

M O N O G R A F Í A S

Andrés M.
González
Sanfiel

LAS
OBLIGACIONES
DE SERVICIO
PÚBLICO
EN EL
TRANSPORTE AÉREO



iustel



¿Qué sucede si las compañías aéreas por razones de rentabilidad económica no desean cubrir aquellas rutas aéreas que son vitales para una determinada región? ¿Se abandona a los ciudadanos afectados a su suerte porque al mercado no le interesa? La solución la proporciona el Derecho Comunitario: el transporte aéreo es un servicio de interés económico general. El poder público puede imponer obligaciones de servicio público a los transportistas aéreos para garantizar las conexiones aéreas en determinadas rutas. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el propio poder público dificulta en algún caso la satisfacción de aquel interés general? El presente libro explica cómo funciona esta técnica, su regulación y límites; su comparación con otras realidades similares (ayudas de puesta en marcha, ayudas sociales) y, en fin, los problemas que se plantean.

ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de La Laguna

LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL TRANSPORTE AÉREO

Prólogo de

Francisco José VILLAR ROJAS

Catedrático de Derecho Administrativo



1.ª edición, 2010

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2010, by Andrés M. González Sanfiel

Iustel

Portal Derecho, S. A.

www.iustel.com

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-103-0

Depósito legal: M. 24.173-2010

Imprime y encuaderna: Closas-Orcoyen, S. L.

Paracuellos de Jarama (Madrid)

Printed in Spain - Impreso en España

A Lourdes y Sofía.

Índice

Prólogo	15
Introducción	21
Capítulo Primero. El requisito de necesidad: la imposición de las obligaciones	27
1. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL TRANSPORTE AÉREO EN UN ENTORNO LIBERALIZADO.....	27
1.1. <i>El camino hacia la liberalización del transporte aéreo en la Unión Europea</i>	<i>27</i>
1.2. <i>La implantación progresiva de la liberalización: los paquetes liberalizadores</i>	<i>31</i>
2. EL TRANSPORTE AÉREO COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL	36
2.1. <i>Fundamento de las obligaciones: fallo del mercado en la provisión de un servicio esencial</i>	<i>36</i>
2.2. <i>Las obligaciones de servicio público como técnica para garantizar la prestación esencial.....</i>	<i>44</i>
2.3. <i>El límite: la no afectación a los intereses de la Comunidad</i>	<i>50</i>
3. LA IMPOSICIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL TRANSPORTE AÉREO .	53
3.1. <i>La valoración de la necesidad: criterios utilizados</i>	<i>53</i>
3.2. <i>Los condicionantes objetivos y territoriales de las obligaciones ..</i>	<i>56</i>
3.3. <i>El principio de proporcionalidad en la imposición de las obligaciones</i>	<i>60</i>
3.4. <i>Competencia y procedimiento</i>	<i>63</i>
A. <i>La competencia de los Estados miembros para imponer las obligaciones.....</i>	<i>63</i>
B. <i>Inexistencia de un procedimiento para imponer las obligaciones: los deberes formales de comunicación y publicidad.....</i>	<i>64</i>
3.5. <i>La mutabilidad de la necesidad: modificación y supresión de las obligaciones</i>	<i>67</i>

4.	MECANISMOS DE CONTROL DEL REQUISITO DE NECESIDAD	68
4.1.	<i>Revisión de las medidas directamente por los Estados miembros ..</i>	68
4.2.	<i>Remisión de la motivación formal</i>	69
4.3.	<i>Investigación formal por parte de la Comisión europea</i>	71
5.	LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL TRANSPORTE AÉREO EN ESPAÑA.....	72
5.1.	<i>Una normativa que atiende especialmente la insularidad y el norte africano</i>	72
5.2.	<i>Su aplicación concreta.....</i>	74

Capítulo Segundo. Contenido y alcance de las obligaciones..... 77

1.	CARACTERÍSTICAS DE LAS OBLIGACIONES	77
1.1.	<i>Prestación mínima o estándar</i>	77
1.2.	<i>Claridad.....</i>	78
2.	UNA PRESTACIÓN REGULAR Y CONTINUA	80
2.1.	<i>Regularidad</i>	80
2.2.	<i>Continuidad</i>	83
3.	LA CAPACIDAD Y OTRAS CONDICIONES QUE SUELEN APARECER.	87
3.1.	<i>Capacidad</i>	89
	A. Plazas	87
	B. Capacidad, ¿como capacidad económico-financiera?	89
3.2.	<i>Otras condiciones.....</i>	91
4.	LA POTESTAD TARIFARIA.....	94
4.1.	<i>Limitación de la libertad de precios: su control administrativo</i>	94
4.2.	<i>El caso español: de tarifas máximas a tarifas de referencia.....</i>	97
4.3.	<i>Competencia y procedimiento de aprobación. La revisión de las tarifas.....</i>	99
4.4.	<i>La deficiente configuración de la potestad tarifaria como obligaciones de servicio público</i>	102
5.	PROVISIONALIDAD DE LAS OBLIGACIONES.....	104

6. LA POSICIÓN DE LOS PASAJEROS EN RELACIÓN CON TALES OBLIGACIONES.....	107
7. LA GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: DIVERSIDAD DE INSTRUMENTOS. EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN SANCIONADOR	109
8. LA INCIDENCIA DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA.....	112
8.1. <i>El transporte aéreo como servicio esencial para la comunidad ..</i>	112
8.2. <i>Su alcance y delimitación</i>	115
8.3. <i>Los servicios esenciales para la comunidad: un título de intervención de mayor cobertura que las obligaciones de servicio público</i>	119
Capítulo Tercero. El acto de atribución pública	123
1. LA NECESIDAD DEL ACTO DE ATRIBUCIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL SISTEMA DUAL DE ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL TRANSPORTE AÉREO.....	123
1.1. <i>La doctrina sobre el acto público de atribución</i>	123
1.2. <i>Las dos vías para que los operadores asuman obligaciones de servicio público en el transporte aéreo</i>	127
1.3. <i>La asunción a través de autorización en acceso abierto: ¿acto de encargo público?.....</i>	129
1.4. <i>El «contrato» como acto de atribución pública</i>	132
1.5. <i>Las dos vías ¿pueden ser simultáneas? Contraste con la solución Analir</i>	134
2. EN ESPECIAL, EL ENCARGO MEDIANTE CONTRATO.....	136
2.1. <i>Presupuesto para acudir a esta vía: inexistencia de servicios</i>	136
2.2. <i>Concurso «ad cautelam»: el caso Lourdes, un supuesto guía ..</i>	138
2.3. <i>Contenido mínimo del contrato</i>	142
2.4. <i>La duración del contrato</i>	146
2.5. <i>El contrato como instrumento del derecho de exclusiva</i>	147
3. LOS REQUISITOS DE LA LICITACIÓN	149
3.1. <i>El procedimiento de licitación</i>	149
3.2. <i>Los criterios de adjudicación</i>	151
3.3. <i>El procedimiento de urgencia.....</i>	153

4.	EL GESTOR DEL SERVICIO	155
4.1.	<i>¿Quién puede ser gestor del servicio?</i>	155
4.2.	<i>Los deberes del gestor del servicio</i>	156
	A. La prestación del servicio con cumplimiento de las obligaciones impuestas	156
	B. El deber de información	157
	C. El preaviso para abandonar el servicio	158
5.	LA EXTINCIÓN DEL SERVICIO.....	158
Capítulo Cuarto. La compensación de las obligaciones de servicio público		161
1.	LA DOCTRINA «ALTMARK» EN LA FINANCIACIÓN DE LOS SER- VICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL	161
1.1.	<i>La situación pre-Altmark en el sector aéreo</i>	161
1.2.	<i>Formulación y consolidación de la doctrina</i>	164
1.3.	<i>Su plasmación en la normativa aérea</i>	169
2.	LOS CONCEPTOS RETRIBUTIVOS CLAVE.....	171
2.1.	<i>El importe de la financiación y sus límites</i>	171
2.2.	<i>La determinación de los conceptos</i>	173
3.	EL RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN POR RESIDENCIA	175
3.1.	<i>El carácter autónomo de las subvenciones o bonificaciones por residencia</i>	175
3.2.	<i>Reconocimiento y evolución normativa en España</i>	177
4.	ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO PREVISTO EN EL REAL DECRETO 1316/2001.....	181
4.1.	<i>Beneficiarios: acreditación de la condición de residente</i>	181
4.2.	<i>El importe de la bonificación</i>	185
4.3.	<i>Control administrativo</i>	186
4.4.	<i>El procedimiento de liquidación</i>	187
5.	LAS AYUDAS DE PUESTA EN MARCHA: ¿ALTERNATIVA A LAS OBLI- GACIONES DE SERVICIO PÚBLICO?	188
5.1.	<i>Un marco confuso</i>	188

