

ARTÍCULOS

LA REORDENACIÓN DEL SECTOR AEROPORTUARIO ESPAÑOL

ESTEBAN ARIMAY LAMOGLIA Y JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS

Abogados (*)

La reordenación del sector aeroportuario español

Este trabajo describe el régimen jurídico aplicable al sistema aeroportuario español derivado de las recientes reformas normativas, en virtud de las cuales se produce una notable privatización de la denominada «red de AENA», circunscrita ya a la gestión estrictamente aeroportuaria en la que se incluyen determinados servicios de tránsito aéreo. Los autores analizan los aspectos más relevantes del nuevo sistema y prestan especial atención a la regulación de los ingresos de los gestores aeroportuarios, lo que les conduce a reflexionar sobre la incidencia del nuevo régimen en la competencia entre aeropuertos.

The new legal framework governing the Spanish airport system

This paper offers an overview of the new legislation governing the Spanish airport system, which restricts the role of the privatised «Aena network» to airport management and certain air traffic services. The authors analyse the main aspects of the new system, in particular the regulation of airport managers' revenues, and in turn its effects on competition between airports.

1 · PLANTEAMIENTO

El sistema aeroportuario español se ha caracterizado tradicionalmente por su naturaleza pública y su gestión monopolística, que desde el año 1991 ha correspondido a «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea» («AENA»), entidad de derecho público dependiente de la Administración General del Estado («AGE») a través del Ministerio de Fomento. En el ejercicio de sus funciones, AENA se ha encargado tanto de la gestión de los sistemas de navegación aérea como de la de los aeropuertos pertenecientes al Estado.

No obstante, la regulación del sistema aeroportuario español ha sido objeto de una profunda transformación en los últimos tiempos, en especial a partir de la promulgación de las siguientes normas:

— *El 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 («Real Decreto-ley 13/2010»), que establece el marco esencial y los elementos básicos del nuevo sistema aeroportuario español, al dedicar el capítulo I de su título II a la «Modernización del sistema aeroportuario» (artículos 7 a 12).

— *La Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea («Ley 21/2003»), modificada por la Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil, para introducir en esta un nuevo título VI, en el que se regulan los «Ingresos de los gestores de aeropuertos» y se lleva a cabo parcialmente la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2009/12/CE, de 11 de marzo, relativa a tasas aeroportuarias («Directiva 2009/12/CE»).*

— *Y el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria («CREA»), se regula su composición y funciones y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de AENA («Real Decreto-ley 11/2011»), que, completando la transposición de la Directiva 2009/12/CE, constituye la CREA, como organismo regulador al que corresponde la supervisión de las tarifas aeroportuarias.*

* De las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y de Derecho Mercantil, respectivamente, de Uría Menéndez (Barcelona).

La reforma que introduce la normativa citada responde a una triple finalidad¹:

(i) Por un lado, separar de forma definitiva la gestión aeroportuaria de los sistemas de navegación aérea.

(ii) De otra parte, dotar a la gestión aeroportuaria de un marco jurídico flexible que permita la participación del sector privado.

(iii) Y, finalmente, permitir una gestión más individualizada de los aeropuertos, adaptándolos a sus características propias y específicas y conectándolos con su entorno territorial.

El presente trabajo tiene por objeto examinar de forma general y necesariamente resumida el régimen jurídico aplicable al sistema aeroportuario español derivado de las normas que acaban de ser citadas y reflexionar sobre su incidencia en la competencia entre aeropuertos².

2 · LA CREACIÓN Y CONFIGURACIÓN LEGAL DE AENA AEROPUERTOS

Con anterioridad a la promulgación de la nueva normativa aeroportuaria se habían separado ya legalmente las funciones de regulación y de gestión

en los ámbitos de la navegación aérea y de los aeropuertos, atribuyéndose a AENA solamente las funciones de gestión de dichos ámbitos. El Real Decreto-ley 13/2010 da un paso más y, como se ha adelantado, introduce como novedad esencial la separación entre las funciones de gestión de los sistemas de navegación aérea y de gestión aeroportuaria, tradicionalmente desempeñadas por AENA.

Así, a partir del Real Decreto-ley 13/2010, mientras que la gestión de la navegación aérea continuará correspondiendo a AENA, las funciones relativas a la gestión aeroportuaria pasarán a ser desempeñadas por una sociedad mercantil denominada «Aena Aeropuertos, S.A.» («AENA AEROPUERTOS»), cuya constitución se confía por dicha norma a un ulterior Acuerdo del Consejo de Ministros que, efectivamente, se adoptó en fecha 25 de febrero de 2011. El Real Decreto-ley 13/2010 predetermina, no obstante, aspectos esenciales del nuevo ente gestor, cuales son, aparte de la propia denominación social, sus obligaciones y funciones y su caracterización como sociedad mercantil estatal de las previstas en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas («LPAP»).

En cuanto a las obligaciones y funciones de AENA AEROPUERTOS, el artículo 7.2 del Real Decreto-ley 13/2010 indica que:

«Además de cualquier otra función que pudiera atribuirle el Consejo de Ministros, «Aena Aeropuertos, S.A.» asumirá el conjunto de funciones y obligaciones que actualmente ejerce la entidad pública empresarial AENA en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, así como cualesquiera otras que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios, en relación a la red de aeropuertos integrada por los aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA en el momento de entrada en vigor de este Real Decreto-ley»³.

¹ Tomamos la descripción de M. Nieto Menor: «Modernización del sistema aeroportuario español: examen del Real Decreto-ley 13/2010», *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, 2011, N.º 7, págs. 181-193. El excelente trabajo de Nieto Menor abarca, temporalmente, hasta la constitución de AENA AEROPUERTOS, S.A. Un magnífico estudio crítico sobre el sistema aeroportuario existente en España con anterioridad a la actual reordenación, lo constituye J. Esteve Pardo: *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Valencia, 2001. Puede verse también, por centrarnos solo en las aportaciones más recientes, la sobresaliente aportación de A. Ruiz Ojeda que se citará profusamente en el apartado 6 de este trabajo.

² Debe hacerse notar que el nuevo régimen jurídico se refiere fundamentalmente a la gestión de los aeropuertos y helipuertos de interés general de titularidad estatal, cuya enumeración puede verse en el anexo (*Aeropuertos y helipuertos gestionados por «AENA AEROPUERTOS, S.A.»*) del reciente *Real Decreto 1150/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos civiles*. Ahora bien, el nuevo régimen jurídico no deja de impactar, incluso en forma directa, sobre la gestión de otros aeropuertos distintos de los mencionados, como es el caso de los de titularidad privada o de los autonómicos en el proceso de determinación de las tarifas aeroportuarias regulado por la Ley 21/2003 o de la creación de los Comités de Coordinación Aeroportuaria a los que se refiere el artículo 13 del Real Decreto-ley para, entre otras funciones, informar y asesorar en materia de coordinación e impulso de las políticas aeroportuarias del Estado y las Comunidades Autónomas.

³ Conforme a lo previsto en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 13/2010, AENA AEROPUERTOS no inició de manera efectiva tales funciones y obligaciones en el mismo momento de su constitución. Con posterioridad a dicho momento, se inició un proceso de delimitación del conjunto de activos, pasivos y relaciones jurídicas de AENA que, legalmente, debía asumir aquella sociedad estatal por su vinculación con la actividad de gestión aeroportuaria, así como de aportación y transmisión de dicho conjunto a AENA AEROPUERTOS, lo que dio lugar a una ampliación de capital de esta última que fue totalmente suscrita y desembolsada por su única accionista AENA. El proceso puede verse profusamente descrito en la Orden del

En este contexto, debemos subrayar el desplazamiento producido en relación con los servicios de tránsito aéreo desde el ámbito de la navegación aérea hacia el de la gestión aeroportuaria. Sintéticamente expuesto, la *Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo* («Ley 9/2010»), establece una distinción entre servicios de tránsito aéreo de control de área y control de aproximación, cuya gestión sigue reservada en exclusiva a AENA por su vinculación con la soberanía nacional, y servicios de tránsito aéreo de aeródromo, en los que se da una auténtica liberalización mediante su apertura al mercado.

