

# 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)

*Hans Kristoferitsch*

Dr. iur, Harvard Law School '05, Abogado Viena

*Juan Ignacio Signes de Mesa*

Collège d'Europe '03, Harvard Law School '05. Abogado Madrid/NY

## SUMARIO

- I. EL DEBATE SOBRE LAS AYUDAS A LAS AEROLÍNEAS DE BAJO COSTE
- II. BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 87 TCE YA LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL–1. *Elementos de la noción de ayuda del Tratado relevantes en la decisión de la Comisión*–2. *La actividad de las aerolíneas de bajo coste como servicio de interés económico general*
- III. LA DECISIÓN *CHARLEROI* DE LA COMISIÓN–1. *Ventajas con ocasión de la instalación en el aeropuerto Charleroi: los contratos suscritos entre Ryanair y las autoridades locales*–2. *Análisis de los contratos anteriores y fundamentos jurídicos de la decisión de la Comisión*–2.1. *La reducción del nivel de tasas concedida por la Región Valona*–2.2. *Los beneficios extraordinarios otorgados por BSCA*–2.3. *Compatibilidad de las ayudas con el mercado común sobre la base del artículo 87.3.c) TCE*
- IV. LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS RELATIVAS A LOS AEROPUERTOS REGIONALES Y LAS AEROLÍNEAS DE BAJO COSTE–1. *Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de las Directrices de 2005*–2. *La financiación pública de los aeropuertos comunitarios*–3. *Ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas desde aeropuertos regionales*
- V. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN *CHARLEROI* Y DE LAS DIRECTRICES DE 2005
- VI. CONSIDERACIONES FINALES

## I. EL DEBATE SOBRE LAS AYUDAS A LAS AEROLÍNEAS DE BAJO COSTE

(a) La competencia en el sector del transporte aéreo, ya sea entre las aerolíneas que operan en él o entre los propios aeropuertos, puede verse distorsionada por múltiples razones<sup>1</sup>. Una de ellas deriva de las actuaciones de los poderes públicos, y se refiere a aquellos casos relativos a la concesión de ayudas de manera contraria a lo establecido en las disposiciones comunitarias, concretamente el artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE). En este ámbito, han sido numerosos los asuntos sobre los que han tenido que decidir tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios<sup>2</sup>, los cuales se refieren fundamentalmente a dos tipos de supuestos: por un lado, a la atribución preferencial de derechos de tráfico aéreo, a la asignación aventajada de franjas horarias en los aeropuertos u otros privilegios en la asistencia en suelo<sup>3</sup>; y, por otro, a la reestructuración de las compañías aéreas nacionales que históricamente fueron titulares de derechos exclusivos en el sector aéreo, y que, con motivo de la liberalización, debían ser acondicionadas para asegurar su mejor funcionamiento en las nuevas dinámicas del mercado abierto<sup>4</sup>.

En este trabajo nos referimos a un supuesto más particular que los anteriores, y que versa sobre los sistemas de financiación y subvención del que son beneficiarias las aerolíneas de bajo coste. En efecto, estos nuevos agentes en el mercado del transporte aéreo de pasajeros experimentan en la actualidad

<sup>1</sup> Ha recibido gran atención tanto por parte de las instituciones comunitarias como de la doctrina académica el supuesto de abuso de posición dominante del artículo 82 TCE. No obstante, éste no es objeto de nuestro estudio. V. Decisiones de la Comisión 88/589/CEE (*London European c. Sabena*), 92/213/CE (*British Midland-Air Lingus*), 98/190/CE (*Aeropuerto de Frankfurt*), 98/513/CE (*Aeropuertos de París*), 2000/74/CE (*Virgin/British Airways*); así como las SSTPI de 12 de diciembre de 2000, *Aeropuertos de París c. Comisión*, asunto 128/98 y 82/01, y las SSTJCE de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed*, asunto 66/86, de 19 de enero de 1994, *Eurocontrol*, asunto 364/92, de 24 de octubre de 2002, *Aeropuertos de París c. Comisión*, asunto 82/01.

<sup>2</sup> V. MEUNIER, P., «Les subventions à la aviation civile et le contrôle communautaire des aides publiques», RAE, 1997/1, pg. 15, y JANKOVER, O., «La politique commune des transports aériens», RMUE, 2/1999, pg. 145. V. también Decisión de la Comisión 91/555/CE (*SABENA*), 94/653/CE (*Air France*) y 94/696/CE (*Olympic Airways*).

<sup>3</sup> V. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículo 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación, DO C 1994, 350/5.

<sup>4</sup> Sobre la liberalización del sector aéreo, v. BALFOUR, J., «Air Transport – A Community Success Story?», 31 CML Rev. 1025 y VAN HOUTE, B., «Air Transport» en GERADIN, D. (Ed.), *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer Law International, 2000, pg. 67.

un éxito incuestionable basado en la apertura de nuevas rutas que operan desde aeropuertos regionales dentro de la Comunidad Europea, lo que ha supuesto un atractivo singular para las autoridades que gestionan dichos aeropuertos. Derivado de lo anterior, aparece la cuestión de encontrar un equilibrio entre los dos extremos siguientes: por un lado, la garantía de que la competencia no sea distorsionada a través de los mecanismos de subvención y financiación que las autoridades públicas emplean para atraer a estos operadores; y por otro, la necesidad de incentivar la creación de nuevas rutas aéreas con el objetivo de conectar determinadas zonas geográficas para promover su desarrollo y mejor comunicación.

(b) Desde la década de los años 90, los operadores de bajo coste se han convertido en un factor con clara incidencia en la competencia entre aeropuertos regionales, y en determinados casos, incluso entre aeropuertos regionales y aeropuertos nacionales más consolidados. Los aeropuertos regionales han hecho un gran esfuerzo por atraer a estas aerolíneas económicas tomando como referencia la experiencia del Reino Unido, que sugiere que se pueden elevar sustancialmente los niveles de pasajeros en estos aeropuertos si se generan fórmulas de inversión atractivas para ellas<sup>5</sup>. En otro orden, las autoridades públicas, que son titulares de la mayoría de los aeropuertos regionales en Europa, han visto aquí la posibilidad de hacer incrementar los beneficios de dichos aeropuertos<sup>6</sup> como paso previo a su privatización<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> A modo de ilustración, en el año 1988, el aeropuerto *Stansted de Londres* era utilizado por una media anual de 1 millón de pasajeros. En 2002, esta cifra se incrementó a 16 millones, de los cuales un 52% eran pasajeros de la aerolínea Ryanair. Por su parte, el aeropuerto de *Charleroi de Bruselas*, que no recibía más de 20.000 clientes en 1997 con una media diaria de 54 pasajeros, pasó a tener 1,3 millones de pasajeros en 2002, de los cuales un 98% eran nuevamente clientes de la compañía Ryanair. En 2004 fueron incluso superados los 2 millones de pasajeros, con una media diaria de 5.479 pasajeros, lo que suponía un incremento del 10.000% en el número de pasajeros diarios entre 1997 y 2004. Como último ejemplo, el aeropuerto *Hahn de Frankfurt* era utilizado por menos de 20.000 pasajeros anuales en 1997 (año de la llegada de Ryanair), cifra que se incrementó hasta los 3,1 millones de pasajeros. Ryanair trajo un 95% de estos pasajeros. Frankfurt Hahn tiene previsto alcanzar los 8-10 millones de pasajeros en 2012 y pronto pasará a ser la segunda base central de Ryanair. Estas cifras pueden encontrarse en la decisión «Charleroi», OJ 2004, L 137/1, para 47; V. CALLAGHAN, «Implications of the Charleroi case for the competitiveness of EU Air Transport», ECLR, 2005, pg. 439.