5.2. <i>Requisitos de las ayudas de puesta en marcha</i>	193
A. Definición previa de una estrategia de desarrollo y sus características	193
a. Sistema o regímenes de ayudas, no ayudas individuales.....	193
b. Su objeto: nuevas rutas o frecuencias	194
c. Viabilidad económica futura de la ruta o frecuencia	195
d. Temporalidad de la ayuda. Su carácter decreciente	197
B. Los protagonistas. El papel central de los aeropuertos regionales.....	197
C. Los costes subvencionables	200
D. Las garantías: publicidad, concurrencia y transparencia	201
5.3. <i>Relación de las ayudas de puesta en marcha con las obligaciones de servicio público</i>	202
A. Incompatibilidad con otras ayudas, en especial con las derivadas de obligaciones de servicio público ..	202
B. Obligaciones de servicio público y ayudas de puesta en marcha: semejanzas y diferencias.....	203
C. ¿El carácter alternativo de las ayudas de puesta en marcha?: su posible compatibilidad en diferentes rutas	206
Capítulo Quinto. El impacto de la normativa aeroportuaria	209
1. LA NOCIÓN DE «AEROPUERTO REGIONAL»: UNA IDEA DE IDA Y VUELTA.....	209
1.1. <i>Clave en la regulación derogada</i>	209
1.2. <i>Su abandono en la reforma</i>	211
2. CONSECUENCIAS DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO SOBRE LOS SLOTS	214
2.1. <i>Un derecho de acceso a la infraestructura</i>	214
2.2. <i>Reserva de slots para rutas con obligaciones de servicio público</i>	221

2.3.	<i>Licitación pública ante insuficiencia de slots en rutas con obligaciones de servicio público: un supuesto complementario</i>	224
2.4.	<i>Neutralización del pase al fondo de reserva</i>	227
3.	LA INCIDENCIA NEGATIVA DE LAS TASAS AEROPORTUARIAS SOBRE LA FINALIDAD DE SERVICIO PÚBLICO	229
3.1.	<i>Status questionis: sobrecoste del precio final</i>	229
3.2.	<i>El restablecimiento del interés público: otra vez el Derecho comunitario</i>	232
4.	UN ASPECTO COMPLEMENTARIO: LA POSIBLE CONFIGURACIÓN DE LOS AEROPUERTOS COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL	234
4.1.	<i>Autonomía de la calificación respecto del transporte aéreo y ámbito</i>	234
4.2.	<i>Relación con las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo</i>	237
5.	VALORACIÓN DEL SISTEMA	238
	Epílogo. Diez principios rectores de las obligaciones de servicio público	241
1.	CATEGORÍA DE DERECHO COMUNITARIO	241
2.	ESENCIALIDAD DE LA PRESTACIÓN	242
3.	ADAPTABILIDAD Y MUTABILIDAD	243
4.	DIVERSIDAD DE RÉGIMENES	244
5.	PROTAGONISMO ESTATAL	245
6.	PROPORCIONALIDAD	246
7.	CLARIDAD Y VINCULACIÓN DIRECTA CON LA MISIÓN DE INTERÉS GENERAL	247
8.	EXCEPCIONALIDAD DE LOS PRIVILEGIOS	248
9.	PROVISIONALIDAD DE LA MEDIDA	248
10.	¿TENDENCIA AL VALOR SOCIAL?	249
	Bibliografía	251

Prólogo

Es un honor poder presentar este libro del profesor González Sanfiel. Lo es por lo novedoso y controvertido del tema que trata: las obligaciones de servicio público; en este caso, su funcionamiento en el transporte aéreo. Lo es, como podrá comprobar el lector, por la claridad y sistemática de la exposición, por la profundidad y rigor del análisis y por el decálogo de conclusiones que formula. Sin duda, es grato y sencillo prologar una obra tan bien construida. Pero no sólo es un honor, además, este encargo constituye una responsabilidad porque se trata de la obra de un compañero y amigo, uno de los profesores del grupo de La Laguna, así que es aun más obligado corresponder a esa confianza y, lo que es más importante, a la calidad de su trabajo.

Como queda dicho, el libro se ocupa de estudiar el régimen jurídico de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo; un conjunto normativo que sólo se explica tras la liberalización de esa clase de transporte y su funcionamiento en condiciones de mercado. La STJUE de 4 de abril de 1974, afirmó la sujeción de este transporte a las normas sobre la competencia, abriendo la puerta a los llamados «paquetes liberalizadores», que se cierra por ahora con el Reglamento (CE) 1008/2008, de 24 de septiembre, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. Pero, si el mercado es la selva, ¿cómo es posible una regulación de algo que, tras la liberalización, sólo responde al libre juego de la oferta y la demanda?

Porque aquella premisa no es cierta. En la selva sólo rige la ley del más fuerte. Por el contrario, el mercado es un espacio donde se producen acuerdos, intercambios y transacciones entre compradores y vendedores de bienes y servicios regido por normas jurídicas. El mercado descansa sobre el derecho de propiedad, la libertad de contratación y la garantía judicial de las transacciones, siempre en condiciones de libre competencia entre oferentes y demandantes —sin competencia no hay mercado, aunque haya intercambios—. A esas piezas mínimas se suman otras reglas, otras limitaciones y otras garantías que se imponen para proteger determinados

valores relevantes para la sociedad, sea la seguridad de productos y servicios —que no sean dañinos—, sea la transparencia —que no sean un engaño—, sea la libre competencia —frente a las actuaciones que la limitan o la impiden—, sea la protección de los consumidores —para compensar la asimetría informativa o la posición preferente de los vendedores—, entre otros. En este sentido, todo mercado es regulado; otra cosa es que sólo las normas privadas sean suficientes para atender todos los intereses concurrentes y, en particular, los generales. La liberalización del transporte aéreo es buen ejemplo de lo que se dice. El libro que se prologa lo confirma.

El mercado interior del transporte aéreo, que descansa sobre la libertad de prestar servicios de las compañías áreas comunitarias y de libre elección de los pasajeros, está acompañado de un buen número de normas que aseguran su adecuado funcionamiento. Es el caso de las disposiciones sobre uso de los aeropuertos —en especial, los derechos de despegue y aterrizaje—, las que disciplinan la navegación aérea, las que determinan las condiciones de seguridad de las aeronaves y la cualificación de las tripulaciones, las que ordenan la contratación del transporte y las responsabilidades. La supresión del monopolio público no hizo desaparecer el Derecho.

Ahora bien, el mercado es un mecanismo que sirve para atender la necesidad social de bienes y servicios en mejores condiciones que el monopolio —público o privado—, pero no siempre. En condiciones de libre competencia, algunas demandas quedan sin atender o, lo que es más normal, lo son en condiciones deficientes, ya sea por falta de regularidad, ya sea por calidad insuficiente, ya sea por precio elevado. En estos supuestos, la regulación pública se hace inevitable, si bien regida por los principios de necesidad de interés general, motivación, proporcionalidad y publicidad, y sin que sea admisible por meras razones de intervencionismo económico. Esta realidad también se reconoce en el transporte aéreo, en particular en cuanto a la protección de los intereses de los ciudadanos-pasajeros.

Con la liberalización, la realidad del transporte aéreo, regular y no regular, llevó al legislador comunitario a establecer un estatuto jurídico a favor de los pasajeros, más exigente que el recogido en las normas internacionales sobre aviación civil (Convenio de Montreal de 2001). Prime-

ro se sustentó en el Reglamento (CEE) 295/1991, de 4 de febrero de 1991. Luego, en el Reglamento (CE) 261/2004, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos, que deroga el anterior y amplía los derechos y las garantías.

El fundamento de esa normativa se resume en una idea: las denegaciones de embarque y las cancelaciones o los grandes retrasos ocasionan graves trastornos y molestias a los pasajeros, que demandan una atención inmediata y estandarizada; algo que no ofrecen los mecanismos tradicionales como el seguro de viajes o la reclamación civil de responsabilidad (cdos. 1 y 2 del Reglamento CE 261/2004 y STJUE de 10 de enero de 2006, C-344/04, apdos. 44. a 48).

A partir de esa premisa, el Reglamento delimita las tres situaciones apuntadas: la denegación de embarque, la cancelación de vuelos y el retraso. A su vez, para el caso de que se produzcan, el legislador comunitario reconoce los derechos mínimos siguientes: el derecho a atención, el derecho al reembolso o a un transporte alternativo y el derecho a compensación; éste último establece unas cuantías fijas sin relación con el precio del billete (confirmado por STJUE de 19 de noviembre de 2009, C-402/07 y 432/07, apdos. 30 a 39). La única causa de exoneración que admite se refiere al derecho de compensación. El transportista no tiene obligación de compensar cuando pueda probar que la cancelación del vuelo se debe a «circunstancias extraordinarias» que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables; un concepto próximo al de fuerza mayor (STJUE de 22 de diciembre de 2008, C-579/07, apdo. 39).