En relación con estos últimos servicios, será el gestor aeroportuario quien deberá contratarlos con proveedores debidamente certificados, de modo que, tras su selección mediante aplicación de la *Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales* («Ley 31/2007»), serán designados por el Ministerio de Fomento a propuesta del gestor aeroportuario, entrando a prestar servicios en el aeropuerto de que se trate previa supervisión e informe de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. El gestor aéreo recuperará el coste de tales servicios de los usuarios mediante la aplicación de las tarifas aeroportuarias a las que nos referiremos en un apartado posterior. En la actualidad, AENA AEROPUERTOS es, como veremos, la titular de los bienes necesarios para la prestación del servicio (como es el caso de las torres de control) y AENA tiene el carácter de proveedor de servicios de tránsito aéreo de aeródromo⁴.

En relación con su carácter de sociedad mercantil estatal, el capital social de AENA AEROPUERTOS corresponderá inicialmente en su totalidad a AENA, si bien esta podrá enajenar parte de él, de conformidad con la LPAP (*vid.*, fundamentalmente, artículo 175 de la LPAP) conservando en todo caso la mayoría de dicho capital. En este sentido, el Consejo de Ministros, por Acuerdo de 15 de julio de 2011, autorizó la venta por AENA de hasta un máximo del 49% del capital social de AENA AEROPUERTOS. Ahora bien, quedan por determinar datos tan importantes como el momento de la enajenación, si se realizará a través de una o varias operaciones, el porcentaje definitivo de capital social de AENA AEROPUERTOS que quedará en manos privadas y si la venta se hará mediante salida a bolsa o sin ella. Todo ello dependerá de las condiciones del mercado y de la búsqueda del máximo valor para la empresa. Una vez se adopten las decisiones más relevantes al respecto, y antes de iniciarse el proceso de venta, se solicitará el oportuno dictamen del Consejo Consultivo de Privatizaciones («CCP»), creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 para procurar que los procesos privatizadores se acomoden a principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia.

Puede observarse que la relación existente entre AENA y AENA AEROPUERTOS es de propiedad de la primera sobre la segunda. Ciertamente, tal relación atribuye a AENA (y, con ella, a la propia AGE, de con-

tar los servicios de tránsito aéreo de aeródromo de conformidad con la Ley 9/2010 que, como hemos visto y sin perjuicio de regímenes transitorios, remite a la Ley 31/2007. Por su parte, como veremos, el artículo 8, apartado a) de dicha norma establece que AENA AEROPUERTOS tendrá con AENA y con la propia AGE la consideración de empresa asociada a los efectos de la Ley 31/2007, con las peculiaridades de régimen jurídico inherentes a dicha consideración. Todavía cabe indicar que la Ley 9/2010 (artículo 1.4) establece una ulterior distinción entre servicios aeronáuticos, indicando que las tareas que no sean propiamente de tránsito aéreo, como la dirección de la plataforma, podrán realizarse directamente por el gestor aeroportuario o encomendarse por este a los proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo. El reciente Real Decreto 1238/2011, de 8 de septiembre, ha regulado el servicio de dirección de plataforma aeroportuaria y las condiciones para su implantación, considerando como tal el que se ocupa del guiado de los aviones en tierra por determinadas zonas del aeropuerto, próximas al edificio terminal, desde que abandonan la calle de rodadura hasta su estacionamiento o viceversa. Por lo demás, las disposiciones adicionales primera y segunda del Real Decreto-ley 13/2010, establecen determinadas previsiones sobre, respectivamente, el régimen de coordinación de franjas aéreas en el nuevo modelo aeroportuario (función no atribuida al gestor aeroportuario) y el régimen de los controladores aéreos al servicio de AENA y del resto de proveedores de servicio de tránsito aéreo.

Ministerio de Fomento 1525/2011, de 7 de junio, por la que —dando también cumplimiento a la disposición transitoria segunda antes citada— se acuerda el inicio del ejercicio efectivo de funciones y obligaciones en materia de gestión aeroportuaria por AENA AEROPUERTOS (la «Orden de inicio de funciones»). Es de destacar la utilidad del anexo de dicha Orden en la medida que determina las unidades orgánicas de AENA dedicadas de manera principal a las actividades aeroportuarias, cuyo personal queda, por otra parte, integrado en AENA AEROPUERTOS. La transmisión patrimonial de conjunto que se produjo en favor de AENA AEROPUERTOS lo fue de una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial independiente, razón por la cual la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 13/2010 declaró la no sujeción de la transmisión al IVA. La subrogación de la sociedad estatal en la condición de empleador que antes ostentaba AENA se consideró un supuesto de sucesión de empresa previsto en el *Estatuto de los Trabajadores*.

⁴ El artículo 7.4 del Real Decreto-ley 13/2010 establece que AENA AEROPUERTOS (como cualquier gestor aeroportuario) debe contra-

formidad con la LPAP) la capacidad de determinar las decisiones más importantes y líneas estratégicas de AENA AEROPUERTOS. Pero lo que queremos subrayar es que no existe entre ellas una encomienda o relación contractual en virtud de la cual AENA encargue la gestión de la red de aeropuertos de titularidad estatal a AENA AEROPUERTOS. La gestión de dicha red se atribuye directamente a esta última por el Real Decreto-ley 13/2010 (no a través de ninguna encomienda o contrato) y AENA queda relevada de la gestión que antes realizaba y deviene propietaria de la nueva sociedad estatal gestora.

Estamos, pues, ante una operación de privatización (nada se reserva la AGE en materia de gestión aeroportuaria, sin perjuicio de las potestades reguladoras que pueda atribuirle el ordenamiento y de sus facultades como propietaria de AENA) que escapa a la aplicación de la normativa de contratación pública, especialmente a las normas de preparación y adjudicación de contratos públicos, incluidas aquellas de sus disposiciones que, con carácter excepcional, regulan la atribución de encargos directos a los denominados medios propios.

Lo que acaba de decirse nos lleva, a su vez, a una reflexión adicional. Cuando AENA, en uso de la autorización ya conferida por el Consejo de Ministros, proceda a la enajenación de parte de sus acciones en el capital de AENA AEROPUERTOS, tampoco estaremos ante la aparición de una sociedad mixta asimilada a una concesionaria —con presencia privada necesariamente limitada en el tiempo por esa razón— ni, en términos más generales, ante la instauración de una de las fórmulas de colaboración público-privada institucionalizada de las previstas en la normativa nacional de contratación pública y a las que también se refiere la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02, DOUE de 12 de abril de 2008)*.

En consecuencia, no deberían existir problemas similares a los enjuiciados por algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tales como la sentencia de 13 de octubre de 2005 (C-458/03), *Parking Brixen*, y la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04), *Comisión c. Austria* (caso Mödling), relacionados con la aplicabilidad de la normativa de contratación pública y con el concepto de medio propio. Todo ello, sin perjuicio, como ya se ha indicado, de que la enajenación en favor del sector privado deba seguir necesariamente

pautas de publicidad, transparencia y libre concurrencia, de que, no siendo ya AENA AEROPUERTOS una sociedad íntegramente pública, resulte discutible que pueda recibir encomiendas directas por parte de los entes sometidos a la normativa de contratación pública —aspecto que excede, con mucho, de las posibilidades de este trabajo— y, finalmente, de que la sociedad estatal no deje de ser, ella misma, un ente del sector público que sí se somete a la normativa de contratación pública, siquiera sea en su modalidad de legislación de sectores excluidos, como vamos a ver acto seguido al hilo del análisis de su régimen jurídico.

3 · EL RÉGIMEN JURÍDICO DE AENA AEROPUERTOS Y EL TRÁNSITO HACIA SU PLENA OPERATIVIDAD

El artículo 8 del Real Decreto-ley 13/2010 se ocupa del régimen jurídico de AENA AEROPUERTOS —sobre el que no se establece variación para después de la venta de parte de su capital— y su disposición transitoria tercera contempla el tránsito hacia ella de determinadas relaciones jurídicas de AENA en el ámbito de la gestión aeroportuaria, tomando, para ello, como fecha de referencia, la de inicio efectivo de las funciones y obligaciones por parte de AENA AEROPUERTOS.