<sup>6</sup> De acuerdo con el Comité de las Regiones, un aeropuerto de pequeño tamaño necesita al menos 1,5 millones de pasajeros para generar beneficios, aun cuando haya que destacar «variaciones en función de los países y de la manera en que están organizados los aeropuertos». V. Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, DO C 312, 09/12/2005, ap. 72. Cfr. Informe «Study on Competition between airports and the application of State Aid Rules», Cranfield University, Sept. 2002., que concluye que la rentabilidad en los aeropuertos viene determinado por una cifra mínima de 500.000 pasajeros.

<sup>7</sup> Así ha ocurrido con aeropuertos tales como el London Stansted, London Luton, Liverpool, Glasgow Prestwick. En todos ellos, se intentó generar una suficiente masa crítica de pasajeros para atraer a compañías de bajo coste y proceder a su privatización. V. CALLAGHAN, op. cit., y SIGNES DE MESA, J. I., «El régimen comunitario de ayudas públicas en los procesos de privatización», Instituto de Empresa, WPED04/10.

En este marco, una de las fórmulas para atraer a estas aerolíneas está basada en el diseño de sistemas de ayudas –directas e indirectas– por parte de los poderes públicos. Esto se debe en gran medida a la posición negociadora favorable para abrir nuevas rutas de que disponen las compañías de bajo coste, teniendo en cuenta el gran número de aeropuertos regionales existentes en Europa y el reducido número de este tipo de operadores. No obstante, esta práctica ha sido firmemente contestada por las aerolíneas regulares, que argumentan que la utilización de fondos públicos para atraer a los agentes de bajo coste implica la concesión ilegal de ayudas y la vulneración, por tanto, del artículo 87 TCE. Los fondos públicos deben ser destinados a generar crecimiento en el largo plazo, y no a subvencionar compañías aéreas que pierden dinero sistemáticamente en cada vuelo. A su juicio, la apertura de nuevas rutas viene a significar solamente el traslado de una parte del volumen de pasajeros de las compañías más consolidadas a las de bajo coste, pero en ningún caso el crecimiento del número de pasajeros. Las aerolíneas económicas se convierten así en «market-takers», y no en «market-makers»<sup>8</sup>.

Frente a las críticas anteriores, las líneas aéreas de bajo coste han considerado siempre que su modelo de negocios es genuino y beneficioso económicamente, fundamentalmente porque se consideran las verdaderas protagonistas de la introducción de la competencia en el sector del transporte aéreo por haber obligado a los operadores históricos a reducir precios y ser más eficientes. Con respecto a las ayudas, los operadores de coste reducido reciben fondos públicos no por transportar pasajeros, sino por estimular el turismo en determinadas regiones y por establecer nuevas vías de comunicación con áreas económicas más consolidadas. Se trata efectivamente de una labor de *market-maker*, con tintes de servicio de interés económico general (en adelante, SIEG), puesto que los precios reducidos atraen a pasajeros que de otra manera nunca podrían haber viajado. Sobre esta base, es comprensible que estas compañías reclamen una compensación por iniciar nuevas rutas, teniendo en cuenta los riesgos que conlleva ofertar vuelos con destino a aeropuertos en «donde antes las ovejas pastaban en la pista de aterrizaje»<sup>9</sup>.

(c) En retrospectiva, lo cierto es que pasó mucho tiempo hasta que la disputa llegó a nivel comunitario. Este hecho ha querido ser explicado

<sup>8</sup> Para diferenciar entre «market makers» y «market takers», v. STADLMEIER y RUMERSDORFER, «Sonderkonditionen für Low Cost Carriers als Beihilfen», en KAROLLUS (eds.), *Gegenwärtiger Stand und zukünftige Entwicklungen des EU-Binnenmarktes*, Trauner, 2006. Un estudio reciente confirma que los operadores regulares del sector aéreo han sido económicamente perjudicados por los subsidios recibidos por las aerolíneas de bajo coste. Sin embargo, este mismo estudio afirma que puede que hayan sido mayormente afectados por la competencia abierta en el sector que por las ayudas a las compañías de bajo coste. V. BARBOT, «Low cost carriers, secondary airports and State aid: an economic assessment of the Charleroi affair», Universidade do Porto, FEP working paper 159 (2004).

<sup>9</sup> Con estas palabras se refirió un portavoz de Ryanair al aeropuerto de Charleroi antes de la llegada de la compañía.

como la consecuencia del desinterés de la Comisión de introducirse en un ámbito de gran popularidad entre los ciudadanos europeos<sup>10</sup> y, además, de la espera para a ver qué efectos podía generar su participación en el mercado, el cual, necesitaba de revulsivos paralelos a la normativa de liberalización para abrirse efectivamente a la competencia. La pregunta sobre si los subsidios para los operadores de bajo coste debían ser considerados ilegales permaneció sin resolverse hasta febrero de 2004, cuando la Comisión adoptó su decisión sobre el *aeropuerto de Charleroi*<sup>11</sup>. En adelante, decisión Charleroi. En ella, la Comisión se refería a las ayudas y privilegios otorgados por las autoridades regionales belgas a favor de la compañía Ryanair. Como señalábamos anteriormente, la Comisión tuvo que pronunciarse sobre la cuestión de si son compatibles con el Tratado las ayudas públicas dirigidas a las aerolíneas de bajo coste que operan en aeropuertos regionales, las cuales tienen como objetivo fundamental incrementar el volumen de pasajeros en dichos aeropuertos y, consecuentemente, conectar y desarrollar determinadas áreas geográficas que de otra manera no tendrían un número tal de visitantes.

Las líneas básicas de esta decisión fueron desarrolladas posteriormente –y modificadas, en parte– a través de las «Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas de puesta en marcha destinadas a aerolíneas que operen desde aeropuertos regionales», publicadas en septiembre de 2005<sup>12</sup>. Aun cuando este documento aclara algunos aspectos sobre si las ayudas a los operadores de bajo coste vulneran las disposiciones de Derecho comunitario, lo cierto es que todavía queda pendiente resolver determinadas cuestiones. A estos efectos, la sentencia que adopte el Tribunal de Primera Instancia ante el recurso interpuesto por Ryanair contra la decisión de la Comisión tendrá considerable trascendencia, pues servirá para ratificar o bien rechazar los criterios aplicados hasta ahora por la Comisión en esta materia<sup>13</sup>.

Partiendo de las bases anteriores, el objetivo de este artículo es describir el embrionario marco legal relativo a las ayudas de Estado a los aeropuertos regionales y a las compañías de bajo coste, y a aclarar aquellos aspectos que todavía permanecen abiertos incluso después de la publicación de las directrices de la Comisión. En primer lugar, haremos una breve referencia al artículo 87 TCE, pieza normativa fundamental en el Tratado sobre ayudas de Estado, y a la jurisprudencia *Altmark* relativa a la financiación de los SIEG. Posteriormente, nos referiremos a las líneas elementales de fundamentación que sostienen tanto la decisión Charleroi como las nuevas direc-

<sup>10</sup> V. Soltész, «Billigflieger», en *Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht. Niedrige Flughafenengebühren und das Europäische Beihilfenregime*, WuW, 2003, pg. 1039.

<sup>11</sup> Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 2004, Brussels South Charleroi Airport, DO C 2004, L 137/1.

<sup>12</sup> V. Directrices precitadas en la nota 6.

<sup>13</sup> Frente a la decisión de la Comisión fue interpuesto recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, que presumiblemente se pronunciará sobre esta cuestión hacia el mes de septiembre de 2006.

trices comunitarias en esta materia. En un último apartado, mostraremos nuestro particular análisis de ambos documentos, a través del cual se tratará de hacer evidentes los cambios que van a determinar el futuro y desarrollo de las líneas aéreas de bajo coste.