En cuanto a los sujetos, el titular de esos derechos es cualquier pasajero que parta de un aeropuerto comunitario o bien que llegue a uno de ellos desde un aeropuerto tercero con un transportista aéreo comunitario (la distinción en STJUE de 10 de julio de 2008, C-173/07). La condición es que tenga una reserva confirmada (art. 1). Por su parte, el transportista encargado de efectuar el vuelo es en todo caso el obligado a satisfacer esos derechos. No obstante, el transportista siempre tiene derecho a reclamar una compensación de cualquier tercero que sea responsable de aquélla (lo recuerda STJUE de 10 de enero de 2006, apdo. 90).

En caso de conflicto, la tutela de los derechos corresponde a un organismo responsable del cumplimiento que debe designar cada Estado miembro. En España, esa función se encomendó a la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento. Cualquier pasajero puede reclamar ante el mismo, sin perjuicio del derecho a ejercer cualquier otra acción (en particular, STJUE de 9 de julio de 2007, C-204/08). Igualmente, los Estados deben establecer un régimen sancionador para los casos de incumplimiento. Algunos fueron condenados por incumplir este mandato (así, STJUE de 14 de junio de 2007, C-333/06). Entre nosotros, ese régimen se recoge en los artículos 45 y concordantes de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

La tensión que rodea la aplicación de este reglamento, incluso su fracaso inicial (tal y como se expresa en Comunicación de la Comisión sobre el funcionamiento y resultados del Reglamento CEE 261/2004, COM 2007, 168 final) es la mejor prueba de la necesidad de normas para establecer una garantía que el mercado no satisface.

Un aspecto particular de esta regulación que merece ser destacado es que la posición jurídica del usuario del transporte aéreo se vuelve a «administrativizar». Con la liberalización, la condición de usuario de servicio público fue reemplazada por la de cliente —típica de un mercado libre— que se desenvuelve conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios. Sin embargo, la decisión de encomendar la tutela del cumplimiento de esta normativa a un organismo que debe designar cada Estado miembro produce aquel efecto y, con ello, la intervención de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo que pasan a convertirse en garantes últimos de esos derechos. Quizás se esté ante una nueva manifestación del conflicto de jurisdicciones.

El segundo elemento fundamental de protección del ciudadano-pasajero es el mecanismo de las obligaciones de servicio público.

La premisa es distinta. Si antes se trataba de asegurar un alto nivel de protección en un mercado en funcionamiento. Ahora se pretende responder a situaciones de insuficiencia. Libre competencia sí; pero, en esos casos, los Estados pueden exigir suficiencia, regularidad, calidad y asequibilidad de los servicios prestados en algunas rutas con el objetivo de garantizar la movilidad de personas, empresas y bienes. El instrumento fundamental son esas obligaciones; hoy reguladas fundamentalmente, en

el Reglamento (CE) 1008/2008. Otra vez, el Derecho público como pieza nuclear del mercado del transporte aéreo.

La explicación de esta normativa se encuentra en el libro que se prologa. Con base en el reglamento citado, el Profesor González Sanfiel se ocupa de la condición subsidiaria de la intervención pública, pero al tiempo de su necesidad para garantizar la suficiencia de los servicios (capítulo primero). De su consecuencia primaria: la imposición de obligaciones de servicio público sobre los transportistas que operen en las rutas afectadas y del contenido de las mismas (capítulo segundo). Del modo en que se pueden imponer y exigir esas obligaciones (capítulo tercero). De su compensación económica cuando proceda (capítulo cuarto). También, de algo inevitable, la relación de este régimen con el de los aeropuertos, en especial, con la clave de su funcionamiento: los derechos de despegue y aterrizaje —los «slots»— (capítulo quinto).

El autor no se limita a explicar las reglas. Muchas cosas han pasado desde el primer paquete liberalizador (1987), muchas también desde el tercero (1992) que dio el impulso definitivo. De ahí que el análisis de esas normas lo haga a la luz de su funcionamiento real, con particular referencia a los numerosos supuestos en los que las obligaciones de servicio público se han activado en Francia, Italia, Portugal, Gran Bretaña y España. La búsqueda y manejo de esa documentación ha sido, sin duda, una labor minuciosa, en algún caso puede que incluso tediosa. Sin embargo, esa tarea es lo que da todo su valor a las páginas resultantes. Hoy, cualquier explicación de las obligaciones de servicio público requiere esa aproximación. Se trata de una categoría jurídica operativa, con sus ventajas y sus defectos, que deben ser conocidos y expuestos. Este entendimiento guía todo el libro.

En fin, a lo largo de sus páginas, el Profesor González Sanfiel demuestra un excelente manejo de conceptos y categorías jurídicas comunitarias que son las que dan sentido y coherencia a la legislación vigente. En particular, el autor recoge el guante del criterio interpretativo funcional que caracteriza todo el Derecho comunitario —el paradigma del organismo público como poder adjudicador—, y lo maneja con la prudencia debida, esto es, sin olvidar que el Derecho, aquí y en Bruselas, es ante todo certidumbre sobre lo que se puede y lo que no se puede hacer. La explicación es lúcida, exhaustiva y precisa. La lectura es fácil y sin

rupturas. El análisis es riguroso, argumentado y crítico. Se trata de una obra cuya lectura hace pensar y deja un poso de sugerencias e ideas. Poco más se puede pedir. En todo caso, una aclaración es fundamental: el autor utiliza el transporte aéreo como una excusa, si se quiere un caso que sirve de guía a la explicación. Pero, a juicio de quien suscribe, de lo que trata este libro es de las obligaciones de servicio público como técnica de equilibrio entre el mercado y el Estado. Y, desde esa dimensión, el autor y el libro merecen los mayores parabienes.

En La Laguna (Tenerife), primavera de 2010.

Francisco José VILLAR ROJAS
Catedrático de Derecho Administrativo

Introducción

El transporte aéreo se ha desarrollado en las últimas décadas de una forma abrumadora. El número de compañías aéreas, pasajeros, destinos y ofertas no ha dejado de crecer. La irrupción de nuevas fórmulas y estrategias empresariales, como las *low cost* o las reservas vía Internet, han abaratado considerablemente los precios, contribuyendo a ese crecimiento.

Ahora bien, a pesar de los indudables éxitos introducidos por la liberalización en este sector, no todo han sido ventajas. El aumento del tráfico aéreo ha generado también otros problemas. Uno de los principales es la congestión en los principales *hub* aeroportuarios europeos, lo que ha derivado en una pugna entre las compañías aéreas por acceder a los *slots* en los destinos más relevantes. El *grandfather right*, regla que rige la asignación de estos derechos, se ha convertido en una poderosa barrera de entrada al mercado. En buena medida esas dificultades han derivado en otras prácticas, no siempre respetuosas con el Derecho comunitario, llevadas a cabo por los aeropuertos regionales y algunas compañías aéreas no tradicionales. Después de varios pronunciamientos puntuales, como el caso *Charleroi*, la Comisión optó por establecer unas Directrices con las que abordar las ayudas de puesta en marcha y las ayudas a aeropuertos regionales.

En otros casos, los gestores aeroportuarios han llevado a cabo una política de descuento en las tasas aeroportuarias beneficiando a unas empresas en perjuicio de otras. Tras varios pronunciamientos judiciales, la Directiva sobre tasas aeroportuarias pretende poner coto a este tipo de prácticas. En fin, también varios informes de la Comisión han puesto de manifiesto la inaplicación e incumplimiento que se produce de la normativa que regula los derechos de los pasajeros frente a cancelaciones o retrasos de las compañías aéreas, colocándolos ante una práctica indefensión. En cualquier caso, el balance es positivo y la com-

petencia ha mejorado las posibilidades de viajar en avión a un precio razonable.

En realidad, la sociedad ha interiorizado el acceso a los servicios aéreos como algo normal de nuestra época, al igual que la telefonía móvil, el correo electrónico o Internet. Como sucede con otros servicios y recursos esenciales para la colectividad, el hecho de que la provisión de los mismos se realice por operadores privados en un mercado competitivo nos hace perder de vista con cierta facilidad aquella esencialidad. Por tal motivo, el Derecho, al mismo tiempo que potencia y beneficia que el mercado y la libre competencia satisfagan de una manera normal esos servicios, es consciente de la debilidad que en algunos casos tiene aquél para conseguir ese objetivo. Los economistas hablan entonces de los fallos del mercado, situación en la que puede subsumirse aquella en la que los servicios aéreos no son atendidos en determinadas rutas aéreas, fundamentales para la colectividad a la que sirven.