Como corresponde a su carácter de sociedad estatal, sin perjuicio de la aplicación de la normativa administrativa que corresponda en materia presupuestaria, patrimonial, contable y de control financiero, AENA AEROPUERTOS se registrará por lo dispuesto en la legislación mercantil, con una serie de especialidades:

(i) Aplicará el mismo régimen de contratación que el previsto para AENA, y tendrá la consideración, tanto en relación con esta como con respecto a la AGE, de empresa asociada a los efectos de la Ley 31/2007 (exclusión, en determinadas circunstancias, de la aplicación de dicha Ley a los contratos adjudicados entre ellas: *vid.* artículo 18, apartados 4 y 5 de dicha Ley). Respecto a los expedientes de contratación ya iniciados y contratos adjudicados por AENA, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se producirá la subrogación por parte de AENA AEROPUERTOS, subsistiendo todas las garantías otorgadas con anterioridad.

(ii) Lógicamente, los contratos de AENA AEROPUERTOS con su personal serán de naturaleza la-

boral, subrogándose en los que tenía otorgados AENA con el personal dedicado principalmente a las actividades aeroportuarias. Dicho personal se seguirá rigiendo por los convenios colectivos vigentes, respetándose la antigüedad y cualquier otro derecho que tengan consolidado cuando la sociedad estatal comience a ejercer sus funciones.

(iii) En materia de expropiación forzosa, AENA AEROPUERTOS tendrá la condición de beneficiaria de las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión. La potestad expropiatoria sigue, pues, radicada en la AGE. Como tal beneficiaria, los bienes expropiados se integrarán en el patrimonio de AENA AEROPUERTOS, sin que, como veremos, gocen de la condición de bienes demaniales. Respecto de los expedientes en curso en los que AENA sea beneficiaria, aquella asumirá todos sus derechos y obligaciones como tal y, como se ocupó de concretar la Orden de inicio de funciones antes citada, las actas de ocupación se levantarán en favor de AENA AEROPUERTOS y, si ya estuvieran levantadas pero los bienes expropiados no se hubiesen inscrito todavía al comienzo del ejercicio efectivo de las funciones de esta última, se inscribirán en favor de AENA AEROPUERTOS.

(iv) Las obras de nueva construcción, reparación y conservación que realice AENA AEROPUERTOS en el ámbito de los aeropuertos y de su zona de servicio no estarán sometidas a licencia ni a otros actos de control preventivo municipal. Tal previsión —que, como veremos, no se aplica únicamente a dicha sociedad estatal— constituye una manifestación de las no siempre fáciles relaciones entre el ejercicio de las competencias estatales sobre aeropuertos de interés general y las autonómicas y locales sobre ordenación del territorio y urbanismo. El Tribunal Constitucional (*vid.* sentencias 40/1989, de 19 de febrero y 204/2002, de 31 de octubre) suele admitir la exclusión legal del control preventivo municipal pero no de forma incondicionada, toda vez que exige que dicho control preventivo sea sustituido por otros mecanismos de colaboración y cooperación (por ejemplo, informes municipales sobre planes aeroportuarios) y que la exclusión de licencia no afecte a obras que, aun estando ubicadas en la zona de servicio de los aeropuertos, pudieran considerarse como no aeroportuarias. En este contexto, el artículo 13 del Real Decreto-ley ordena que reglamentariamente se creen Comités de Coordinación Aeroportuaria,

para el ámbito de cada Comunidad Autónoma y con las funciones de informe y asesoramiento que establece el propio precepto. Por otra parte, el reciente Real Decreto 1189/2011, de 19 de agosto, ha regulado el procedimiento de emisión de los informes previos al planeamiento de infraestructuras aeronáuticas, establecimiento, modificación y apertura al tráfico de aeródromos autonómicos y modifica, entre otros, el *Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio*.

(v) En materia de responsabilidad patrimonial, las reclamaciones que se interpongan contra AENA AEROPUERTOS con posterioridad al momento de inicio efectivo de sus funciones, ya sea por hechos anteriores o posteriores a dicho momento, se registrarán por el derecho privado. Respecto a los expedientes incoados con anterioridad a dicho inicio efectivo, continuarán siendo instruidos y resueltos por AENA, pero sus consecuencias económicas recaerán sobre su sucesora cuando sean imputables a la actividad aeroportuaria.

(vi) Con arreglo a la Orden de inicio de funciones, AENA AEROPUERTOS quedará también subrogada en todos los litigios de los que sea parte AENA por hechos acontecidos con anterioridad a la fecha de dicho inicio, siempre dentro del ámbito aeroportuario y con plena colaboración de AENA.

El artículo 8 del Real Decreto-ley 13/2010 se ocupa del denominado patrimonio aeroportuario. Por lo que se refiere a AENA AEROPUERTOS, cabe destacar una novedad trascendental consistente en que todos los bienes de dominio público estatal adscritos a AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo (p. ej. torres de control), dejan de tener naturaleza demanial. Una vez llevadas a cabo por el Ministerio de Economía y Hacienda las actuaciones necesarias para proceder al cambio de naturaleza de los bienes demaniales de conformidad con la indicada previsión, tales bienes, ya desdemanializados, junto con la totalidad de los otros bienes, derechos, deudas y obligaciones de AENA afectos a las actividades aeroportuarias, comerciales u otros servicios estatales vinculados a la gestión aeroportuaria —incluidos los de tránsito aéreo de aeródromo— quedarán integrados en el patrimonio de AENA AEROPUERTOS. Esta última, como veremos posteriormente, será

también la propietaria del patrimonio gestionado por las sociedades concesionarias o filiales encargadas de la gestión individualizada de aeropuertos concretos. A todas ellas se les impone, por lo demás, la obligación de ceder gratuitamente los espacios necesarios para la prestación en el correspondiente aeropuerto de servicios públicos no aeroportuarios, tales como los aduaneros, de control de personas y de identificación, de seguridad exterior e interior, de información meteorológica y de sanidad exterior.

El cambio de naturaleza de los bienes demaniales, ya patrimonializados por AENA AEROPUERTOS, suscita algunas cuestiones de interés. Si fueron adquiridos por expropiación forzosa, como quiera que, a pesar de la desdemanialización, no se entiende alterada la finalidad o utilidad pública expropiatoria, no cabrá exigir su reversión. Por otra parte (disposición transitoria tercera, ap. 4 del Real Decreto-ley 13/2010), en congruencia con el cambio de naturaleza de los bienes sobre los que recaen, las concesiones demaniales otorgadas por AENA se deben transformar en contratos de arrendamiento, manteniéndose las mismas condiciones, términos y plazos vigentes al momento de la transformación, aunque, lógicamente, sujetos ahora al derecho privado (artículo 102.3 de la LPAP). Ahora bien, para ello debe prestar su conformidad el concesionario demanial en un plazo que debe otorgarle AENA AEROPUERTOS, de manera que si el concesionario no se mostrase conforme o no contestare en dicho plazo quedará extinguida la concesión (no transformada en arrendamiento) y se procederá a su liquidación.

4 · LA GESTIÓN INDIVIDUALIZADA DE ALGUNOS AEROPUERTOS DE LA RED AENA AEROPUERTOS

4.1 · Distintas formas de gestión de los aeropuertos

La gestión de los aeropuertos estatales puede realizarse, bien directamente por AENA AEROPUERTOS, bien acudiendo a su gestión diferenciada, a través de una entidad distinta. A su vez, dos son las posibles formas posibles de gestión diferenciada o individualizada de los aeropuertos:

(i) Por un lado, el Real Decreto-ley 13/2010 (en su artículo 12) prevé la creación por acuerdo del Consejo de Ministros de una o varias sociedades filiales de AENA AEROPUERTOS para la gestión de uno o varios aeropuertos concretos. A las sociedades filiales se les aplicará el mismo

régimen jurídico que el previsto para su sociedad estatal accionista, con alguna peculiaridad que iremos reseñando y sin perjuicio de la adaptación de dicho régimen a su respectivo ámbito de gestión (artículo 10.1.b) Real Decreto-ley 13/2010). La sociedad filial de que se trate contribuirá al mantenimiento de la red con un porcentaje de sus ingresos que se determinará a través de un convenio de colaboración suscrito entre la filial y AENA AEROPUERTOS.

(ii) Por otro lado, se prevé la licitación y posterior adjudicación por AENA AEROPUERTOS de contratos de concesión de servicios aeroportuarios, en virtud de los cuales la empresa adjudicataria gestionará un aeropuerto concreto en el marco de lo que establezca el contrato de concesión, contribuyendo al sostenimiento de la red a través del abono del correspondiente canon anual, compatible con un pago inicial al obtener la concesión.