## II. BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 87 TCE Y A LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Por todos es sabido que el propósito fundamental del régimen comunitario de ayudas públicas es evitar distorsiones en la competencia. La Comisión vela para que dichas ayudas no sean concedidas. Cualquier medida que pueda suponer una ayuda en el sentido del artículo 87 deberá ser notificada previamente a la Comisión (artículo 88.3 TCE), que, decidirá sobre su compatibilidad con el mercado común. Si la medida es adoptada sin esta evaluación previa, los beneficios obtenidos tendrán que ser devueltos automáticamente. Dado que la prohibición de conceder ayudas hasta que la Comisión se haya pronunciado sobre su compatibilidad tiene efecto directo<sup>14</sup>, los competidores de las empresas beneficiarias podrán plantear un procedimiento judicial para su desembolso.

### 1. Elementos de la noción de ayuda del Tratado relevantes en la decisión de la Comisión

El artículo 87 TCE dispone que «serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». De este enunciado, se desprenden los tres elementos que permiten establecer la existencia de una ayuda pública en el sentido del Tratado: ventaja material, origen público y carácter selectivo<sup>15</sup>. A éstos, es necesario añadir un cuarto factor determinante de la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común, este es, afectación al comercio entre los Estados y distorsión en la competencia. A continuación nos referimos brevemente al contenido de cada uno de estos elementos:

(i) En primer lugar, la existencia de una ayuda exige que una empresa haya

<sup>14</sup> STJCE de 11 de diciembre de 1973, *Lorenz c. Alemania*, asunto 120/73.

<sup>15</sup> V. HANCHER, OTTERVANGER y SLOT, *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, London, 1999; ARPIO SANTACRUZ, J. L., *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000; SCHOHE, G. y ARHOLD, C.: «The Case-law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on StateAids, 1998-2000», *European State Aid Law Quarterly (EstAL)* 1/2002. V. igualmente los artículos de CASTILLO DE LA TORRE, F. y KEPPELNE, J.P., publicados anualmente bajo el título actualizado de «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia (GJUEC)*.

sido favorecida mediante una ventaja económica o beneficio material<sup>16</sup>. Ésta puede derivar bien de la obtención directa de fondos (o si cabe, de garantías<sup>17</sup>, o por el contrario, de la exoneración del pago de determinadas cargas que la empresa estuviera obligada a cumplir como regla general. Se trata de abarcar no solamente las subvenciones en sentido estricto, sino todas las medidas que pudieran aliviar las cargas económicas a las que se encuentran sometidas las empresas.

Para el análisis de este primer requisito objetivo del concepto de ayuda, la Comisión ha aplicado tradicionalmente el denominado «test del inversor privado»<sup>18</sup>. Sobre la base de este estándar, existirá ayuda –y no una legítima obtención de fondos– toda vez que una empresa reciba una ventaja económica que no podría haber sido conseguida en condiciones normales de mercado<sup>19</sup>. Aplicando esta consideración al supuesto de nuestro trabajo, las aerolíneas de bajo coste reciben ayudas siempre que las autoridades públicas les proporcionan reducciones en el coste de la asistencia en suelo, les facilitan instalaciones de los aeropuertos o les subvencionan la apertura de nuevas rutas<sup>20</sup>. En el apartado siguiente, veremos que éstas fueron precisamente el tipo de ventajas obtenidas por Ryanair en la decisión Charleroi.

(ii) En segundo término, el artículo 87 TCE exige que la ventaja económica provenga de los poderes públicos, ya sean estatales o regionales<sup>21</sup>. Este requisito subjetivo de la noción de ayuda ha sido objeto de una interpretación ciertamente confusa por parte del Tribunal de Justicia. En todos estos asuntos, siempre ha permanecido la cuestión de saber si el carácter público de la ayuda exige que los poderes públicos hayan llevado a cabo una transferencia efectiva de fondos –o, en sentido negativo, hayan procedido a la eliminación de una carga pecuniaria a favor de la empresa–, o si bien es suficiente que

<sup>16</sup> STJCE de 18 de febrero de 1960, *Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad*, asunto 30/59, ap. 91.

<sup>17</sup> V. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, DO C 71, de 11 de marzo de 2000, pg. 14. Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., «Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión», GJUEC, jul./ago. 2004, núm. 232.

<sup>18</sup> Entre otras, STJCE de 10 de julio de 1986, *Bélgica c. Comisión*, asunto 234/84, STJCE de 14 de febrero de 1990, *Francia c. Comisión*, asunto 301/87, ap. 38; STJCE de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, asunto 142/87, aps. 23-24.

<sup>19</sup> Cfr. COCCIA, «Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di Giustizia: Auti di Statu o aiuti di status?», *Revista di Diritto Internazionale*, 1992, pg. 993, sobre la aplicación del «criterio del inversor público». V. STJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, asunto 305/89, ap. 20.

<sup>20</sup> Según la Comisión, el criterio del «inversor privado» solamente se aplica a las autoridades públicas cuando actúan como agentes económicos. En este sentido, se trata de evaluar en qué medida dicha autoridad está contratando con otra empresa para la obtención de un beneficio de manera similar a cualquier otro particular. Quedaría excluida la aplicación de este criterio a supuestos como la reducción de tasas de aterrizaje, pues dicha actuación corresponde a la esfera normativa o reguladora de las autoridades. V. *infra La decisión Charleroi de la Comisión*.

<sup>21</sup> STJCE de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Fúnebres*, asunto 30/87, ap. 14.

las autoridades públicas hayan adoptado cualquier medida que coloque a la empresa en una posición más aventajada con respecto a las demás<sup>22</sup>. Sin entrar en una mayor discusión, parece que el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia *PreussenElektra*<sup>23</sup> se aproxima más a la primera de las interpretaciones señaladas<sup>24</sup>.

Como afirmaba la Comisión en su decisión, este requisito no ha presentado problemas hasta el momento por lo que respecta a la financiación de los operadores de bajo coste, dado que los beneficios obtenidos por ellos derivan siempre de las administraciones públicas<sup>25</sup>. Es irrelevante incluso que las transferencias hayan sido acordadas directamente por el Estado o por organismos públicos o privados que el mismo hayan sido designados con vistas a proporcionar la ayuda<sup>26</sup>, en este caso, los gestores de los aeropuertos<sup>27</sup>.

(iii) Una vez determinada tanto la existencia de una ventaja económica como su carácter público, es necesario que la medida estatal tenga carácter selectivo. En otras palabras, la ayuda debe ser acordada a favor de una o varias empresas concretas, y no ser una medida general de política económica<sup>28</sup>. El carácter selectivo de la medida no depende del número de empresas beneficiarias, ni de la diversidad de los sectores económicos afectados. No hay duda de que la medida en este asunto particular tenía carácter selectivo y favorecía exclusivamente a Ryanair.

<sup>22</sup> La evolución en la jurisprudencia relativa a esta cuestión viene determinada por STJCE de 24 de enero de 1978, *Netherlands c. Van Tiggele*, asunto 82/77, ap. 24, STJCE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit*, asunto 61/79, ap. 31, STJCE de 30 de enero de 1985, *Comisión c. Francia*, asunto 290/83, ap. 14, STJCE de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptun c. Bodo Ziesemer*, asuntos acumulados 72/91 y 73/91, ap. 21, STJCE de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack c. Sidal*, asunto 189/91, ap. 16; STJCE de 7 de mayo de 1998, *Viscido c. Poste Italiane*, asuntos acumulados, 52, 53 y 54/97, aps. 14-15.

<sup>23</sup> STJCE de 13 de marzo de 2001, *Preussen Elektra*, asunto 379/98. Cfr. STJCE de 13 de mayo de 2002, *Francia c. Comisión (Stardust Marine)*, asunto 482/99, STJCE de 15 de julio de 2004, *Pearle*, asunto 345/02; STJCE de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, asunto 295/97.

<sup>24</sup> V. ORTEGA BUENO, R. y ORTEGA FERNÁNDEZ, R., «La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Preussen Elektra*: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas públicas», GJUEC, Nov./Dec. 2002, pg. 88.

<sup>25</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, aps. 243 y ss.