La respuesta del Derecho comunitario ante ello es el servicio de interés económico general y las obligaciones de servicio público. Se trata de un mecanismo que, como excepción al mercado, es excepcional y provisional. Una solución puntual que permite a los Estados seguir garantizando la prestación esencial cuando el mercado no lo hace. En su acepción ya clásica, son obligaciones impuestas a los operadores económicos que éstos no asumirían si sólo tuvieran en cuenta su propio interés comercial. Esto es posible en todos aquellos sectores económicos que proveen prestaciones esenciales, como lo es el transporte aéreo. La garantía de esa prestación puede llevar, incluso, a reconocer privilegios a favor del transportista aéreo, como el derecho de exclusiva en la prestación o la compensación económica por asumir aquellas obligaciones.

El tema es importante cualquiera que sea la perspectiva que se adopte. La Comisión europea da cuenta de que a finales del año 2009 más de 250 rutas aéreas se encuentran sometidas a este tipo de obligaciones, siendo Francia el país que más veces ha utilizado esta solución, seguido de Italia, Portugal y Reino Unido.

Las situaciones resultantes son muy variadas desde cualquier óptica. La diversidad de conexiones existentes (interiores, de región ultraperiférica con capital, interinsulares, etc.); unas operando en un mercado abierto (*open access to all carriers*); otras, en cambio, prestándose en régimen de exclusividad. Lo cierto es que también la prolongación en el tiempo de muchas de esas obligaciones, la estabilidad de la ruta aérea, expresan una situación con problemas estructurales alejada de la provisionalidad que caracteriza la medida. También la experiencia destaca la circunstancia de que, en la mayoría de los casos, sin exclusividad y compensación, aquellas obligaciones no quedan garantizadas. E, incluso, en algunos supuestos ni siquiera aquellos incentivos atraen a los transportistas aéreos.

También España aplica esta medida a algunas de sus rutas aérea. Así sucede en las conexiones interinsulares de los dos archipiélagos; las conexiones de Baleares con la península; la ruta aérea de Ceuta y Melilla con la península. En todos estos supuestos existe una tradición interna que ha protegido este tipo de conexiones y que bajo el amparo del Derecho comunitario han cobrado un nuevo respaldo. Es más, recientemente se ha creado la primera ruta área sometida a este tipo de obligaciones en el interior de la península para unir las ciudades andaluzas de Almería y Sevilla. Todo ello sin perjuicio de las bonificaciones que por razón de residencia sean aplicables a los pasajeros, perfectamente compatibles con aquellas obligaciones. El aspecto más negativo viene determinado por la incidencia de las tasas aeroportuarias sobre la tarifa de servicio público, perturbando la finalidad pública que aquellas obligaciones persiguen.

Este libro se dedica al estudio del régimen jurídico de estas obligaciones de servicio público en el transporte aéreo, sus requisitos y problemas que plantean. Pero lo hace teniendo presente el contexto general en el que se desenvuelven: el equilibrio entre las fuerzas del mercado y la satisfacción de una prestación esencial.

Deseo finalizar agradeciendo a la editorial Iustel la amable acogida que ha tenido esta obra, que personalizo en el Profesor

Santiago Muñoz Machado y en Jesús Jiménez Mejía. También a todos mis compañeros del grupo de La Laguna y a mi esposa, por su infinita paciencia. Al Profesor Villar Rojas por su permanente magisterio y apoyo, así como por el excelente prólogo que me ha regalado.

LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO
EN EL TRANSPORTE AÉREO

Capítulo Primero

El requisito de necesidad: la imposición de las obligaciones

1. Obligaciones de servicio público en el transporte aéreo en un entorno liberalizado

1.1. *El camino hacia la liberalización del transporte aéreo en la Unión Europea*

El fenómeno de liberalización de la economía llevado a cabo en la década de los años ochenta también tuvo su reflejo en el sector del transporte aéreo¹. Hoy en día existe una amplia bibliografía que da cuenta de ese proceso, de sus orígenes en la desregulación norteamericana, de sus virtudes, fallos y de su influencia en todo el mundo, en particular en el ámbito de la Unión Europea, coordinadas geográfico-políticas en donde se centra este estudio².

¹ Tempranamente en nuestra doctrina sobre estos fenómenos MARTÍN MATEO, R., *Liberalización de la economía (más Estado, menos Administración)*, Trivium, Madrid, 1988; ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado (crisis y reforma del sector público)*, Marcial Pons, Madrid, 1993. Explicando sus manifestaciones en el Reino Unido y comparándolo con lo acaecido en nuestro país, VILLAR ROJAS, F.J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993. Transcurrido el tiempo y una vez que el fenómeno se ha decantado, una excelente exposición de conjunto y de los problemas que se han generado ha venido de la mano de CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.

² Dentro de esa amplia bibliografía cabe citar a MORALES RODRÍGUEZ, J. R., *El transporte aéreo y la Comunidad Europea*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 1993; ADKINS, B., *Air transport and E. C. competition law*, Sweet & Maxwell, London, 1994; L. MARTÍN, P., «La desregulación del transporte aéreo en Europa y sus efectos sobre la estructura de mercado», en *Regulación y competencia en la Economía Española*, Civitas,

El punto de partida puede situarse en la adopción por la Unión Europea de los conocidos como tres paquetes de medidas liberalizadoras en materia de transporte aéreo (1987, 1990, 1992), que se desencadenó por dos factores: a) la influencia de la desregulación norteamericana, y b) la apuesta decidida del Tribunal de Justicia de la entonces CEE por aplicar el principio de libre competencia a dicho sector.

Por lo que respecta al primero de los factores, se esgrime como la principal razón político-económica que presionó a Europa para que, igualmente, abriera su mercado de transporte aéreo. En los EEUU aquella se había originado con la *Airline deregulation Act* de 1978, lo que dio al traste con la política de dirigismo y control público que se había apoyado en el Convenio Internacional de Aviación Civil firmado en Chicago

Madrid, 1995, pp. 123 y ss.; BETANCOR, O., y JORGE CALDERÓN, J. D., «Efectos de la desregulación del transporte aéreo en España», en *La regulación de los transportes en España*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 37 y ss.; GOH, J., *European air transport law and competition*, Jhon Wiley & Sons Ltd., England, 1997; CERVANTES CERVANTES, M.², «Evolución normativa de la liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 1997, pp. 81 y ss.; CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Desregulación del sector aéreo y Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 4, 1998, pp. 9 y ss.; también publicado como «El Derecho europeo de la competencia y el transporte aéreo internacional», en *Seminario sobre Derecho aeronáutico*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1999, pp. 39 y ss.; PETIT LAVALL, V., *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GÓMEZ PUENTE, M., «Ordenación jurídico-administrativa de los servicios de transporte aéreo», en *Transporte y Competencia*, obra dirigida por FERNÁNDEZ FARRERES, G., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 37 y ss.; *idem*, *Derecho Administrativo Aeronáutico*, Iustel, Madrid, 2006; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo: alcance y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2005; CÁCERES ALVARADO, R., «Las políticas económicas de liberalización de la industria europea del transporte aéreo regular», en MARTÍNEZ SANZ, F., y PETIT LAVALL, M.²V. (dirs.), *Estudios de Derecho y Economía del Transporte: reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 559 y ss. También debe destacarse la Comunicación de la Comisión, *El sector europeo del transporte aéreo: del mercado único a la arena mundial*, COM (1999) 182, que realiza una valoración global de este fenómeno y se plantea los principales obstáculos que ha encontrado la liberalización en este sector.

el 7 de diciembre de 1944 y en el sistema de convenios bilaterales³.

En cuanto al segundo de los aspectos apuntados, el artículo 84.2 del TCEE encomendaba al Consejo el desarrollo de las políticas comunitarias en materia de transporte aéreo y marítimo, además, por unanimidad. Las dudas sobre el verdadero alcance de dicha previsión y una inacción del Consejo provocaron que el transporte aéreo quedara fuera inicialmente de las reglas de la libre competencia⁴.

La Sentencia del TJCE de 4 de abril de 1974 abrió una brecha en esa concepción⁵, al entender que tanto el transporte marítimo como el aéreo, si bien se sustraían a las reglas del Título IV (en la actualidad Título V), estaban sometidos a las normas fun-

³ En este sentido CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Desregulación del sector aéreo...», *op. cit.*, p. 20. Para BETANCOR, O., y JORGE CALDERÓN, J. D., la desregulación genera hasta seis diferentes estrategias relacionadas entre sí: a) la adopción de sistemas radiales de rutas; b) el fortalecimiento de una empresa en el aeropuerto eje (*hub*); c) fusiones y adquisiciones; desarrollo de sistemas de reserva computarizados; d) gerencia del *yield* (ingresos por asiento); e) lanzamiento de programas para viajeros frecuentes; f) programa de comisiones para agencias de viaje (BETANCOR, O., y JORGE CALDERÓN, J. D., «Efectos de la desregulación del transporte aéreo en España», *op. cit.*, p. 54). El modelo de acuerdos bilaterales ha sido declarado contrario al Derecho comunitario por los Tribunales de Justicia, lo que ha obligado a establecer una política comunitaria sobre el cielo único europeo. Una valoración de la importante Sentencia de 5 de noviembre de 2002 en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Hacia una política transatlántica de cielos abiertos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003, pp. 241 y ss. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 109-113.