En la práctica, esta posibilidad se puede articular, (i) bien mediante la licitación del contrato de concesión de servicios aeroportuarios *stricto sensu*, (ii) bien mediante un procedimiento de licitación tendente a la selección de un socio (con el porcentaje que determine el pliego) de una sociedad que será la concesionaria y, por tanto, la contraparte de AENA AEROPUERTOS en el contrato de concesión de servicios aeroportuarios (siendo esta la modalidad finalmente escogida para la licitación de la gestión de los aeropuertos de Madrid-Barajas y de Barcelona-El Prat, de conformidad con los acuerdos del Consejo de Ministros de 15 y 29 de julio de 2011).

En cualquier caso, la licitación por AENA AEROPUERTOS del contrato de concesión de servicios aeroportuarios o, en su caso, de la selección del socio de la sociedad concesionaria, se someterá a la Ley 31/2007 (artículo 11 del Real Decreto-ley 13/2010). No se tratará de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos —dada la naturaleza del ente adjudicador y de la actividad contratada—, sino de un contrato privado que, no obstante, adoptará una estructura de prestaciones similar a la de una concesión administrativa, en especial el régimen de explotación a riesgo y ventura del concesionario.

4.2 · Elementos comunes de las formas de gestión individualizada

Una y otra forma de gestión diferenciada presentan algunas notas comunes:

(i) En primer lugar, tanto las sociedades filiales de AENA AEROPUERTOS como las sociedades concesionarias que contraten con aquella serán meras sociedades gestoras, es decir, no serán en ningún caso titulares del patrimonio aeroportuario, respecto del cual únicamente tendrán facultades de «administración, promoción, gestión y explotación» (pero no de disposición). El patrimonio aeroportuario será en todo caso titularidad de AENA AEROPUERTOS, con la matización que destacaremos posteriormente en relación con las obras realizadas por los concesionarios.

(ii) Por otra parte, tanto las sociedades filiales de AENA AEROPUERTOS como las sociedades concesionarias tendrán todos los derechos y obligaciones del beneficiario de expropiación (entre ellas, señaladamente, la obligación de pago del bien expropiado), sin perjuicio de que el objeto de la expropiación pase a integrar el patrimonio aeroportuario (titularidad de AENA AEROPUERTOS). Como puede observarse, la titularidad última de los bienes expropiados determina una diferencia de trato legal entre AENA AEROPUERTOS, verdadera beneficiaria, y las sociedades filiales y concesionarias que ostentan los *derechos y obligaciones del beneficiario*, sin serlo en realidad, por razón, precisamente, de no adquirir para su patrimonio los bienes expropiados.

(iii) Las obras de nueva construcción, reparación y conservación que realicen tanto las sociedades filiales de AENA AEROPUERTOS como los concesionarios en el ámbito de los aeropuertos y de su zona de servicio no estarán sujetas a licencia municipal (artículos 8 y 11 del Real Decreto-ley 13/2010).

(iv) Por otro lado, a todos los efectos legales (como es el caso de la obtención de la certificación del aeropuerto, la contratación de servicios de tránsito aéreo o el proceso de determinación de las tarifas aeroportuarias, con algunas peculiaridades que veremos posteriormente en relación con las sociedades filiales), tanto el concesionario de los servicios aeroportuarios como las sociedades filiales gestoras tendrán la condición de «gestores aeroportuarios» del correspondiente aeropuerto (artículo 10.2 del Real Decreto-ley 13/2010).

(v) Tanto las sociedades filiales de AENA AEROPUERTOS como las concesionarias estarán obligadas a ceder gratuitamente los espacios necesarios para la prestación de servicios públicos no aeroportuarios, tales como los servicios aduane-

ros, de control de personas y de identificación, de seguridad interior y exterior, de información meteorológica y de sanidad exterior (artículo 9 del Real Decreto-ley 13/2010).

(vi) Desde un punto de vista laboral, tanto las sociedades filiales como las concesionarias se subrogarán en los derechos y obligaciones que tenía AENA AEROPUERTOS como empleador en relación con el personal dedicado de manera principal a las actividades aeroportuarias que se atribuyan a aquellas, siempre que en el caso de las sociedades concesionarias los trabajadores «voluntariamente lo acepten» (artículo 11.6 del Real Decreto-ley 13/2010). Esta voluntaria aceptación se producirá seguramente de forma generalizada, toda vez que los acuerdos suscritos entre AENA y los representantes de sus trabajadores garantizan la continuidad de las condiciones laborales de los trabajadores que voluntariamente acepten la subrogación.

4.3 · Elementos diferenciales de las formas de gestión individualizada

Existen, no obstante, algunas diferencias entre la gestión por medio de una filial de AENA AEROPUERTOS y la que se realiza a través de una sociedad concesionaria. Así:

(i) En el supuesto de la gestión por medio de una sociedad concesionaria (no en el de la gestión por filial), se prevé la creación de «un órgano de impulso y seguimiento de la actividad del aeropuerto, en el que, junto al gestor aeroportuario, participará la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma y, en su caso, los municipios del entorno» (artículo 11.7 del Real Decreto-ley 13/2010).

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2011 prevé la creación en el último trimestre de 2011, para los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat, de sendas sociedades que ejercerán las funciones de vigilancia y control de las concesiones, y en cuyos consejos estarán representados las Comunidades Autónomas, los agentes económicos y los Ayuntamientos. En principio, estas sociedades (que, como después veremos, tendrán también intervención en el procedimiento de determinación de las tarifas) deberían ser las encargadas de cumplir las funciones previstas por el artículo 11.7 del Real Decreto-ley 13/2010.

(ii) En el caso de gestión por sociedades filiales, la planificación de sus inversiones, así como su financiación, deberán convenirse con AENA AEROPUERTOS (artículo 12.2 del Real Decreto-ley 13/2010). Para las sociedades concesionarias deberá estarse a lo que determine el contrato de concesión.

Por otro lado, las obras de nueva construcción, reparación y conservación que realice el concesionario en el ámbito de los aeropuertos y de su zona de servicio integrarán el patrimonio de AENA AEROPUERTOS solo en el momento de extinguirse la concesión. Parece, pues, que, respecto de tales obras, puede abrirse un debate sobre la naturaleza jurídica del título que, sobre ellas, ostentará el concesionario durante el tiempo de la concesión, bien sea como propiedad a término, bien sea como derecho real más limitado que reconoce, como titular último, al ente concedente.

(iii) Finalmente, como veremos en el apartado siguiente, mientras que las sociedades filiales tienen el mismo régimen de ingresos aeroportuarios que el previsto para AENA AEROPUERTOS (compuesto tanto por prestaciones patrimoniales públicas como por ingresos privados), las sociedades concesionarias solo perciben ingresos privados.

5 · INGRESOS DE LOS GESTORES AEROPORTUARIOS

5.1 · Planteamiento

El Real Decreto-ley 13/2010 remite la regulación de los ingresos de los gestores aeroportuarios a la normativa de transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2009/12/CE. Como ha quedado dicho, dicha transposición se ha realizado en 2011 mediante la introducción de un nuevo título VI en la Ley 21/2003 y la aprobación del Real Decreto-ley 11/2011.

En la actualidad, los ingresos de los gestores aeroportuarios de la red de AENA AEROPUERTOS tienen distinta naturaleza y régimen jurídico dependiendo de cuál sea la forma de gestión de los aeropuertos.

En el supuesto de que la gestión del aeropuerto se lleve a cabo directamente por AENA AEROPUERTOS o de forma individualizada por una sociedad filial gestora, una y otra podrán percibir dos tipos de ingre-

sos: prestaciones patrimoniales de carácter público y precios privados. A estos efectos:

(i) Son prestaciones patrimoniales de carácter público los ingresos que AENA AEROPUERTOS o las sociedades filiales pueden percibir derivados de los conceptos previstos en la Ley 21/2003. La Ley 21/2001 establece los criterios esenciales de fijación de las cantidades exigibles por esas prestaciones públicas, así como los parámetros de su actualización anual por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Las gestoras aeroportuarias del sector público podrán utilizar, para su cobro, la vía de apremio a través de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y frente a los actos de gestión, liquidación y cobro de las prestaciones públicas cabrá interponer reclamación económico-administrativa y, consecuentemente, ulterior recurso contencioso-administrativo.

(ii) Son precios privados los ingresos que AENA AEROPUERTOS o las sociedades filiales pueden percibir en relación con todos los servicios y actividades que no tengan la consideración de prestaciones patrimoniales públicas. Su gestión y cobro se someterán al derecho privado y las controversias que se susciten se resolverán por la jurisdicción ordinaria.