<sup>26</sup> STJCE de 22 de marzo de 1977, *Steinike & Weinlig c. Alemania*, asunto 78/79, ap. 19 y ss., STJCE de 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy c. Comisión*, asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, ap. 35.

<sup>27</sup> Mayor problema plantea la situación de los aeropuertos privatizados sobre los cuales el Estado mantiene un relativo control o aquellos supuestos en que la financiación se lleva a cabo sobre la base de un fondo participado por los operadores del sector. Cfr. STJCE de 15 de julio de 2004, precitada en la nota 22. V. SIGNES DE MESA, J. I., precitado en la nota 7, pg. 36.

<sup>28</sup> V. a modo de ilustración STJCE de 17 de junio de 1999, *Comisión c. Bélgica (Maribel)*, asunto 75/1997 y STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, asunto 143/99.

(iv) En cuanto al factor determinante de la incompatibilidad con el Tratado, la intervención pública debe tener como consecuencia la afectación al comercio entre los Estados miembros y resultar en una distorsión en la competencia. El Tribunal de Justicia es verdaderamente estricto en la interpretación de este criterio. La mínima distorsión en este sentido hace aplicable el artículo 87 TCE<sup>29</sup>.

En la decisión *Charleroi* a la que nos referiremos posteriormente, ambos requisitos estaban presentes, por cuanto el aeropuerto belga había financiado a Ryanair exclusivamente, siguiendo incluso las pautas establecidas por la compañía. Las ventajas de las que se beneficiaba la compañía no se encontraban «automáticamente disponibles para otros»<sup>30</sup>. Por otro lado, tampoco existía cuestión sobre el hecho de que las ayudas públicas recibidas por Ryanair suponían una distorsión en la competencia, no solamente con respecto a los operadores de bajo coste, sino incluso con respecto a las líneas aéreas tradicionales<sup>31</sup>.

## 2. La actividad de las aerolíneas de bajo coste como servicio de interés económico general

En la medida en que las ayudas a la apertura de nuevas rutas recibidas por las aerolíneas de bajo coste pudieran ser consideradas un supuesto de financiación de un servicio de interés económico general, es necesario tener en cuenta las normas aplicables a estos supuestos. Éstas derivan de la más que conocida jurisprudencia *Altmark*<sup>32</sup>, a través de la cual, el Tribunal de Justicia estableció cuatro condiciones cumulativas para saber cuándo el sistema de compensación de la prestación de servicios de interés económico general constituye una ventaja económica en el sentido del Tratado: (i) en primer lugar, la empresa beneficiaria *debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público* y estas obligaciones deben estar *claramente definidas*; (ii) en segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben *establecerse previamente* de forma *objetiva y transparente*; (iii) en tercer lugar, la compensación *no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos* ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta *los ingresos correspondientes y un beneficio razonable*; (iv) en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa se haya realizado fuera del marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de compensación debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa de transporte media habría soportado,

<sup>29</sup> KOENIG, *Beihilfenrecht, Wirtschaft und Recht (EWS)*, 2005, pg. 132.

<sup>30</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, ap. 241.

<sup>31</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, ap. 247.

<sup>32</sup> STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark-Trans und Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, asunto 280/00. Sobre esta cuestión hay numerosos comentarios doctrinales, de entre los que puede destacarse MEROLA, M. y MEDINA, C., «De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics», *Cahiers de Droit Européen*, 2003, Vol. 34, 3-4.

teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

### III. LA DECISIÓN *CHARLEROI* DE LA COMISIÓN

#### 1. Ventajas con ocasión de la instalación en el aeropuerto Charleroi: los contratos suscritos entre Ryanair y las autoridades locales

El asunto *Charleroi* demuestra que efectivamente se han producido acuerdos entre autoridades públicas y aerolíneas de bajo coste, siempre con un diseño sofisticado y complejo para servir de atractivo a estas últimas. De manera particular, este caso implicaba Ryanair compañía aérea estandarte de los operadores de bajo coste, la *Región Valona*, esto es, la autoridad pública regional propietaria del aeropuerto; y, finalmente, la empresa pública *Brussels South Charleroi Airport (BSCA)*, controlada por la autoridad regional con una concesión para la gestión del aeropuerto por un período de 50 años. La BSCA estaba autorizada para recaudar tasas relativas al tráfico aéreo así como cualquier otra carga derivada de los servicios prestados a las compañías aéreas durante su estancia en suelo. De éstas, un 65% eran retenidas por BSCA, mientras que el otro 35% pasaban directamente a la autoridad regional.

En noviembre de 2001, Ryanair concluyó dos contratos privados<sup>33</sup>, uno con BSCA y otro con la Región de Valona, ambos en un período de cuatro días. El contrato entre la Región y la compañía incluía una reducción del 50% de las tasas de aterrizaje, con respecto a las establecidas por la normativa específica, por un período de 15 años. Además, la base imponible para su aplicación no era calculada tomando el peso del avión como parámetro de referencia, como es regla habitual, sino sobre el número de pasajeros, lo que suponía una considerable reducción. Al mismo tiempo, la Región Valona garantizaba cubrir las pérdidas resultantes de los eventuales cambios de las tasas de aterrizaje o de las horas de apertura del aeropuerto. Ryanair no se obligaba a ninguna contraprestación significativa frente a la Región.

Por su parte, el contrato entre BSCA y Ryanair incluía los siguientes beneficios para la compañía aérea: a) las tasas de recogida de equipaje equivaldrían a 1 euro por pasajero, en lugar de 10 euros por pasajero; b) los costes de hotel y mantenimiento de personal tendrían un coste cerrado de 250.000 euros durante el período del contrato; c) la compañía recibiría un beneficio garantizado de 160.000 euros por cada nueva ruta abierta por Ryanair, hasta un total de 1.920.000 de euros; d) más aún, el BSCA otorgaba a la compañía una subvención de 768.000 euros para cubrir los costes de selección y entrenamiento de pilotos y tripulación, así como una aportación de 4.000 euros destinada al equipamiento de oficina; e) finalmente, el contrato incluía la cesión gratuita del uso del hangar y de espacio de oficina a favor de Ryanair.

<sup>33</sup> Para una descripción detallada del contenido de estos contratos, v. Decisión de la Comisión precitada en la nota 11, aps. 7-12.

El contrato no se limitó a establecer el sistema de compensación para la compañía. Ryanair y BSCA acordaron la creación de una compañía común de marketing. Ésta se encargaría de financiar toda la publicidad en relación con las actividades de la aerolínea en Charleroi. BSCA y Ryanair contribuirían en la misma proporción a la operación de la compañía (4 euros por pasajeros anualmente).

Como contrapartida por todas las ventajas anteriores, Ryanair se comprometió a tener permanentemente basados un número determinado de aviones (entre 2 y 4) en el Aeropuerto Charleroi y a operar al menos 3 rotaciones diarias por avión con salida de Charleroi durante un período de 15 años. De esta manera se calculaba el tráfico de pasajeros que permitiría obtener ingresos a BSCA. Una cláusula final de rescisión comprendía el supuesto en que Ryanair decidiese salir de Charleroi. En este caso, la compañía estaría obligada a pagar a BSCA todos aquellos gastos relacionados con la apertura de la base de Ryanair y las actividades de comercialización.

## 2. Análisis de los contratos anteriores y fundamentos jurídicos de la decisión de la Comisión

Al trasluz de los acuerdos anteriores, no había duda de que la región Valona había utilizado de manera sustancial fondos públicos<sup>34</sup> para subvencionar la localización de Ryanair en Charleroi. De la misma manera, como veíamos antes, la mayoría de los elementos de la noción de ayuda eran incuestionables. Este hecho simplificaba notablemente la labor de investigación de la Comisión, y reducía el ámbito de la decisión a analizar en qué medida estas ayudas conferían una ventaja económica a Ryanair y hasta qué punto podían ser justificadas sobre la base del artículo 87.3 TCE. A este respecto la Comisión hizo la distinción entre las ayudas directamente otorgadas por la Región Valona y las ayudas concedidas por la BSCA.