⁴ PETIT LAVALL, V., *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, *op. cit.*, pp. 56-61; GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho administrativo aeronáutico*, *op. cit.*, pp. 387-388; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo...*, *op. cit.*, pp. 92-93. CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., señalan como razones de la falta de desarrollo de dicha política por parte del Consejo: 1) el régimen de monopolio controlado por los Estados miembros; 2) la calificación de servicio público del transporte aéreo, y 3) la situación de crisis de los operadores aéreos públicos en Europa, «El derecho europeo de la competencia...», *op. cit.*, p. 55.

⁵ Asunto 167/73, Comisión de la CEE contra Francia, caso «*Marinos mercantes franceses*».

damentales y generales del Tratado en tanto no se dispusiera lo contrario. Esta decisión judicial dio pie a la formulación de una embrionaria política comunitaria del transporte aéreo por parte de la Comisión Europea, que quedó plasmada en sendos Memoranda de 1979 y 1984, respectivamente⁶. En el segundo Memorando ya se planteaba la posibilidad de aplicar progresivamente una liberalización en el transporte aéreo.

Con ese precedente, la Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986 (*Nouvelles Frontières*)⁷ puede considerarse como desencadenante del primer paquete de medidas liberalizadoras en el transporte aéreo. En ella el Tribunal declaró aplicable a ese sector las normas sobre competencia del Tratado (entonces los arts. 85 a 90)⁸.

Esta decisión, unida a las propuestas contenidas en el segundo Memorando citado, dan vía a libre para adoptar las medidas liberalizadoras en el transporte aéreo, materializándose en los mencionados tres paquetes, cuyas principales notas se exponen a continuación.

⁶ Primer Memorando, de 3 de julio de 1979, «Contribución de la Comunidad Europea al desarrollo de los servicios de transporte aéreo», COM (79) 311, final y segundo Memorando, de 15 de marzo de 1984, «Avance hacia el desarrollo de una política comunitaria sobre el transporte aéreo», COM (84) 72 final. El primero tuvo un carácter puramente testimonial, siendo mayores los efectos en el segundo de ellos.

⁷ Asuntos acumulados 209 a 213/84.

⁸ El Tribunal de Policía de París planteó una cuestión prejudicial en el marco de unas actuaciones penales contra responsables de compañías aéreas y agencias de viajes que habían aplicado tarifas para la venta de billetes de transporte aéreo no homologadas por parte de las autoridades administrativas francesas en aplicación de su normativa interna. La posición del Gobierno francés, en relación con la Sentencia de 4 de abril de 1974 antes citada, fue que la misma se refería únicamente a las normas contenidas en la segunda parte del Tratado relativa a los fundamentos de la Comunidad y no podía trasladarse a las normas de competencia, que estarían comprendidas en la tercera parte del mismo Tratado, relativa a la política de la Comunidad. La otra parte, así como el Tribunal, entendieron que las normas sobre competencia en el mercado eran de aplicación al transporte aéreo.

1.2. *La implantación progresiva de la liberalización: los paquetes liberalizadores*

Una vez que los diferentes acontecimientos desencadenan la necesidad de liberalizar el transporte aéreo, se decide que el cambio de modelo debe realizarse de manera gradual. Los problemas y excesos acaecidos en los Estados Unidos aconsejaban adoptar una posición más prudente. A esa filosofía responden las sucesivas reformas comunitarias que van abriendo a la competencia los servicios de transporte aéreos⁹.

El primer paquete se adoptó el 14 de diciembre de 1987 y afectó exclusivamente al transporte regular intracomunitario, excluyéndose expresamente los servicios *charter* y el transporte aéreo con terceros países. Dentro del mismo se fijaron normas sobre el acceso a las rutas intracomunitarias, capacidad de las aeronaves y procedimiento para la fijación de las tarifas, así como normas para el desarrollo de la competencia en el transporte aéreo y sobre determinados acuerdos y prácticas¹⁰.

⁹ A la hora de exponer las diferentes medidas que abarca cada paquete liberalizador, la mayoría de la doctrina sigue el criterio propuesto por MORALES RODRÍGUEZ, que diferencia dentro de cada paquete dos bloques, según las disposiciones se fundamenten en el artículo 80.2 (*ex art.* 84.2) —dentro del ámbito de la política común de transportes— o en el artículo 83 (*ex art.* 87) —dentro del ámbito de la libre competencia— (MORALES RODRÍGUEZ, J. R., *El transporte aéreo y la Comunidad*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.). En esta línea, CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Derecho europeo de la competencia y el transporte aéreo», *op. cit.*, pp. 121 y ss.; PETIT LAVALL, M.² V., *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, *op. cit.*, pp. 158 y ss.; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo...*, *op. cit.*, pp. 96 y ss. Centrándose en las diferentes medidas, GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho administrativo aeronáutico*, *op. cit.*, pp. 393 y ss.

¹⁰ En concreto, las disposiciones que se encuadran dentro de este primer paquete fueron, por lo que respecta al *primer bloque*: a) Directiva 87/601/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, sobre tarifas par el transporte aéreo regular entre los Estados miembros; b) Decisión del Consejo 87/602/CEE, de 14 de diciembre de 1987, relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros y el acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros.

El segundo paquete fue aprobado el 24 de julio de 1990 y supuso un ajuste sobre el anterior. Se impone un triple sistema de aprobación de tarifas y se flexibilizan los requisitos sobre capacidad de los aviones. Al mismo tiempo se introducen algunas modificaciones sobre determinadas prácticas y acuerdos¹¹.

En cuanto al *segundo bloque*: a) Reglamento (CEE) 3975/87 del Consejo, de 14 de diciembre, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo. Este Reglamento fue desarrollado por el Reglamento (CEE) 4261/88 de la Comisión, de 16 de diciembre, relativo a las denuncias, solicitudes y audiencias que prevé el Reglamento 3975/87; b) Reglamento (CEE) 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo. A su vez, este Reglamento fue desarrollado por el Reglamento 2671/88 de la Comisión, de 26 de julio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos empresariales, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de capacidades, el reparto de ingresos, las consultas relativas a las tarifas en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos; el Reglamento 2672/88 de la Comisión, de 26 de julio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo; y el Reglamento 2672/88 de la Comisión, de 26 de julio, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos empresariales, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas a los servicios de asistencia en escala.

¹¹ Siguiendo el criterio anterior, dentro del *primer bloque* se insertan: a) Reglamento (CEE) 2342/90 del Consejo, de 24 de julio, sobre las tarifas de los servicios aéreos regulares —triple sistema de aprobación de tarifas—; b) Reglamento (CEE) 2343/90, de 24 de julio, relativo al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares intracomunitarios y a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías en servicios aéreos regulares entre Estados miembros —este Reglamento sustituyó a la Decisión 87/602/CEE y a la Directiva 83/416/CEE—. Por su parte, dentro del *segundo bloque* se encontraban: Reglamento (CEE) 2344/90 del Consejo, de 24 de julio, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 3976/87, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo. Este Reglamento fue desarrollado por: 1) Reglamento (CEE) 84/91 de la Comisión, de 5 de diciembre de 1990, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de las capacidades, las consultas relativas a horarios en los aeropuertos; 2) Reglamento (CEE) 83/91 de la Comisión, de 5 de diciem-

De ahí se da paso al tercer paquete, que, debido a su importancia, se ha calificado como el «núcleo duro de la liberalización». Aquí se encuentran los Reglamentos 2407, 2408 y 2409, todos del año 1992¹².

bre de 1990, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas relativos a los servicios de asistencia en escala. También se desarrolló el Reglamento (CEE) 3976/87 a través de: 1) Reglamento (CEE) 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil; 2) Directiva 92/14/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1992, relativa a la limitación de uso de aviones objeto del Anexo 16 del Convenio relativo a la aviación civil internacional, vol. I, parte II, capítulo 2, 2.ª ed., 1988; 3) Reglamento (CEE) 1284/91 del Consejo, de 14 de mayo, que modifica el Reglamento (CEE) 3975/87, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para el sector del transporte aéreo (reforzó las medidas de competencia que establecía el Reglamento 3975/87).