En el supuesto de que la gestión del aeropuerto se lleve a cabo por compañías concesionarias de servicios aeroportuarios, todos los ingresos que aquellas pueden percibir en el ejercicio de su actividad aeroportuaria tienen la consideración de precios privados (artículo 71 de la Ley 21/2003), cuya gestión y cobro se someterá al derecho privado.

Llama la atención este distinto tratamiento que, en relación con los ingresos derivados de una serie de servicios aeroportuarios relevantes, asume el legislador en función de si el servicio lo presta AENA AEROPUERTOS o una de sus sociedades filiales (prestación patrimonial de carácter público) o, por el contrario, una sociedad concesionaria (precio privado). Con ello, el legislador asume una determinada forma de entender la configuración constitucional de la prestación patrimonial de carácter público —y de la correlativa reserva de ley para la determinación de sus elementos esenciales (artículo 31.3 de la Constitución)— que se caracterizaría por identificar como elementos determinantes de tal calificación tanto el tipo de servicio prestado como la naturaleza jurídica del ente gestor receptor del ingreso.

Desde esta última perspectiva, serían únicamente prestaciones patrimoniales de carácter público las percibidas por entes públicos o por entes privados del sector público (como lo son AENA AEROPUERTOS y sus sociedades filiales), pero no los ingresos de otros entes privados. Se trata, sin duda, de un posicionamiento que no estará exento de polémica —como polémica es la propia figura de la prestación patrimonial de carácter público— teniendo en cuenta, además, la atribución a sociedades mercantiles del sector público de potestades (apremio) y cauces de revisión (reclamación económico-administrativa) propios de las Administraciones Públicas en sus actuaciones sujetas al Derecho administrativo.

Por lo demás, dentro del sistema de financiación de la red de AENA AEROPUERTOS, parecen distinguirse, en la Ley 21/2003, subsistemas distintos. Por una parte, el de la propia AENA AEROPUERTOS y sociedades filiales, caracterizado por la ausencia de condicionantes contractuales, la afectación del rendimiento de las prestaciones patrimoniales públicas a la financiación exclusiva de este subsistema y los convenios de colaboración que suscribirá AENA AEROPUERTOS con cada una de las sociedades filiales para determinar el porcentaje de ingresos (de todos los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza), que estas últimas deberán abonar a aquella para el mantenimiento de la red (artículos 69.5 y 70.2 de la Ley 21/2003). Por otra parte, el subsistema propio de cada sociedad concesionaria, influido por condicionantes contractuales y dotado de mayor aislamiento interno, como corresponde a su carácter de gestora a riesgo y ventura del correspondiente aeropuerto, sin perjuicio de la contribución que pueda establecerse al sistema global con cargo al pago de cánones (inicial y periódico) al ente concedente.

5.2 · En particular, los ingresos tarifarios sometidos a procedimiento de transparencia, consulta y supervisión

Una vez calificados los ingresos de los gestores aeroportuarios, determinada su naturaleza y régimen jurídico, cubierta la reserva de ley para la determinación de los elementos esenciales de las prestaciones patrimoniales de carácter público y establecidos, asimismo, los parámetros fundamentales de actualización, la Ley 21/2003 regula el denominado procedimiento de transparencia, consulta y supervisión.

Con ello se transpone al ordenamiento español la Directiva 2009/12/CE, sobre tasas aeroportuarias.

La Directiva 2009/12/CE no prejuzga la naturaleza jurídica de los ingresos aeroportuarios ni regula sus distintos elementos, sino que, dejando a salvo las reglamentaciones nacionales compatibles con el Derecho de la Unión Europea, establece, en relación con los aeropuertos que presentan un mayor volumen de tráfico o una posición nacional de liderazgo, criterios y principios a los que deben sujetarse determinados ingresos e impone obligaciones de transparencia y consulta que se acompañan de un mecanismo de supervisión a cargo de una autoridad nacional independiente, sometida solamente a control judicial o parlamentario. La exigida independencia de la autoridad supervisora se predica, especialmente, de aquellas otras autoridades nacionales que sean titulares o mantengan el control de aeropuertos o gestores aeroportuarios, de modo que, cuando se dé tal circunstancia, el legislador nacional atribuya a autoridades distintas la funciones de gestión y las de supervisión y regulación.

En este último sentido, la Ley 21/2003 ha sido completada por el Real Decreto-ley 11/2011 que, como se dijo al principio de este trabajo, constituye la CREA y regula su composición y funciones. La CREA nace como el organismo regulador del sector del transporte aéreo en materia de tarifas aeroportuarias, con el objetivo de velar por la objetividad, no discriminación, eficiencia y transparencia de los sistemas de establecimiento y revisión de dichas tarifas. Se trata de un organismo público de los previstos en el título I, capítulo II, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Organismos Reguladores), que se regirá por lo dispuesto por dicha Ley 2/2011 en todo lo que no esté específicamente previsto en el Real Decreto-ley 11/2011. Su creación ha propiciado la modificación, entre otras, de la disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, en su nueva redacción, menciona los actos administrativos dictados por la CREA como susceptibles de ser impugnados, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

No todos los ingresos aeroportuarios se sujetan al procedimiento de transparencia, consulta y supervisión. El artículo 94 de la Ley 21/2003 adopta, a tal efecto, el concepto de *tarifas aeroportuarias*, comprendiendo como tales, en consonancia con la Directiva 2009/12/CE, las contraprestaciones que perciba el gestor aeroportuario de las compañías usuarias por el uso de las instalaciones aeroportuarias que gestiona y por los servicios prestados

exclusivamente por la entidad gestora del aeropuerto relacionados con el «*aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de las aeronaves y el tratamiento de los pasajeros y la carga*».

Con un mayor esfuerzo de concreción, pero solamente en relación con los ingresos de AENA AEROPUERTOS y sus sociedades filiales, se indica que estarán sometidas al procedimiento de transparencia, consulta y supervisión todas las prestaciones patrimoniales públicas enumeradas en el artículo 68.2 de la propia Ley 21/2003, a excepción de las previstas en sus letras j) y k). Parece lógico que si se considera que, a través de la Ley 21/2003, se está llevando a cabo la transposición de la Directiva 2009/12/CE, las tarifas aeroportuarias de las sociedades concesionarias sometidas a supervisión no puedan diferir sustancialmente de las que, conforme a dicha Ley, lo están por parte de las sociedades gestoras del sector público.

Centrándonos ahora en los ingresos de las sociedades concesionarias, la distinción entre ingresos tarifarios y no tarifarios es relevante por lo que al mecanismo previsto para su fijación se refiere. Los ingresos no tarifarios son fijados por la sociedad concesionaria de acuerdo con lo previsto con la contraparte del contrato de concesión de que se trate. En cambio, la Ley 21/2003 y el Real Decreto-ley 11/2011 establecen un procedimiento concreto de fijación de las cuantías de los ingresos tarifarios, que tendrá que ser observado por las sociedades concesionarias, que habrán de tener en cuenta, además, las previsiones que adicionalmente puedan establecer los pliegos y el contrato de concesión suscrito entre el concesionario y AENA AEROPUERTOS.

Así, las concesionarias de servicios aeroportuarios están obligadas a realizar una vez al año un «procedimiento de consultas» con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias del aeropuerto en relación con las tarifas aeroportuarias que vayan a aplicar (artículo 102.1 de la Ley 21/2003). Este «procedimiento de consultas» responde a los siguientes caracteres:

- (i) Deberá iniciarse con una antelación de, al menos, cuatro meses respecto de la fecha en que se prevea la aplicación de la modificación del sistema o nivel de tarifas.
- (ii) Antes de iniciar el procedimiento de consulta, la sociedad concesionaria deberá solicitar el parecer de la sociedad que ejerza las funciones de vigilancia y control de la concesión sobre las modificaciones tarifarias que pretenda aplicar.

(iii) El objetivo del procedimiento de consultas es que la sociedad concesionaria alcance un acuerdo con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas en relación con las tarifas aeroportuarias (también en relación con la calidad de los servicios). A tal efecto, se establece un deber de transparencia y, por tanto, de recíproca información sobre aspectos relevantes, cuya confidencialidad se ordena preservar.