### 2.1. *La reducción del nivel de tasas concedida por la Región Valona*

La Comisión comenzó su análisis sosteniendo expresamente que una ayuda por las autoridades públicas a las compañías aéreas no tiene por qué ser prohibida de acuerdo con su decisión *Manchester*<sup>35</sup>. Afirmó que las autoridades públicas pueden establecer libremente los niveles impositivos en los aeropuertos, tan bajos como deseen. No obstante, dichos niveles deben responder a un mecanismo transparente de cálculo que no establezca preferencias entre operadores. Cualquier esquema de incentivos que tuviera

<sup>34</sup> Resultan interesantes las observaciones presentadas por aerolíneas tales como Air France y KLM Royal Dutch Airline, por cuanto consideran que es normal que los aeropuertos concedan ventajas a las compañías aéreas. No obstante, dichas ventajas han de ser proporcionales, realistas y limitadas en el tiempo, y corresponderse con las contrapartidas ofrecidas por la compañía de bajo coste. No se trata tanto de la concesión en sí, sino de las condiciones en que se produjo. V. Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, aps. 17 y ss.

<sup>35</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, ap. 139.

como objetivo atraer a compañías de bajo coste debía ser establecido sobre la base de parámetros legales objetivos, ejecutados de manera no discriminatoria y limitados razonablemente en el tiempo.

Es curioso comprobar que la Comisión no aplicó a la Región Valona el criterio del «inversor privado» para evaluar si la reducción de las tasas de aterrizaje a favor de Ryanair correspondía con lo que un agente en el mercado habría decidido en la misma situación. La Comisión consideró que este principio sólo podría aplicarse a una autoridad pública «en el ejercicio de actividades económicas y nunca en el ejercicio de competencias normativas», dado que «una autoridad pública no puede aducir que podría obtener beneficios económicos como propietaria de la empresa explotadora de un aeropuerto para justificar una ayuda dada en el ejercicio discriminatorio de sus competencias normativas o fiscales»<sup>36</sup>.

En opinión de la Comisión, los contratos relativos a Ryanair se apartaban de los principios de objetividad, proporcionalidad y limitación razonable por dos motivos. En primer lugar, la Región Valona no había dispuesto una reducción general de tasas, sino que daba un tratamiento preferencial a una sola compañía. En segundo término, el acuerdo no fue concluido por un corto período, sino por 15 años. La Comisión estimó por tanto que la reducción selectiva de tasas de aterrizaje era una ayuda pública ilegal conforme al artículo 87 TCE<sup>37</sup>. Similarmente, la Comisión calificó también como ayuda incompatible con el Tratado la garantía a favor de Ryanair de las eventuales pérdidas para los supuestos reflejados en el contrato.

## 2.2. *Los beneficios extraordinarios otorgados por BSCA*

Con respecto a las ayudas concedidas por BSCA, la Comisión sí que aplicó esta vez el test del «inversor privado». En su análisis, se preguntaba si un agente privado en una economía de mercado habría invertido en similares circunstancias de la misma manera en que BSCA lo había hecho. La Comisión concluyó que el BSCA, teniendo en cuenta su carácter público, estaba en una posición que le permitía afrontar riesgos que un inversor privado nunca habría asumido. BSCA sobreestimó su beneficio futuro en al menos 33 millones de euros<sup>38</sup>. Subestimaba, de esta manera, los riesgos inherentes a la operación.

La Comisión reiteró que habitualmente no tiende a oponerse a la reducción de tarifas de recogida y tratamiento de equipaje para las aerolíneas, si con ello se articula un medio para la apertura de nuevas rutas o aumentar la frecuencia del tráfico aéreo. Ésta es de hecho una de las pocas herramientas con las que cuentan los aeropuertos regionales para su desarrollo. No obstante, cualquier esquema de incentivos debe ser proporcional al número de pasajeros, relacionado también con un período de puesta en marcha,

<sup>36</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 6, ap. 142.

<sup>37</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, ap. 160.

<sup>38</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, aps. 186 y 237.

abierto a todas las aerolíneas, limitado en el tiempo y deben establecerse mecanismos de sanción en caso de uso fraudulento de dichas subvenciones. La Comisión se opone de esta manera a toda ayuda operacional (no relacionada con la apertura de nuevas rutas), tal y como la reducción del precio del carburante o los precios de catering. Las ayudas deben ser utilizadas para hacer que nuevas rutas se vuelvan económicamente viables, pero no para mantener rutas que no son beneficiosas en el largo plazo<sup>39</sup>.

Aplicando estos principios, la Comisión decidió que la reducción selectiva de las tarifas de recogida y tratamiento de equipajes que venía a significar una ayuda operacional reservada para Ryanair y no publicada con antelación suficiente era incompatible con el mercado común<sup>40</sup>. La Comisión ordenaba a la Región Valona su inmediata recuperación.

De manera puesta al criterio anterior, las ayudas de puesta en marcha (incluidas las ayudas de publicidad y marketing, incentivos *one-shot* y la provisión de espacio de oficina) fueron consideradas compatibles con el mercado común a condición de que la duración de las medidas no excedieran de cinco años y que las contribuciones de marketing estuviesen ligadas a nuevas rutas y el número de pasajeros en dichas rutas. La suma total de la ayuda para nuevas rutas no debe exceder del 50% de los costes acumulados de la puesta en marcha. Finalmente, a juicio de la Comisión, Bélgica estaba obligada a establecer, de manera transparente y no discriminatoria, un régimen de ayudas destinado a asegurar la igualdad de trato para las aerolíneas que desearan prestar nuevos servicios de transporte aéreo

### 2.3. *Compatibilidad de las ayudas con el mercado común sobre la base del artículo 87.3.c) TCE*

No todas las ayudas de Estado que contravengan lo dispuesto en el artículo 87.1 TCE deben prohibirse. En particular, podrán considerarse compatibles con el mercado común «las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común». Ésta fue una de las contenciones más destacadas de Ryanair y de las autoridades públicas. Sin duda, la región en la que se encuentra el aeropuerto *Charleroi* sufre de un lento proceso de desarrollo que podría haber sido dinamizado mediante la potenciación del turismo y de la comunicación con otras áreas geográficas más prósperas.

La Comisión consideró que esta excepción habría sido aplicable solamente en la medida en que se cumpliesen con los criterios de compatibilidad que se derivan de este apartado específico del artículo 87: en palabras de la Comisión, la primera condición para la declaración de compatibilidad es

<sup>39</sup> Decisión de la Comisión, precitada en la nota 11, ap. 279.

<sup>40</sup> En el momento en que la Comisión adoptó esta decisión, el aeropuerto de Charleroi tenía menos de 2 millones de pasajeros anuales, por lo que la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad no resultaba de aplicación.

que la ayuda tenga un propósito bien definido que forme parte de una política de desarrollo (en nuestro caso, aeroportuario), coherente con la voluntad de estimular la rentabilidad de infraestructuras que no lo son siempre; en segundo lugar, es preceptivo que la medida sea necesaria para hacer frente a un vacío de operadores, que no impida que la zona geográfica se desarrolle de acuerdo con las dinámicas propias del mercado; derivado de lo anterior, la ayuda debe servir como incentivo para que las empresas terminen por desarrollar de manera individual sus operaciones sin necesidad de la asistencia de los poderes públicos, lo que obliga a que dichas ayudas tengan una duración limitada; como cuarto requisito, la ayuda debe ser proporcional a los fines que persigue, de modo que debe existir una correlación entre los medios y el objetivo perseguido; de la misma manera, el importe de la ayuda debe establecerse sobre la base de criterios transparentes y no discriminatorios para el resto de operadores; finalmente, la normativa a través de la cual se articule esta política de desarrollo, y en la que se encuadra la ayuda concreta, debe contener un procedimiento sancionador para aquellos supuestos en que las compañías aéreas no respeten los compromisos alcanzados, así como un sistema de recuperación rápida de las ayudas recibidas.