Asimismo, se adoptaron otras medidas como: a) Reglamento (CEE) 295/91 del Consejo, de 4 de febrero, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque —derogado—; b) Directiva 91/670/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, sobre aceptación recíproca de las licencias del personal que ejerce funciones en la aviación civil; c) Reglamento (CEE) 3925/91 del Consejo, de 19 de diciembre, relativo a la supresión de los controles y formalidades aplicables a los equipajes de mano y a los equipajes facturados de las personas que efectúen un vuelo intracomunitario, así como a los equipajes de las personas que efectúen una travesía marítima intracomunitaria, y d) Reglamento (CEE) 294/91 del Consejo, de 4 de febrero, relativo al funcionamiento de los servicios de carga entre Estados miembros.

¹² Dentro del primer bloque se encuentran: a) Reglamento (CEE) 2407/92 del Consejo, de 23 de julio, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas; b) Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo, de 23 de julio, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias —deroga los Reglamentos 2343/90 y 294/91—, y c) Reglamento (CEE) 2409/92 del Consejo, de 23 de julio, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos —sustituye al Reglamento 2342/90—. El *segundo bloque* lo constituyen: a) Reglamento (CEE) 2410/92 del Consejo, de 23 de julio, que modifica el Reglamento 3975/87, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo; b) Reglamento (CEE) 2411/92 del Consejo, de 23 de julio, por el que se modifica el Reglamento 3976/87, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo; c) Reglamento (CEE) 1617/93, de 25 de junio, sobre planificación y coordinación de capacidades, con-

El primero de ellos [Reglamento (CEE) 2407/92] regulaba la licencia de explotación, que es la autorización expedida por un Estado miembro para poder prestar los servicios de transporte aéreo de pasajeros, correo o/y carga a cambio de una remuneración y/o pago de un alquiler, para lo cual se debe estar en posesión de un certificado de operador aéreo (AOC). Este certificado acredita la capacidad profesional y la organización para garantizar la operación de las aeronaves en condiciones seguras.

Por su parte, el Reglamento (CEE) 2408/92 regulaba los derechos de tráfico aéreos, entendiéndose por tal el que permite aquellos servicios aéreos entre aeropuertos comunitarios¹³. A juicio de la STJUE de 26 de junio de 2001, el citado Reglamento «tiene precisamente por objeto eliminar, en lo que respecta al transporte aéreo, las restricciones a la libre competencia de servicios en el marco de la política común de transporte definida en los artículos 74 del Tratado CE (actualmente art. 70 CE) y 75 del Tratado CE (actualmente art. 71 CE, tras su modificación) con arreglo al artículo 84, apartado 2, del Tratado, que encomienda al Consejo la adopción de medidas apropiadas para la navegación aérea»¹⁴. Dicha disposición previó la aplicación de tales obligaciones y ha sido la de más amplia aplicación (art. 4).

Por último, el Reglamento 2409/92 reconoció el principio de libertad en la fijación de precios en las tarifas aéreas, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros de establecer un sistema de registro o comunicación (art. 5).

sultas de tarifas y asignación de períodos horarios, y d) Reglamento (CEE) 3652/93, sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo, que modificó el Reglamento (CEE) 83/91.

Esto se completa con disposiciones relativas a la asignación de *slots* —Reglamento (CEE) 95/93, relativo a normas comunes para la asignación de las franjas horarias en los aeropuertos comunitarios— y sobre la liberalización de los servicios de *handling* —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—.

¹³ Sobre la autorización para el transporte aéreo, *vid.* GÓMEZ PUENTE, M., «La licencia de transporte aéreo», *RAP*, n.º 151, 2000, pp. 167 y ss.; *idem*, *Derecho administrativo aeronáutico*, *op. cit.*, pp. 467 y ss.

¹⁴ Asunto C-70/99, apartado 21.

El último hito —el cuarto paquete— en dicha evolución lo constituye el Reglamento (CEE) n.º 1008/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida).

Como su propio nombre indica, esta norma refunde en un único texto los Reglamentos más relevantes del denominado tercer paquete, procediendo a su derogación¹⁵, al mismo tiempo que introduce diversas modificaciones. Algunas de éstas afectan a las funciones de supervisión de la normativa aérea, a la eliminación de restricciones sobre vuelos en códigos compartidos, a la determinación de las tarifas para que indiquen el precio definitivo o la clarificación y simplificación de las normas vigentes sobre distribución del tráfico aéreo. Pero también, por lo que interesa a este estudio, a las obligaciones de servicio público. En concreto, la Exposición de Motivos destaca la idea general que motivó la reforma en este ámbito:

«Las condiciones en que pueden imponerse obligaciones de servicio público deben estar definidas de forma clara e inequívoca, y los correspondientes procedimientos de licitación deben estar abiertos a la participación de un número suficiente de competidores. La Comisión debe poder estar en condiciones de obtener toda la información necesaria para examinar las justificaciones económicas de las obligaciones de servicio público en casos concretos»¹⁶.

La regulación de estas obligaciones se encuentra ahora en los artículos 16 (*principios generales de las obligaciones de servicio público*), 17 (*procedimiento de licitación para las obligaciones de servicio público*) y 18 (*examen de las obligaciones de servicio público*)¹⁷. A su análisis se dedica este trabajo.

¹⁵ El artículo 27 deroga los Reglamentos (CEE) n.ºs 2407/92, 2408/92 y 2409/92.

¹⁶ Exposición de Motivos del Reglamento (CE) 1008/2008, apartado 12.

¹⁷ Previstas antes en el artículo 4 del Reglamento (CEE) 2408/92, aunque sin el desarrollo que le da el Reglamento vigente.

2. El transporte aéreo como servicio de interés económico general

2.1. *Fundamento de las obligaciones: fallo del mercado en la provisión de un servicio esencial*

Al tiempo que los servicios aéreos se someten a las reglas de la libre competencia, se reconoce que algunas rutas pueden ser desatendidas o inadecuadamente cubiertas con perjuicio para los usuarios. Por ello, se admite que, excepcionalmente, sea necesario imponer unas obligaciones de servicio público en determinadas rutas aéreas.

Las cautelas no eran extrañas si tenemos en cuenta la situación de partida, unos servicios de transporte aéreo controlados por los Estados a través de sus compañías de bandera y en donde toda la actividad se calificaba como servicio público. Por tal motivo, en este nuevo escenario habrá que justificar, en cada caso, que la imposición de tales obligaciones se reputa necesaria y proporcional para ejecutar las tareas atribuidas; que de otro modo no puede satisfacerse la misión encomendada (requisito de necesidad)¹⁸. La razón es un temor fundado a que dicha técnica no desvirtúe aquella liberalización, exigiendo que se constate efectivamente la existencia de una verdadera y real situación de necesidad que, por otro lado, no puede ser satisfecha por otros medios menos lesivos para la competencia¹⁹. Esta exigencia se proyecta

¹⁸ Destacado como tal en la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (2005/842/CE), DOUE de 29-11-2005. También resaltado por CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión europea*, Colex, 2003, p. 612.

¹⁹ Éste es uno de los temores mostrados por los economistas, en dicho sentido DE RUS, G., y CAMPOS, J., «Los fundamentos económicos de la política de transporte europea: un análisis crítico», *Investigaciones Regionales*, n.º 7, Asociación Española de Ciencia Regional, Alcalá de Henares, 2005, p. 214. Ese temor lo

en una doble dirección: la acreditación de la necesidad y la configuración y extensión de las obligaciones concretas que se impongan.

Así se hizo ya en el segundo paquete y se perfeccionó en el tercer paquete a través del Reglamento (CEE) 2408/92, que sustituyó y derogó al anterior. La reforma operada por el Reglamento (CE) 1008/2008 profundiza en su aplicación²⁰.

Aquellas obligaciones fueron definidas como «*cualquier obligación de servicio impuesta a una compañía aérea para que adopte, con respecto a cualquier ruta para la que un Estado miembro le haya expedido una licencia, todas las medidas necesarias para garantizar la prestación de un servicio que cumpla determinadas normas relativas a continuidad, regularidad, capacidad y precio que la compañía aérea no asumiría si únicamente tuviera en cuenta su interés comercial*»²¹. Este concepto desa-

expresó también la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento (CEE) sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos de la Comunidad, COM (2006) 296 final, que desembocó en el Reglamento (CE) 1008/2008.

²⁰ A ello contribuye también a que el propio Tratado de Funcionamiento UE reconozca expresamente que en el sector de los transportes puedan surgir problemas en la aplicación de las normas de la competencia y sea necesario imponer obligaciones de servicio público que sea preciso compensar (art. 93 del Tratado de Funcionamiento UE, antes art. 73).