(iv) Como norma general, la decisión final que, después de las consultas, adopte la concesionaria debe comunicarse a las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias del aeropuerto con un mínimo de dos meses de antelación a la fecha prevista para su aplicación. La decisión final deberá incluir una justificación en relación con los puntos de vista de las asociaciones y organizaciones de compañías usuarias en caso de que no se llegue a un acuerdo.

(v) En caso de desacuerdo sobre la decisión de la concesionaria en relación con el sistema o el nivel de las tarifas aeroportuarias, las compañías usuarias podrán recurrir a la CREA, regulada por el Real Decreto-ley 11/2011.

La CREA verificará —además del cumplimiento del procedimiento— que la decisión de la sociedad concesionaria de servicios aeroportuarios se ajusta a los requisitos legales y, además, a las previsiones que adicionalmente puedan establecer los pliegos y el contrato de concesión, e incluirá la modificación tarifaria revisada que proceda.

(vi) El plazo máximo para resolver por la CREA es de cuatro meses (prorrogable por dos meses por causas excepcionales debidamente justificadas). Transcurrido el plazo máximo para resolver sin haber dictado resolución expresa, se entenderá justificada la decisión de la sociedad concesionaria.

(vii) La modificación propuesta por la concesionaria no surtirá efecto hasta que la CREA haya adoptado la resolución. No obstante, si en el plazo de cuatro semanas desde el inicio del procedimiento la CREA no pudiera dictarla, deberá adoptar otra resolución en la que se pronuncie sobre la aplicación provisional de la decisión de la concesionaria, hasta la resolución definitiva sobre el recurso.

(viii) La resolución de la CREA será vinculante, sin perjuicio de la posible interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

(ix) Por lo demás, este procedimiento de consultas deberá también observarse en relación con los nuevos proyectos de inversión en la infraestructura que pretenda llevar a cabo la sociedad concesionaria (artículo 102 de la Ley 21/2003)⁵.

Conviene subrayar que, con la intervención administrativa sobre el nivel de las tarifas aeroportuarias, no se está ejerciendo la potestad tarifaria inherente a la titularidad de los servicios públicos, pues, en el nuevo contexto liberalizador, no constituye servicio público la gestión aeroportuaria. Tampoco se está ejerciendo la potestad de control de precios propia de la ordenación general de la economía con la finalidad de contener la inflación. Se trata, lisa y llanamente, de ejercer una potestad pública regulatoria (en este caso sobre las tarifas aeroportuarias), atribuida por normas con rango de ley por motivos de interés general⁶.

Resultará, por tanto, pertinente ir analizando la gestión aeroportuaria desde la óptica de la moderna intervención pública sobre los sectores regulados. En esta óptica están muy presentes aspectos tan relevantes como la distinción entre regulación (no indemnizable) y expropiación (indemnizable), el

nivel de potestades atribuido a los organismos reguladores, las formas de atribución y de ejercicio de tales potestades y los mecanismos arbitrados para su control. En este último sentido, las normas que acaban de analizarse parecen querer atribuir un amparo legal suficiente a la intervención regulatoria económica aeroportuaria.

También parecen querer dotar a dicha intervención de la exigible predictibilidad y claridad, al ordenar la disposición final quinta del Real Decreto-ley 11/2011 que reglamentariamente se dicte la metodología de actuación de la CREA. Finalmente, al reconocer expresamente el Real Decreto-ley 11/2011 que los actos administrativos de la CREA son impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se está también asumiendo la plena aplicabilidad, en este ámbito aeroportuario, de las distintas y variadas técnicas de control de la discrecionalidad —también de la discrecionalidad técnica— de la que suelen estar dotadas las decisiones de los organismos reguladores⁷.

Por lo demás, aunque la nueva regulación legal de los ingresos de los gestores aeroportuarios se refiere fundamentalmente a los gestores de la red de AENA AEROPUERTOS, el artículo 105 de la Ley 21/2003 indica que los aeropuertos autonómicos o de titularidad privada abiertos al tráfico comercial que superen los cinco millones de pasajeros de tráfico anual aplicarán el procedimiento de transparencia, consulta y supervisión previsto en dicha Ley en los términos que reglamentariamente se determine.

6 · LA INCIDENCIA DE LA NUEVA REGULACIÓN EN LA COMPETENCIA ENTRE AEROPUERTOS

El artículo 92.4.d) de la Ley 21/2003, en su redacción recientemente introducida por la Ley 1/2011, de 4 de marzo, proclama (en sede de corrección y bonificación de las prestaciones patrimoniales de carácter público) el principio consistente en «Garantizar la competencia efectiva entre aeropuertos

⁵ Sin entrar en el detalle del procedimiento de transparencia, consulta y supervisión cuando tiene por objeto prestaciones patrimoniales de carácter público (y no precios privados de sociedades concesionarias), conviene subrayar que, en tal caso, el legislador es muy consciente de que deben respetarse tanto las exigencias internas de la reserva de ley para la determinación de sus elementos esenciales, como las exigencias comunitarias relacionadas con los principios y criterios comunes que deben presidir el establecimiento y actualización de las tarifas aeroportuarias, incluida la necesaria supervisión por parte de un organismo regulador independiente. En ese contexto, AENA AEROPUERTOS se considera gestora del sistema común de la red de aeropuertos gestionados por ella misma y sus filiales. Tras el «procedimiento de consultas», AENA AEROPUERTOS realiza una propuesta de modificación o actualización de las correspondientes tarifas aeroportuarias a la CREA que deberá verificar —aparte el cumplimiento del procedimiento— si dicha propuesta cumple con los requisitos y criterios establecidos en la Ley 21/2003 y en el Real Decreto-ley 11/2011. Si el resultado de la verificación es positivo, la CREA remitirá la propuesta realizada por la sociedad mercantil estatal al órgano competente para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda. Por el contrario, si el resultado acaba siendo negativo, será la propia CREA la que remita la modificación tarifaria revisada que proceda al órgano que acaba de mencionarse. Será, pues, el legislador interno quien tenga la última palabra sin más condicionantes que los derivados del necesario respeto a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea.

⁶ J. Tornos Mas: «Regulación de precios y tarifas», en S. Muñoz Machado y E. Esteve Pardo (dirs.): *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Madrid, 2009, págs. 537-575.

⁷ Sobre todos estos aspectos, S. Muñoz Machado: «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.): *Fundamentos e instituciones de la regulación*, vol. I, Madrid, 2009, págs. 15-243, en especial págs. 136 y ss. Un reciente y completo estudio sobre el control de la actividad de los organismos reguladores podemos encontrarlo en A. Betancor: *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, 2010.

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». Sin duda, la apertura del modelo a la gestión individualizada de los grandes aeropuertos españoles por operadores privados en régimen de concesión debe saludarse positivamente desde el punto de vista del aumento de la competencia entre aeropuertos. Sin embargo, no puede ignorarse que el nuevo modelo de ingresos de los gestores aeroportuarios y su contribución al sostenimiento de la «red de AENA» sigue operando en detrimento de una auténtica competencia entre aeropuertos.

6.1 · Definición de estrategias y planes de negocio propios

Como ha quedado dicho, la apertura del modelo a la gestión de los grandes aeropuertos por operadores privados en régimen de concesión y a una gestión más individualizada de los aeropuertos, con autonomía para planificar sus inversiones y financiación, debería permitir a los gestores aeroportuarios definir estrategias y planes de negocio propios para atraer rutas y compañías aéreas, incentivándose así la competencia entre aeropuertos (cuando menos, entre los de similar tamaño, dado que cada aeropuerto compite normalmente con los que son similares a él)⁸.

Estas prácticas competitivas no han sido ajenas al sector aeroportuario español con anterioridad a la entrada en vigor del vigente marco normativo, como lo atestiguan los acuerdos alcanzados entre gestores de aeropuertos regionales y compañías aéreas (piénsese en el acuerdo alcanzado en su día por el aeropuerto de Girona con la compañía Intermed, S.L. para la puesta en marcha de la línea aérea Girona-Madrid⁹) o la aparición en nuestro país de aeropuertos ajenos al sistema de AENA, como el de Ciudad Real (en situación concursal) o el de Castellón¹⁰.

