de pasajeros al año para ser rentable. El estudio realizado por la Universidad de Cranfield antes citado precisa que las cifras varían en función de los países y de la manera en que estén organizados los aeropuertos (5,33 y 6,11), de tal manera que unas veces basta una cifra de 500.000 pasajeros anuales mientras que otras es necesario llegar al millón.

¹⁰² Tráfico medio anual de pasajeros durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se notifique o se otorgue la ayuda en el caso de las ayudas no notificadas. En el caso de un aeropuerto de nueva construcción, deberá utilizarse el tráfico medio anual de pasajeros previsto durante los dos ejercicios financieros posteriores al comienzo de la explotación de pasajeros. Estas cifras se refieren a trayectos, es decir, que un pasajero que vuele desde el aeropuerto y luego regrese al mismo se contabiliza dos veces; se aplica a rutas individuales.

4) La ayuda puede cubrir el 50% de los costes de puesta en marcha de una nueva ruta o un nuevo calendario con servicios más frecuentes durante un período máximo de tres años (apdo. 150 Directrices 2014).

5) La adjudicación de la ayuda no debe ser discriminatoria (apdos. 37, 148-149 y 152 Directrices 2014)

6) Las ayudas a la puesta en marcha no son acumulables con otro tipo de ayudas concedidas para la explotación de una ruta (apdos. 158-159 Directrices 2014) y podrán cubrir hasta un 50% de las tasas aeroportuarias aplicables a una ruta durante un período máximo de tres años.

En estas condiciones pretende, en definitiva, la Comisión Europea cohesionar el desarrollo de los aeropuertos regionales con el principio de la libre competencia, prohibiendo aquellas intervenciones públicas en su financiación y en la de las propias compañías aéreas que den lugar a su falseamiento. Resulta especialmente revelador el reciente Informe publicado por el Tribunal de Cuentas Europeo (Informe de 16 de diciembre de 2014)¹⁰³. Demuestra —tras fiscalizar la financiación de veinte aeropuertos— que las inversiones financiadas por la UE en aeropuertos entre 2000 y 2013 —en total, 600 millones de euros— no generaron los resultados esperados y fueron poco rentables. De hecho, sólo en la mitad de ellos puede demostrarse la necesidad real de las inversiones realizadas por la Unión Europea; en otros, por el contrario, las infraestructuras están infrautilizadas y en algunos no se utilizan en absoluto. Sólo en la mitad de esos aeropuertos fiscalizados por los auditores europeos se produjo un incremento real del tráfico aéreo, habiéndose sobreestimado en general el aumento de las previsiones de tráfico. Asimismo, se constataron retrasos en la construcción y entrega de las infraestructuras, sobrecostes en casi la mitad de los aeropuertos, ausencia de planes estratégicos de desarrollo aeroportuario a largo plazo y descoordinación en la planificación de las inversiones a nivel nacional: más concretamente, de los veinte aeropuertos analizados, siete son insostenibles financieramente hablando, a lo que se une el problema de la proximidad de algunos de los aeropuertos que han recibido financiación pública.

Sería conveniente, con vistas a reconducir la situación y evitar el uso y abuso de la financiación pública, introducir mejoras en el régimen de supervisión de la Comisión, que generalmente desconoce cuáles son los

¹⁰³ <http://www.eca.europa.eu/fr/Pages/ecadefault.aspx>.

aeropuertos que reciben financiación y su cuantía. En definitiva, la Comisión carece de una perspectiva completa de todas las inversiones que se realizan, lo que limita las posibilidades de mejorar la correcta aplicación de las ayudas e impide aplicar una política de financiación de infraestructuras adecuada.