²¹ Artículo 2, apartado o), del derogado Reglamento (CEE) 2408/92. El artículo 4 se encargó de precisar la forma y condiciones en que podían llegar a imponerse tales obligaciones. Los principales cambios introducidos por el Reglamento (CEE) 2408/92 respecto a su predecesor en esta materia, el Reglamento (CEE) 2343/90, se centran en la delimitación territorial de las obligaciones y en un mayor desarrollo del régimen de licitación. Precisamente sobre extremos vuelve a pronunciarse la reforma efectuada por el Reglamento (CE) 1008/2008. Para el transporte aéreo, Máximo DEIANA habla de un «correctivo del sistema de libre prestación de servicios con exigencias sociales, correctivo que es similar a todas las modalidades de transporte, asumiendo nombres diversos, graduaciones diversas, métodos de aplicación diversa (DEIANA, M., «Liberalización del transporte aéreo en la Unión Europea y obligaciones de servicio público», en *Estudios sobre Derecho y Economía del transporte...*, op. cit., p. 615). En este mismo sentido advierten ORTEGA ÁLVAREZ, L., y ARROYO JIMÉNEZ, L., que dentro de los servicios económicos «es perfectamente compatible con el hecho evidente de que los servicios públicos que resaltan subsumibles en esta categoría no están sometidos a un régimen jurídico común y uniforme en lo que hace a todos sus extremos. Dentro del género es posible identificar diversas especies que se caracterizan porque sus regímenes jurídicos presentan

parece de la tabla de conceptos con la reforma, lo que no impide seguir utilizándolo siquiera sea a modo de noción genérica sobre el alcance de tales obligaciones. Ello viene avalado porque la técnica no es exclusiva del transporte aéreo y está presente en otros sectores económicos, tales como los transportes terrestres o marítimos, las telecomunicaciones, la energía o los servicios postales. La finalidad es idéntica, aunque puede adoptar la forma de servicio universal, y los procedimientos para su aplicación pueden ser diversos²². Así lo reconoció la STPI de 12 de febrero de 2008 (caso BUPA, asunto T-289/03) cuando afirmó que «no se deriva del Derecho comunitario que, para poder ser

una mayor proximidad entre sí, ya sea porque se trate de sectores de actividad cercanos (así, por ejemplo, los servicios públicos económicos con estructura de red) o porque su regulación normativa descansa en el uso de los mismos poderes de intervención (este es el caso de los servicios públicos reservados)» (ORTEGA ÁLVAREZ, L., y ARROYO JIMÉNEZ, L., «La externalización de los servicios públicos económicos», en *Le externalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnolo, Genova, 25-27 maggio 2006, Bologna University Press, 2007, p. 128).

²² Una visión general sobre los servicios de interés económico general en nuestra doctrina puede obtenerse en VILLAR EZCURRA, J. L., *Derecho administrativo especial*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1999; ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, 4 vols., Civitas, Madrid 1998; *idem*, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.ª ed., t. I, Iustel, Madrid, 2006, pp. 1163 y ss.; SOUVIRON MORENILLA, J. M.ª, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, especialmente pp. 249 y ss.; GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S., *Los mercados de interés general: Telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.ª Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, INAP, Madrid, 2003; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M.ª, «Idea de servicios de interés económico general», en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 677-686; *idem*, «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en MUÑOZ MACHADO, Santiago, y ESTEVE PARDO, José (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, t. I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 409-424; CARLON RUIZ, M., «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en la misma obra anterior, pp. 463 y ss.; MONTERO PASCUAL, J. J., «Régimen jurídico de los servicios de interés económico general», en la obra coordinada por él mismo, *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 13-38; ampliamente, LAGUNA DE PAZ, J. C., *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.

calificado SIEG²³, el servicio de que se trate deba constituir un servicio universal en sentido estricto (...). El concepto de servicio universal, en el sentido del Derecho comunitario, no implica que el servicio de que se trate deba responder a una necesidad común del conjunto de la población o ser prestado en la totalidad del territorio (...). Estas características corresponden al tipo de SIEG clásico y más usual en los Estados miembros, ello no excluye la existencia de otros tipos de SIEG también lícitos que los Estados miembros, puedan válidamente optar por crear dentro del ejercicio de su potestad discrecional²⁴. Remachando dicha idea, el Tribunal concluye que «el hecho de que las obligaciones SIEG de que se trate sólo tengan un ámbito de aplicación territorial o material restringido o de que los servicios afectados sólo beneficien a un grupo relativamente restringido de usuarios no priva necesariamente de carácter universal a un misión SIEG en el sentido del Derecho Comunitario»²⁵. La aplicación de esta doctrina al transporte aéreo es perfectamente válida a la hora de entender cómo funcionan las obligaciones de servicio público en este sector, tal y como se verá más adelante.

¿Por qué resulta necesario establecer obligaciones de servicio público en el transporte aéreo? Generalmente, los economistas han justificado la necesidad de intervención del Estado en la existencia de fallos del mercado, lo que puede generarse por diversas causas. Entre éstas se encuentra los fallos de la competencia, cuyo ejemplo más paradigmático es la posición de dominio derivada de una situación de monopolio natural, aunque no el único²⁶.

²³ Servicio de interés económico general.

²⁴ Apartado 186.

²⁵ Apartado 187.

²⁶ Entre las diferentes explicaciones existentes, según el premio Nobel en Economía Joseph E. Stiglitz, los fallos del mercado que justificarían la intervención del Estado serían: 1) los fallos en el competencia, sobre todo en materia de monopolios naturales; 2) la provisión de bienes públicos (entendido aquí como necesidades públicas, por ejemplo, la defensa); 3) las externalidades; 4) los mercados incompletos; 5) los fallos de la información; 6) el paro, la inflación, el desequilibrio; 7) la redistribución y los bienes preferentes (STIGLITZ, J. E., «El papel del sector público», en *La economía del sector público*, Antoni Bosch Editor, traducción de la obra *Economics of the public sector*, Barcelona, 1988, pp. 102 y ss.). También, desde una perspectiva económica, puede consultarse SERRANO SANZ, J. M., «La regulación como instrumento de política económica», en *Regulación y competencia en la economía espa-*

Dentro de esos fallos del mercado también se incluye el supuesto en que puede producirse un abandono o no provisión de segmentos no rentables que pongan en peligro objetivos sociales²⁷, situación en la que encuentran fácil acomodo las obligacio-

ñola, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.; COSTAS, A., y BEL, G., «Regulación y desregulación en la economía europea actual», en la misma obra anterior, pp. 33 y ss. Desde una perspectiva jurídica y centrándonos en nuestra doctrina, sobre el papel del Estado en materia económica y la nueva función reguladora, es clásico el trabajo de ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado (crisis y renovación del sector público)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, al que le han seguido otros muchos trabajos, por ejemplo, junto a LÓPEZ DE CASTRO, L., *Competencia en sectores regulados*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003. Insistiendo en tales ideas, *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, Thomson-Aranzadi, 2007.

Proyectado sobre los servicios públicos, las aportaciones de este mismo autor, junto a DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Poniendo de manifiesto la necesidad de regular después de los procesos de privatización, dando cuenta de la bibliografía económica anglosajona, VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, op. cit., pp. 145 y ss. Un tratamiento amplio de esta idea en *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Comares, Granada, 2004. SAUTER, W., «Services of general economics interest and universal service in EU law», en *European Law Review*, vol. 33, n.º 2, 2008, pp. 167 y ss. También destacando la regulación por razón de servicio público. SENDÍN GARCÍA, M. A., *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.

Un planteamiento general de esta técnica en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, op. cit., pp. 1193 y ss.; TORNOS MÁS, J., «La actividad de regulación», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1329 y ss.; DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 123 y ss.; ESTEVE PARDO, J., «La regulación de la economía desde el Estado garante», en *La autonomía municipal, Administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 79 a ss.; MALARET I GARCÍA, E., «Administración pública y regulación económica», en la misma obra anterior, pp. 127 y ss.; FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 69 y ss. Todo ello se ha visto ampliado por la monumental obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, Santiago, y ESTEVE PARDO, José (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, t. I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, obra que se desarrolla en otros tomos por sectores de la actividad económica. Con visión de futuro sobre algunos de los remedios para su mejora, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

²⁷ SERRANO SANZ, J. M., «La regulación...», op. cit., pp. 25-26.

nes aquí consideradas. Así se desprende del propio concepto utilizado por la normativa cuando señalaba que determinadas condiciones en la prestación del servicio «la compañía aérea no asumiría si únicamente tuviera en cuenta su interés comercial». Ante ese anómalo funcionamiento del mercado, las obligaciones de servicio público surgen como excepción al principio general de libre competencia²⁸.