6.2 · Incidencia del nuevo modelo de ingresos

Pese a lo indicado en el apartado anterior, conviene destacar que la nueva regulación del sistema aeroportuario español no ha desarticulado la tradicional organización de los aeropuertos en red (conocida como «red de AENA», por utilizar, en este apartado, la denominación de la red de origen) con comunicación de recursos entre ellos, de forma que los excedentarios transfieren recursos a los deficitarios (fenómeno que ha sido denominado *perecuación*¹¹ o *caja única*¹²). Como ha quedado dicho, la principal novedad en este punto radica en que el nuevo enfoque en materia de ingresos de los gestores aeroportuarios supone la introducción de un sistema asimétrico, en el sentido de que coexistirán subsistemas distintos: el subsistema de AENA AEROPUERTOS y sus sociedades filiales (que financia exclusivamente el sostenimiento de este subsistema), y los subsistemas propios de las diferentes sociedades concesionarias (que, en la práctica, podrán seguir contribuyendo al mantenimiento de la red a través del abono del correspondiente canon).

Así pues, la nueva regulación aeroportuaria permite, al no excluirlo, que los dos grandes aeropuertos españoles (Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat) que tradicionalmente han obtenido beneficios (cada uno de los cuales constituirá un subsistema propio y específico explotado en régimen de concesión) continúen subsidiando al resto de aeropuertos de la «red de AENA» mediante el canon que paguen las respectivas sociedades concesionarias. En efecto, el nuevo marco normativo no excluye que, en la práctica, sigan existiendo mecanismos de equidistribución de ingresos (esto es, de subvención cruzada entre aeropuertos) incluso con cargo a los aeropuertos que sean gestionados por operadores privados. En la medida en que ello sea así en la práctica, seguirán vigentes las reflexiones de la doctrina según las cuales el modelo español distorsiona la competencia entre los aeropuertos españoles¹³, de manera que el

⁸ Sobre las prácticas competitivas entre los aeropuertos europeos, *vid.* P. Forsyth, D. Gillen, J. Müller y H. M. Neimeier: *Airport Competition: The European Experience*, Surrey/Burlington, 2010.

⁹ Las dudas que arrojó el proceso de selección de esta compañía aérea llevaron a la Comisión a incoar el procedimiento del artículo 108.2 del Tratado (ayuda estatal núm. C-79/2002, España, *DOCE* núm. C 32, de 11.02.2003, pág. 2).

¹⁰ A. Ruiz Ojeda y 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. 1067-1068.

¹¹ *Ibid.*, pág. 1017.

¹² G. Bel y X. Fageda: «La reforma del modelo de financiación y gestión de los aeropuertos en España: Lecciones de la experiencia internacional», *Revista Económica de Catalunya*, núm. 58, 2008, págs. 6-22.

¹³ J. García Cobos: «El nuevo modelo aeroportuario europeo: más competencia, mejor regulación», *Universia Business Review*, núm. 8, 2005, págs. 86-103.

régimen de ingresos aeroportuarios sirve de pantalla a un sistema anticompetitivo¹⁴, pese a que la Ley 21/2003 (en su artículo 92.4.d), en su actual redacción) proclame con toda solemnidad como principio la efectiva competencia entre aeropuertos.

Por tanto, dado que la ley consagra la *perecuación* entre los aeropuertos gestionados por AENA AEROPUERTOS y sus filiales y que, al no excluirla, permite también la contribución a la «red de AENA» de los aeropuertos gestionados por sociedades concesionarias, parece seguir en pie la tradicional idea de red estatal de aeropuertos en régimen de *pool* que ha sido criticada por la doctrina, al considerarla un modelo anacrónico en detrimento de la competencia entre aeropuertos¹⁵.

7 · LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE AYUDAS ESTATALES EN LA COMPETENCIA ENTRE AEROPUERTOS

La financiación pública de la construcción y explotación de infraestructuras aeroportuarias es vista con recelo por el Derecho y las instituciones de la Unión Europea, dado que puede afectar a la competencia entre aeropuertos de forma contraria al interés común. Por otra parte, la fuerte competencia entre compañías aéreas ha incentivado la competencia entre aeropuertos¹⁶, algunos de los cuales (especialmente los de carácter regional) han concedido beneficios a compañías aéreas *low cost* al objeto de asegurarse la puesta en marcha de nuevas rutas. En algunos casos, dicha financiación y los referidos beneficios han restringido indebidamente la competencia entre aeropuertos y entre compañías aéreas y han carecido de la necesaria transparencia, con lo cual han sido considerados «ayudas estatales» en el sentido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»)¹⁷.

Por tanto, cuando los aeropuertos sean beneficiarios de financiación pública para la construcción o explotación de infraestructuras aeroportuarias, o cuando la competencia entre aeropuertos se plasme en prácticas o acuerdos con compañías aéreas tendentes a atraer nuevas rutas, tales beneficios deberán cumplir estrictamente con los requisitos de fondo y procedimentales exigidos por el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales. Por lo que se refiere a los aeropuertos regionales, tales reglas fueron clarificadas por la Comisión Europea («Comisión») en 2005 mediante la publicación de sus Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales¹⁸ («Directrices de 2005»), que en buena medida transcribieron la paradigmática decisión de la Comisión recaída en 2004 con relación al asunto *Ryanair/Charleroi*¹⁹, y que se hallan actualmente en proceso de revisión²⁰, a la vista del radical cambio que han sufrido las circunstancias en que operan los aeropuertos y las compañías aéreas desde la publicación de las Directrices de 2005.

Solo velando por el estricto cumplimiento de estas reglas, podrán los aeropuertos y compañías aéreas beneficiarios de tales medidas eliminar —o cuando menos, mitigar²¹— el riesgo de tener que devolver los beneficios percibidos, incrementados en los intereses devengados desde su otorgamiento.

Conforme a las Directrices de 2005, tanto si se trata de financiación pública de infraestructuras aeroportuarias como de la concesión directa o indirecta de fondos públicos a compañías aéreas para la puesta en marcha de rutas con origen en aeropuertos regionales, el criterio clave que maneja la Comisión para determinar la existencia de un elemento de

14 A. Ruiz Ojeda y G. Benítez Morcillo: «Cielo Único Europeo...», *op. cit.*, pág. 1044.

15 J. Martin, C. Roman y A. Voltes-Dorta: «A stochastic frontier analysis to estimate the relative efficiency of Spanish airports», *Journal of Productivity Analysis*, núm. 31, 2009, pág. 171.

16 A. Ruiz Ojeda y G. Benítez Morcillo: «Cielo Único Europeo...», *op. cit.*, págs. 989 y ss.

17 Con independencia de su estatuto jurídico (público o privado) y de sus instrumentos de financiación, los aeropuertos constituyen una empresa según el artículo 107.1 del TFUE, dado que llevan a cabo actividades económicas y prestan servicios aeroportuarios tales como la asistencia en tierra, tal y como dejó sentado el Tribunal de Justicia en su sentencia *Aéroports de Paris c/ Comisión* (sentencia de 12 de diciembre de 2000, as.

T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929). En tanto que empresas, los aeropuertos están sometidas a lo dispuesto en el TFUE en materia de ayudas estatales (Directrices de 2005, apartado 31).

18 *DOCE* núm. C 312, de 09.12.2005, pág. 1.

19 Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 2004, 2004/393/CE, relativa a las ventajas concedidas por la Región valona y Brussels South Charleroi Airport a la compañía aérea Ryanair con ocasión de su instalación en Charleroi, *DOCE* núm. L 137, de 30.03.2004, pág. 1.

20 El período de consultas iniciado por la Comisión tendente a la revisión de las Directrices de 2005 ha concluido el 7 de junio de 2011.

21 Sobre el valor jurídico de las directrices en materia de ayudas de Estado, *vid.* J. A. Pérez Rivarés: «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21, junio de 2011.

ayuda estatal a los efectos del artículo 107.1 del TFUE es el principio del inversor privado en una economía de mercado, conforme al cual valora si «en circunstancias normales, un socio privado habría procedido a la aportación 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»²². En el marco de la consulta tendente a la revisión de las Directrices de 2005 recientemente concluida, la Comisión ha planteado preguntas detalladas sobre qué criterios deben tenerse en cuenta al aplicar el principio del inversor privado para determinar si la financiación pública de los gestores aeroportuarios (destinada a cuestiones tales como inversiones en infraestructuras o la prestación de servicios aeroportuarios) o los beneficios concedidos por las empresas gestoras a las compañías aéreas (tales como asistencia comercial, descuentos por volumen o ayudas para la puesta en marcha de nuevas rutas) son constitutivos de ayuda estatal²³.