A juicio de la Comisión, las ayudas del BSCA –en ningún caso las relativas a la reducción de tarifas aeroportuarias por parte de la Región Valona– cumplían solamente algunas de las condiciones anteriores. Tal era el caso de la primera, pues la Comisión constató que estas ayudas formaban parte de un marco político de desarrollo que las autoridades valonas pusieron en práctica desde los años 80. Sin embargo, la Comisión reiteró que las condiciones tienen carácter cumulativo y, en consecuencia, no era de aplicación esta excepción al principio general de incompatibilidad del artículo 87.3 TCE<sup>41</sup>.

#### **IV. LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS RELATIVAS A LOS AEROPUERTOS REGIONALES Y LAS AEROLÍNEAS DE BAJO COSTE**

##### **1. Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de las Directrices de 2005**

(a) Siendo consciente de la trascendencia de la anterior materia para la competencia en el sector aéreo, por un lado, y la cohesión económica y social en la Comunidad Europea, por otro, la Comisión decidió desarrollar los principios establecidos en la decisión *Charleroi* a través 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» (en adelante, las Directrices de 2005)<sup>42</sup>. Es bien cono-

<sup>41</sup> Decisión de la Comisión precitada en la nota 11, ap. 338.

<sup>42</sup> Directrices precitadas en la nota 6.

cido, que las directrices no son un instrumento que vincule jurídicamente a los Estados miembros o a los particulares, pero pueden considerarse como vinculantes para la Comisión, de modo que favorecen la predictibilidad de decisiones futuras. Las Directrices de 2005 son complementarias a las directrices relativas al sector aéreo de 1994<sup>43</sup>. Mientras que estas últimas han sido dirigidas principalmente a las ayudas directas a aerolíneas, las nuevas directrices pretenden especificar cómo debe aplicarse la normativa de competencia a los diferentes modos de financiación de los aeropuertos y a las ayudas de puesta en marcha destinadas a las compañías aéreas que operan desde aeropuertos regionales<sup>44</sup>. El propósito último es diseñar un marco de aplicación favorable al desarrollo de los aeropuertos regionales –partiendo de su indispensable contribución a las políticas de la Unión–, pero que al mismo tiempo garantice el pleno cumplimiento de los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad.

(b) Según señalábamos, las Directrices de 2005 van dirigidas a los aeropuertos comunitarios o los organismos gestores y de financiación de los mismos<sup>45</sup>. A estos efectos, las Directrices determinan la existencia de diferentes niveles de competición sobre la base de la distinción entre categorías de aeropuertos. En líneas elementales, esto deriva de la idea de que los aeropuertos internacionales de mayor envergadura compiten entre sí, mientras que los aeropuertos regionales de menor tamaño no compiten con ningún otro aeropuerto, excepto, en algunos casos, con aeropuertos vecinos de tamaño equiparable y cuyos mercados de actuación se yuxtaponen. La Comisión establece a estos efectos cuatro categorías diferenciadas de aeropuertos: la Categoría A, relativa a los «grandes aeropuertos comunitarios», con más de 10 millones de pasajeros anuales; la Categoría B, constituida por los «aeropuertos nacionales», con una cifra anual de pasajeros situada entre 5 y 10 millones; la Categoría C, integrada por los «grandes aeropuertos regionales», con una cifra anual de pasajeros situada entre 1 y 5 millones; y, finalmente, la Categoría D, referida a los «pequeños aeropuertos regionales», con una cifra anual de pasajeros inferior a 1 millón.

(c) Las Directrices orientan la aplicación de la normativa de competencia, en este particular, el régimen de ayudas públicas del Tratado. Por ello, estas directrices serán de aplicación a los servicios de naturaleza económica. La sentencia Aeropuerto de París del Tribunal de Justicia estableció que todas

<sup>43</sup> Directrices relativas a la aplicación de los artículos 92 y 93 (*actualmente, arts. 87 y 88*) TCE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas en el sector de la aviación, DOCE C núm. 350, de 10 de diciembre de 1994.

<sup>44</sup> Directrices precitadas en la nota 6, ap. 20.

<sup>45</sup> De manera indirecta, las Directrices también son dirigidas a las compañías de bajo coste, que son las que fundamentalmente tienen incentivos para el desarrollo de nuevas rutas que operen desde aeropuertos regionales. Las compañías de bajo coste no vienen definidas como tales en las Directrices. De modo general, deben concebirse como aerolíneas que reducen sus tarifas a través de la eliminación de servicios complementarios y costes de operación y transacción tales como los relativos a la venta directa de billetes.

las actividades de gestión y explotación de aeropuertos, incluida la prestación de servicios aeroportuarios a las compañías aéreas y a los diferentes proveedores de servicios de un aeropuerto, constituyen actividades económicas, dado que «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 dissociarse de las actividades conexas con el ejercicio de tales prerrogativas»<sup>46</sup>. Por lo tanto, estas actividades quedan sometidas a lo dispuesto en el artículo 87 TCE.

Por el contrario, aquellas que se encuentran vinculadas estrechamente al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico. Éstas son las actividades relativas a la protección, al control del tránsito aéreo, al control de policía y aduanas, etc.<sup>47</sup>. Por último, aquellas actividades que tengan la consideración de servicio de interés económico general<sup>48</sup> deberán cumplir con las condiciones establecidas por la jurisprudencia *Altmark*<sup>49</sup>.

## 2. La financiación pública de los aeropuertos comunitarios

La Comisión parte del principio de que toda financiación pública otorgada a las categorías A y B de aeropuertos distorsionará por regla general la competencia entre ellos y afectará al comercio entre los Estados miembros. Por el contrario, cualquier subvención acordada a favor de un aeropuerto de la categoría D es improbable que pueda repercutir negativamente en la competencia de manera contraria al interés común.

A partir de aquí, la Comisión distingue cuatro tipos distintos de actividades que pueden llevarse a cabo en los aeropuertos, sobre las que establece a su vez distintas consideraciones de evaluación: estas actividades son a) construcción de infraestructuras y equipos aeroportuarios, como pistas, terminales, torres de control; b) explotación de infraestructuras, incluidos el mantenimiento y la gestión de infraestructuras aeroportuarias; c) prestación de los servicios conexos al transporte aéreo, tales como la asistencia en tierra, servicios de urgencias, seguridad, etc.; d) y, finalmente, actividades comerciales no directamente relacionadas con las actividades básicas del aeropuerto, entre las que destaca la construcción, explotación y alquiler de espacios para industrias, recintos de ocio y hospedaje.

Salvo a las últimas, las Directrices de 2005 se aplican a todas las actividades anteriores salvo al último grupo. Por ello, si no puede excluirse que la finan-

<sup>46</sup> STPI de 12 de diciembre de 2000 precitada en la nota 1, aps. 75 y ss. V. Directrices de la Comisión precitadas en la nota 11, ap. 31.

<sup>47</sup> Directrices de la Comisión precitadas en la nota 11, aps. 32-33.

<sup>48</sup> V. supra *La actividad de las aerolíneas de bajo coste como servicio de interés económico general*.

<sup>49</sup> Cfr. SIGNES DE MESA, J. I., «Liberalización de monopolios públicos – Un balance (A propósito de la jurisprudencia del TJCE)», RDM núm. 262, oct./dic. 2006.

ciación de una de estas actividades pueda ser ayuda pública en el sentido del tratado la medida tendrá que ser notificada. De manera concreta, la Comisión reitera que para las actividades de recogida y tratamiento de equipajes, éstas deben ser abiertas a la competencia cuando el aeropuerto en cuestión sobrepase el umbral de los 2 millones de pasajeros<sup>50</sup>. Si dicho umbral no es sobrepasado, el gestor podrá emplear mecanismos de subvención cruzada entre los distintos servicios prestados por él en el aeropuerto. Por el contrario, si este total de pasajeros fuera excedido, la utilización de subvenciones cruzadas entre las distintas actividades aeroportuarias no estaría permitida y las actividades cubiertas por la directiva, deben ser abiertas a la competencia.

### 3. Ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas desde aeropuertos regionales

La Comisión dedica el apartado V de las Directrices de 2005 a las ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas desde aeropuertos de regionales<sup>51</sup>. Estos aeropuertos de pequeño tamaño necesitan hacer uso de estas subvenciones puesto que no disponen de un tamaño crítico de pasajeros que les hagan alcanzar parámetros de rentabilidad. De esta manera, pueden atraer a los operadores de bajo coste. Las condiciones para la concesión de estas ayudas vienen enumeradas nuevamente por la Comisión, y son las siguientes:

- i) Los beneficiarios de las ayudas deberán estar en posesión de una *licencia de explotación válida*.
- ii) Las ayudas se concederán a rutas que conecten aeropuertos dentro de las *categorías C y D* con otros aeropuertos comunitarios. Subvenciones concedidas a aeropuertos pertenecientes a la categoría B pueden ser aceptadas solamente en casos excepcionales, por ejemplo, cuando estos aeropuertos se encuentren desaventajados o en regiones remotas de la Unión Europea.
- iii) Las ayudas están limitadas a la subvención de *nuevas rutas o frecuencias*, lo cual debe conducir al aumento neto del volumen de pasajeros. La subvención no debe por tanto conducir simplemente a la transferencia de los pasajeros de una aerolínea a otra.
- iv) La ruta nueva debe ser *económicamente viable en el largo plazo*. En este sentido, las ayudas deberán ser decrecientes y limitadas en el tiempo.
- v) La *compensación de costes suplementarios* estrechamente ligados a la apertura de nuevas rutas está permitida. Estos pueden tratarse de costes de publicidad o los de reclutamiento de personal. La Comisión desaprueba la financiación pública de los costes de operación habituales como son los relativos al carburantes, los salarios o el catering.
- vi) Las ayudas de puesta en marcha están permitidas solamente por un

<sup>50</sup> V. Directiva del Consejo, precitada en la nota 40.

<sup>51</sup> Directrices de la Comisión precitadas en la nota 6, ap. 71.

*período máximo de tres años*. La cantidad ofrecida al término de un año no debe exceder el 50% de los costes subvencionables, ni exceder del 30% de la media global de los costes subvencionables en todo su período de vigencia.

vii) Debe darse en todo caso un nexo entre los pagos efectuados y el desarrollo neto del número de pasajeros transportados.

viii) Cualquier autoridad pública que prevea otorgar ayudas de puesta en marcha deben dar *publicidad* a todos estos planes y llevar a cabo las concesiones finales sobre bases no discriminatorias. Las reglas de contratación pública y concesiones deben ser respetadas en todo caso.

ix) Las compañías aéreas que soliciten estas ayudas de puesta en marcha deben presentar un *plan de viabilidad de negocios* que pruebe la viabilidad económica de la ruta en el largo plazo.

x) Los Estados miembros deben establecer *procedimientos sancionadores* para el caso de incumplimiento, así como un sistema de recuperación rápida de cantidades ilegalmente percibidas. A su vez, es necesario establecer un *sistema eficaz de recurso* frente a las decisiones de concesión que evite situaciones de discriminación.

xi) Las ayudas de puesta en marcha *no deben ser acumuladas* con otros tipos de ayuda para el desarrollo de las rutas.

Finalmente, las ayudas en marcha deben siempre notificarse a la Comisión sin excepción. Los Estados miembros deben, al mismo tiempo, modificar sus regímenes existentes relativos a este tipo de ayudas antes del 1 de junio de 2007.

## V. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN *CHARLEROI* Y DE LAS DIRECTRICES DE 2005

(a) La decisión y las directrices han sido criticadas de manera enérgica tanto por las partes implicadas en el asunto *Charleroi* (esto es, Ryanair, la Región de Valonia y la BSCA), como por la Federación Europea de Aeropuertos Regionales y la Asociación de Aerolíneas de Bajo Coste<sup>52</sup>. Al mismo tiempo, el Comité y la Asamblea de las Regiones de Europa han mostrado su descontento por esta decisión. Por el contrario, ambos documentos fueron cautelosamente elogiados por las aerolíneas «tradicionales»<sup>53</sup>.

Los críticos con esta decisión han argumentado que la Comisión no había apreciado las singularidades del nuevo modelo de negocio que intentan

<sup>52</sup> Conclusiones del *AER Hearing on the possible impact of the co-operation of regional airports and low-cost carriers*, de 13 de marzo de 2004. V. CALLAGHAN, precitado en la nota 7, pg. 442.

<sup>53</sup> V. STADLMEIER y RUMERSDORFER, precitado en la nota 8, pg. 309.

establecer los operadores de bajo coste<sup>54</sup>. Fundamentalmente, se considera que la Comisión no aplicó el test del «inversor privado» correctamente. Al igual que Ryanair, este sector doctrinal sostiene que todo inversor privado habría ofrecido subvenciones a la aerolínea de modo que se asegurase la rentabilidad en el largo plazo. Cabe esperar que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre este punto, dado que las Directrices dejan la cuestión de la aplicación del criterio del «inversor privado» sin una respuesta clara<sup>55</sup>.

Otra fuente de crítica ha argumentado que las aerolíneas nacionales recibieron ayudas públicas masivamente en el pasado, e incluso hoy en día, como puede ocurrir con Olympic Airways y Alitalia<sup>56</sup>. Más aún, se ha enfatizado la necesidad de desarrollar aeropuertos regionales. Muchos de los grandes aeropuertos comunitarios se enfrentan en la actualidad, o lo harán pronto, a problemas considerables de capacidad de vuelos<sup>57</sup>. Las compañías de bajo coste que operan desde los aeropuertos regionales y que conectan diversos puntos de la geografía europea pueden contribuir a sustituir la estructura actual predominante de «comunicación radial» del tráfico aéreo europeo, por la de transporte de «punto a punto»<sup>58</sup>. Finalmente, otro sector crítico ha destacado el hecho de que la Comisión no aceptara ayudas de puesta en marcha para rutas en las que ya operan compañías aéreas o trenes de alta velocidad. Esto podría contribuir a la perpetuación de monopolios existentes<sup>59</sup>.

(b) De manera general, parece que el marco legal es ciertamente formalista y estricto. Es sorprendente que «el sector aeroportuario donde la Comisión ha llevado a cabo una aproximación más liberal que el desarrollado por la Dirección General de Competencia en otras áreas, vaya a estar sujeto en futuro a un control más severo»<sup>60</sup>. El límite de los tres años de concesión

<sup>54</sup> V. GRÖETEKE y KERBER, «The case of Ryanair – EU State aid policy on the wrong runway», *Ordo* 2004, pg. 313; STEINRÜCKEN y JAENICHEN, «Towards the conformity of infrastructure policy with European Laws. The case of government aid for Ryanair», *Intereconomics* 2004, pg. 97; HAUCAP y HARTWICH, «Fördert oder behindert die Beihilfenkontrolle der Europäischen Union den (System-) Wettbewerb?», en SCHÄFER (Ed.), *Wettbewerbspolitik im Systemwettbewerb*, 2006; CALLAGHAN, precitado en la nota 7, pg. 439.

<sup>55</sup> BARTOSCH, «Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für den Betrieb und die Nutzung von Flughafeninfrastrukturen», *WuW* 2005, pg. 1134, cfr. STADLMEIER y RUMERSDORFER, precitados en la nota 8, pg. 309.

<sup>56</sup> CALLAGHAN, precitado en la nota 7, pg. 334. No obstante, este argumento es poco convincente, pues las subvenciones del pasado no son una justificación para las subvenciones presentes.