7.1 · Financiación pública de infraestructuras aeroportuarias

Según las Directrices de 2005, la financiación de las infraestructuras aeroportuarias y la puesta a disposición de dichas infraestructuras por parte de los poderes públicos puede estar justificada y ser declarada por la Comisión compatible con el mercado interior si responden estrictamente a un objetivo de interés general, como el desarrollo regional o la accesibilidad. Además, la medida debe ser proporcionada al objetivo fijado, ofrecer perspectivas de utilización satisfactorias a medio plazo y no perjudicar al desarrollo del comercio en la Unión Europea (apartado 61).

Por lo que se refiere a las ayudas para la explotación de infraestructuras aeroportuarias, las Directrices de 2005 distinguen entre pequeños y grandes aeropuertos. La financiación destinada a aeropuertos de menos de un millón de pasajeros anuales apenas podrá falsear la competencia o afectar al comercio en una medida contraria al interés común de la Unión Europea. En cambio, la financiación para la explotación de un aeropuerto de más de un millón de pasajeros anuales podrá tener la consideración ayuda estatal, por lo que deberá ser notificada a la Comisión, que comprobará su efecto en la competencia y en el comercio entre los Estados miembros y, si procede, declarará su compatibilidad con el mercado interior. Por lo que se refiere a las compensaciones a un gestor aeroportuario por la imposición de obligaciones de servicio público, la Comisión indica en sus Directrices de 2005 (apartados 62 a 67) que tales compensaciones no tendrán la consideración de ayuda estatal en la medida en que cumplan las condiciones exigidas por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Altmark*²⁴. Conviene tener en cuenta, no obstante, la flexibilización de tales condiciones posteriormente operada por el Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) mediante su sentencia *BUPA*²⁵.

Entre los criterios para decidir sobre la compatibilidad de la ayuda estatal con el mercado interior, las Directrices de 2005 se refieren a que la financiación pública de infraestructuras aeroportuarias no se utilice para conceder a un gestor aeroportuario predefinido una ventaja indebida, o a que el uso de dicha infraestructura no se reserve en gran medida para determinados usuarios como, por ejemplo, una o varias compañías aéreas. Dado que la explotación de las infraestructuras es una operación corriente del aeropuerto, su financiación pública es una ayuda al funcionamiento que cae dentro del ámbito del artículo 107.1 del TFUE y, por tanto, podría tener un efecto negativo sustancial sobre la competencia, al mantener artificialmente una actividad deficitaria, por lo que solo en circunstancias excepcionales puede ser declarada por la Comisión compatible con el mercado interior²⁶.

²² Mediante este texto, la Comisión acogió, en sus Directrices de 2005, la formulación contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, *Bélgica c/ Comisión – Meura y Bosch*, as. 40/85, Rec. 1986, pág. 2321. Fue precisamente la indebida inaplicación del principio del inversor privado a una de las medidas en cuestión, entre otros motivos, lo que condujo al Tribunal General a anular la decisión de la Comisión en el asunto *Ryanair/Charleroi* (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2008, *Ryanair/Charleroi*, as. T-196/04, Rep. 2008, págs. II-3643).

²³ Vid. el apartado 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», accesible en: http://www.ctp.org/userfiles/file/newsletter_junio%202011/Contribucion_ES.pdf.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, as. C-280/00, Rec. 2003, pág. I-7747.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c/ Comisión*, as. T-289/03, *DOCE* núm. C 79, de 29.03.2008, pág. 25.

²⁶ Vid. M. V. Petit Lavall: «Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las decisio-

En este contexto, conviene traer a colación la decisión adoptada por la Comisión el 23 de julio de 2008 con relación a las medidas concedidas por Alemania al aeropuerto de Leipzig/Halle y a DHL²⁷, siendo beneficiarios de tales medidas tanto el aeropuerto como el operador de transporte urgente. La ayuda de 350 millones de euros que Alemania tenía intención de conceder al aeropuerto para la construcción de una nueva pista sur de aterrizaje y de las infraestructuras aeroportuarias correspondientes fue declarada compatible en virtud de lo dispuesto en el artículo 107.3.c) del Tratado, mediante una decisión posteriormente ratificada por el Tribunal General²⁸.

7.2 · Ayudas para la puesta en marcha de nuevas rutas

Según las Directrices de 2005, las ayudas a las compañías aéreas para la puesta en marcha de nuevas rutas aéreas solo pueden justificarse en el caso de aeropuertos de pequeño tamaño, que no han alcanzado aún la masa crítica para un funcionamiento comercial autónomo, por una duración limitada y si ello incita a las compañías aéreas a crear nuevas rutas o nuevas frecuencias desde dichos aeropuertos regionales.

En el caso de aeropuertos regionales, este tipo de ayudas pueden crear distorsiones entre compañías o entre aeropuertos (en la medida en que estén en competencia entre sí) y, por ello, conforme a las Directrices de 2005, tales ayudas solo pueden ser declaradas compatibles con el mercado interior si concurren ciertos requisitos muy estrictos concebidos para impedir distorsiones indebidas de la competencia²⁹,

tanto de fondo (por lo que se refiere a su carácter decreciente, su limitación temporal³⁰ y su intensidad³¹) como procedimentales (al exigir a los aeropuertos que publiquen sus ofertas y cumplan con las normas y procedimientos en materia de contratación pública³²).

De este modo, las Directrices de 2005 definen (aunque con menor precisión de la que sería deseable en algunos extremos³³) el marco al que deben acomodarse las relaciones contractuales entre los aeropuertos regionales y las compañías aéreas, sin margen para negociar de manera no transparente.

Recientemente concluido el referido período de consultas, la Comisión está considerando en la actualidad en qué medida son necesarios cambios en el actual marco normativo en materia de ayudas estatales en los sectores aeroportuario y aéreo y, en particular, en sus Directrices de 2005. ¿Se tenderá a una aplicación más flexible de dicha normativa en estos sectores? ¿O, por el contrario, se aplicará la normativa de manera más restrictiva en determinadas situaciones? Una vez despejada esta incógnita, quedará configurado en todos sus elementos el nuevo régimen jurídico aplicable al sistema aeroportuario español.

nes Ryanair e Intermed», *Derecho de los Negocios*, 2005, núm. 182, pág. 20.

²⁷ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, 2008/948/CE, relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle, *DOCE* núm. L 346, de 23.12.2008, p. 1.

²⁸ Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 2010, *DHL Hub Leipzig c/ Comisión*, as. T-452/08, *DOCE* núm. C 317, de 20.11.2010, pág. 28.

²⁹ Las Directrices de 2005 establecen un prolijo listado de requisitos cuyo cumplimiento cumulativo es necesario para que la Comisión autorice una ayuda de puesta en marcha. La argumentación, el razonamiento y los requisitos de compatibilidad con el mercado interior aparecen resumidos respecto a los contenidos en la decisión *Ryanair*, pero, en términos generales, siguen fielmente los términos de la decisión. No obstante, la inclusión de algunos elementos adicionales determinan que, en tales extremos, las Directrices de 2005 sean más restrictivas que la propia decisión *Ryanair*.

³⁰ Según las Directrices de 2005, quedan autorizadas las ayudas de puesta en marcha para la explotación de nuevas líneas con una duración máxima de tres años (o de cinco años, en el caso de regiones ultraperiféricas).

³¹ La intensidad de las ayudas fue modificada por las Directrices de 2005 respecto a la establecida en la decisión *Ryanair*: «Su cuantía no podrá superar el 50% de los costes anuales subvencionables, ni exceder del 30% de la media global de los costes subvencionables en todo su período de vigencia».

³² Al introducir la exigencia de transparencia, las Directrices de 2005 producen el efecto de «favorecer el incremento del grado de competencia en el sector aéreo».

³³ El análisis de las Directrices de 2005 revela que determinados requisitos exigidos para la autorización de este tipo de ayudas se hallan formulados de manera imprecisa. Por ejemplo, el hecho de que una ayuda de puesta en marcha solo pueda ser autorizada cuando la ruta en cuestión no esté cubierta desde otro aeropuerto situado en la misma «aglomeración» o «sistema aeroportuario» genera incertidumbres, dado que las Directrices de 2005 no han definido con precisión tales conceptos. Para mayores detalles, *vid.* J. A. Pérez Rivarés: *Régimen jurídico de las ayudas públicas al transporte aéreo en la Unión Europea*, Barcelona, 2011, págs. 161-216.