<sup>57</sup> Actualmente, los siete mayores aeropuertos europeos atraen el 33% de todo el tráfico comunitario. Los 23 mayores aeropuertos reciben más de dos tercios del tráfico total. Casi más de la mitad de los 50 mayores aeropuertos europeos se encuentran saturados en su actividad. V. Decisión de la Comisión precitada en la nota 11, ap. 289.

<sup>58</sup> V. Decisión de la Comisión precitada en la nota 11, ap. 290.

<sup>59</sup> BARTOSCH, «Distortions of Competition on the Markets for the Operation of Airport Infrastructures: the Commission's New Guidelines», *Estal* 2005, pg. 627.

<sup>60</sup> BARTOSCH, precitado en la nota 59, pg. 628. Cfr. BARTOSCH, precitado en la nota 55, pg. 1128.

de ayudas de puesta en marcha parece demasiado corto. Por su parte, la notificación de todas las ayudas de puesta en marcha significa también un gran esfuerzo burocrático para los aeropuertos. Si las regiones deciden compensar los aeropuertos por servicios de interés general, tiene ya que ceñirse al más que complicado procedimiento derivado de la jurisprudencia *Altmark*. Aun cuando las compensaciones para la categoría D de aeropuertos no tienen que ser notificadas de acuerdo con las directivas; las regiones tendrán que someterse a las directrices de lo dispuesto en esta última sentencia, dado que la Comisión puede examinar subvenciones ex officio (independientemente del deber de notificación) y porque los competidores pueden acudir a los tribunales por eventuales violaciones del artículo 87 TCE<sup>61</sup>.

(c) De manera contraria a todo lo anterior, la decisión *Charleroi* y las Directrices de 2005 deben ser bienvenidas por aportar mayor transparencia y seguridad jurídica al análisis de la Comisión. Las cláusulas de no revelación del contenido de los contratos entre los aeropuertos y las compañías contribuía a mantener la posición de dominio de éstas en las negociaciones sobre los sistemas de compensación. En casos extremos, el comportamiento de las líneas aéreas económicas respondía en ocasiones a estrategias agresivas que mantenían las rutas abiertas en tanto que los subsidios fuesen también garantizados. En el momento en que éstos eran retirados, las compañías procedían a cerrar las rutas aéreas. Por lo tanto, es un paso exitoso el que los sistemas de incentivos y financiación deban ser publicados con antelación. La transparencia en este caso implicará un desarrollo de la competición entre las líneas aéreas de bajo coste.

Sin embargo, por encima de las ventajas y desventajas de la decisión de la Comisión y de las Directrices, otro importante aspecto en relación con el debate sobre la financiación de las aerolíneas de bajo coste debe ser destacado: dado que el régimen comunitario de ayudas públicas solamente es aplicable a las subvenciones otorgadas directa o indirectamente por el Estado, este esquema presentado por la Comisión incentiva sin lugar a dudas la privatización de los aeropuertos<sup>62</sup>. Se crea de esta manera una tensión que no debe ser menospreciada con respecto al principio de neutralidad respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros consagrado en el artículo 295 TCE<sup>63</sup>. Independientemente de que se trate de una consecuencia indirecta, es previsible que se proceda a la privatización de aeropuertos públicos<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Las Directrices establecen que las ayudas a la categoría D de aeropuertos no supondrán por lo general una distorsión para la competencia. Sin embargo, todavía queda por ver cómo será aplicada esta afirmación por parte de la Comisión.

<sup>62</sup> Cfr. SIGNES DE MESA, J. I., precitado en la nota 6, pg. 31 y ss.; KOENIG et al., precitado en la nota 29.

<sup>63</sup> El artículo 295 TCE dispone que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

<sup>64</sup> Cfr. WIMMER y KAHL, «Öffentliche Verantwortung versus Privatisierung am Beispiel des Betriebes der Bundesländerflughäfen», *ÖJZ* 1999, pg. 161.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La decisión *Charleroi* de la Comisión y las Directrices de 2005 son piedras angulares del emergente marco legal para las ayudas de Estado a las aerolíneas de bajo coste y a los aeropuertos regionales. No obstante, este marco tiene que ser confirmado y extendido por los Tribunales europeos.

Por el momento, la Comisión ha adoptado una nueva decisión en esta área. Es ciertamente probable, por otro lado, que la Comisión adoptará nuevas decisiones dentro de este área. Sin embargo, también a nivel nacional hay un número de casos, de los cuales, y si bien algunos de ellos se refieren a denominaciones equívocas para aeropuertos regionales, otros sí que versan directamente sobre ayudas recibidas por los operadores de bajo coste.

Sin embargo, como destacábamos anteriormente, el marco legal para este tipo de asuntos es todavía deficiente. Más aún, debemos recordar nuevamente que las directrices no son vinculantes para los Estados miembros. Es imposible saber si el Tribunal de Primera Instancia (y quizá posteriormente, el Tribunal de Justicia) confirmará las reglas establecidas sobre la base del caso *Charleroi* y las directrices. Dejando estas incertidumbres a un lado, el estatus quo de este marco legal puede ser delimitado de la siguiente manera:

La regla más general para identificar ayudas de estado es aplicar el test del «inversor privado». Por lo que se refiere a aerolíneas, la Comisión no está en contra por lo general de tarifas de aterrizaje. Estas reducciones están permitidas, siempre y cuando sean parte de un esquema general, que goce de publicidad avanzada y abierto a todas las aerolíneas.

Las ayudas de puesta en marcha para las aerolíneas son aceptadas para aerolíneas referidas a las categorías de aeropuertos C y D, siempre y cuando se cumplan las siguientes dos condiciones: a) cuando se establezca una nueva ruta que apriorísticamente puede aumentar los niveles de pasajeros; b) que el plan de ayuda se limite a un plazo de tiempo no superior a tres años, siguiendo una reducción progresiva conforme vaya pasando este tiempo y siempre basada en la variable del número de usuarios de la ruta.

Por lo que respecta a ayudas a aeropuertos, la Comisión afirma que la administración y gestión aeroportuaria puede ser considerada un «servicio de interés económico general». Las autoridades públicas, por tanto, pueden compensar a las aerolíneas por los servicios prestados, siempre y cuando se respete la jurisprudencia *Altmark* de manera que no sea de aplicación el artículo 87.1 TCE. En otro orden, la Comisión confirma que no existe una obligación de notificar la compensación de servicios de interés económico general siempre y cuando nos refiramos a la categoría D de aeropuertos. La Comisión aceptará las ayudas al funcionamiento solamente en casos excepcionales. Por el contrario, cualquier ayuda concedida a los aeropuertos que entren en la categoría A y B de manera probable supondrán una distorsión a la competencia.

El caso Charleroi demuestra bien la gran inventiva de diseño de esquemas de compensación que las aerolíneas y las autoridades locales son capaces de establecer para hacer inaplicables las disposiciones comunitarias en materia de competencia, concretamente las relativas a ayudas públicas. Por su parte, ésta se verá incentivada sin duda por la rigidez con que vemos que se aplican estas disposiciones por parte de la Comisión. Entre éstas, podemos encontrar la financiación de las aerolíneas, no a través de organismos públicos, sino más bien a través de autoridades semipúblicas tal y como las asociaciones de negocios hoteleros o bien por aeropuertos recapitalizados y posteriormente privatizados.

Nuevos modelos de negocios cambiarán no obstante el patrón de competencia entre las aerolíneas. Por todos es sabido que Ryanair quiere ofrecer servicios de *gamling* en sus aviones a partir de 2007 y, de acuerdo con su estrategia, planea generar más beneficios en el futuro derivados del juego, las conexiones telefónicas y la publicidad comercial que a través de la venta de billetes. De modo que si bien la decisión del Tribunal de Primera Instancia dispersará la incertidumbre sobre la compatibilidad con el Tratado de las ayudas a los operadores de bajo coste, sin duda el debate continuará en el futuro.