La explicación debe ser objeto de matización, ya que no se trata sólo de la deficiente provisión de un servicio sometido a las reglas de la competencia, sino que ese servicio satisface objetivos de carácter social que el mercado por sí mismo no es capaz de proporcionar, al menos para una parte de la colectividad. De esta manera, para ese sector de la sociedad, el acceso a ese servicio se convierte en algo esencial, de lo que depende, en este caso, un nivel adecuado de movilidad²⁹. Para valorar esa esencialidad se deben tener en cuenta una multiplicidad de factores en cada caso, tal y como se desarrollará. La garantía de un nivel adecuado de servicio se convierte así en una misión de interés general que el poder público debe garantizar³⁰.

²⁸ Éste es un planteamiento bastante extendido, entre otros, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (un ensayo de prospectiva jurídica)», en *El nuevo servicio público*, op. cit., pp. 78-79; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 491-493; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y Mercado*, I (Los fundamentos), Civitas, Madrid, 1998, pp. 189-201; *idem*, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, op. cit., pp. 1163 y ss.; *idem*, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en *Derecho de la Regulación Económica*, t. I, op. cit., pp. 68 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *RAP*, n.º 150, 1999, pp. 68 y ss.

²⁹ Insistiendo en esta idea de esencialidad, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «Nuevo sistema conceptual», en ARIÑO ORTIZ, G. (COORD.), «Privatización y liberalización de servicios», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 3, 1999, p. 145; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.ª Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op. cit., pp. 302 y ss.; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Servicios de interés económico general*, op. cit., pp. 37-38.

³⁰ Sobre esta idea de la Administración como garante de estas prestaciones esenciales, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Tres postulados para el nuevo servi-

El proceso lógico-jurídico que debe llevar a un Estado miembro a imponer tales obligaciones y su configuración se debe basar en una secuencia determinada por los siguientes pasos:

- a) Acreditación de la deficiencia del mercado.
- b) Imposibilidad de cubrir esa deficiencia con otros medios.
- c) Decisión de que el medio adecuado para cubrir esa necesidad es la imposición de tales obligaciones.
- d) Delimitación e imposición de las obligaciones con proporcionalidad.

En consecuencia, para que un Estado miembro pueda imponer obligaciones de servicio público debe darse una falta acreditada de servicios aéreos en una ruta determinada. Esto constituye una situación que puede ser determinada en cada caso en atención a las diferentes circunstancias concurrentes. Es algo que se puede medir, probar, constatar. No puede basarse en conjeturas o suposiciones, sino en un análisis con rigor de esa situación que determine con criterios técnicos que se da efectivamente esa falta adecuada de servicios. Esto es lo que se conoce como con-

cio público», *El nuevo servicio público*, op. cit., pp. 156-163; GONZÁLEZ SANFIEL, A., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 131-136. Ésta es una posición con amplio respaldo, en este sentido, GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, «La nueva regulación del mercado del gas natural», *RAP*, n.º 148, 1999, p. 44. También MUÑOZ MACHADO cuando afirma: «Al Estado le interesa, en esta situación, asegurar que estas prestaciones en beneficio de los ciudadanos se mantengan. Pero ahora no las ofrece directamente. Las exige a las empresas y tiene que asegurar que las cumplen. Las empresas, por su lado, soportan imposiciones que no se limitan, como antes, a la evitación de comportamientos dañinos para el interés general sino, en positivo, prestaciones que son irrenunciables para la distribución equitativa de los recursos disponibles y el mantenimiento igualitario del nivel de bienestar alcanzado. El Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (*Gewährlistungstaad*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia (de la que se espera que por sí misma provea los bienes y servicios necesarios), y cumplan las misiones de servicio público que se les confien» (MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación», op. cit., p. 18). En esa misma línea, LAGUNA DE PAZ, J. C., *Los servicios de interés económico general*, op. cit., pp. 377-378.

cepto jurídico indeterminado³¹. Por tal motivo, no sorprende que se le pueda exigir al Estado miembro que aporte, como veremos, los análisis en que basa su decisión. En definitiva, «debe poder demostrarse la existencia de una necesidad real de servicio público»³².

La existencia de esa situación no obliga por sí misma al Estado miembro a imponer las obligaciones de servicio público. En primer lugar, porque si existe otra vía menos lesiva, se preferirá esta solución; en segundo lugar, porque el ejercicio de esta potestad tiene carácter discrecional, estando entre las distintas opciones no ejercer la potestad. Ante esa falta de ejercicio no existe ninguna medida que obligue a la Administración a imponer tales obligaciones³³. Ni otra Administración ni un colectivo afectado

³¹ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados es cita obligada la obra de SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976; sobre su diferencia con las potestades discrecionales el control de este tipo de potestades, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 14.ª ed., t. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 473 y ss.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2001, asunto C-205/99 (*Analir*).—apartado 34—. Cfr. VILLAR ROJAS, F. J., «Las técnicas administrativas de garantía de las obligaciones de servicio público», *REDETI*, n.º 11, 2001, pp. 35 y ss.

³³ A esta facultad discrecional alude la Comunicación de la Comunicación *Los Servicios de interés general en Europa*, COM (2000) 580 final (apartado 22), interpretación que se da por buena en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005 (asunto T-17/02, *Fred Olsen*, apartado 216). También el Libro Verde sobre los Servicios de Interés General, COM (2003) 270 final, cuando señala que «la definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general incumbe primariamente a las autoridades nacionales, regionales o locales» (apartado 31). No obstante, a nivel de declaración política se están dando pasos en el sentido de otorgar un mayor protagonismo a los ciudadanos comunitarios en relación a esta clase de servicios. En este sentido cabe situar el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2000, al señalar que «La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión». Su comentario en MARTÍN-RETORTILLO, L., «El derecho de acceso a los servicios de interés económico general», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 494 y ss.; LÓPEZ

ni, menos aún, un ciudadano tienen legitimación para exigir aquel establecimiento.

Ello no significa que no existan algunas vías para que la colectividad u otras Administraciones públicas interesadas se dirijan a la Administración competente para que valore el establecimiento de aquellas obligaciones. Aquella preocupación o necesidad puede motivar que los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones de consumidores o usuarios, puedan ejercer el derecho de petición. De esta forma cabría solicitar que en una determinada ruta se implanten tales obligaciones de servicio público. De otra parte, las autoridades políticas locales o regionales podrían hacer llegar, igualmente, al órgano competente para establecer tales obligaciones su posición al respecto. Los instrumentos son deficientes, en cuanto no confieren un derecho subjetivo o interés legítimo tutelable; pero esos son los limitados instrumentos que, hasta el momento, se han reconocido en esta materia.

Evidentemente, desde el punto de vista de *lege ferenda* nada impediría que las normas administrativas o procesales legitimaran a determinadas entidades o a los propios ciudadanos para que pudieran exigir administrativa o judicialmente la imposición de tales obligaciones. Tampoco es la panacea, teniendo en cuenta el tiempo de reacción de los tribunales de lo contencioso-administrativo y los recelos existentes cuando se inicia una acción de esta naturaleza.

2.2. *Las obligaciones de servicio público como técnica para garantizar la prestación esencial*

La técnica jurídica para garantizar esa prestación esencial, ese servicio de interés económico general, es el establecimiento de

ESCUADERO, M., «Acceso a los servicios de interés económico general», en MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, 2008, pp. 607-620.

obligaciones de servicio público. Lo que ha hecho el Derecho derivado es concretar la forma en que tales obligaciones son admisibles en el transporte aéreo, desarrollando la habilitación genérica contenida en el artículo 106.2 (*ex* 86.2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁴. Este precepto señala:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad».

Aunque ni este ni otro precepto recojan en sí mismo un concepto de esta clase de servicios, éstos se han definido como *«los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general. Se tiende así a abarcar ámbitos como las redes de transporte, la energía y las comunicaciones»*³⁵. Al amparo de esa previsión general, lo que hace la normativa comunitaria reguladora del transporte

³⁴ Sobre los precedentes del precepto y los cambios que se han barajado introducir con amplia bibliografía extranjera, GARCÍA DE COCA, J. A., «Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 232, 2004, pp. 7-29. Como destaca MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «el Tratado de la Comunidad Europea ha sido desde el principio sensible a la necesaria protección y garantía de los intereses generales a que deben servir determinados servicios tradicionales o nuevos en los Estados miembros. El artículo 86.2 refleja esa sensibilidad, hasta el punto de legitimar, como hemos dicho, que pueda excluirse la aplicación de las normas del Tratado en parte o en todo, siempre que sea necesario para aquella protección y garantía a la que se reconoce *ab initio* un valor claramente preferente» (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Servicio público, servicio universal y obligaciones de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», Ponencia en el IV Coloquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 39, 2000, p. 37).

³⁵ Anexo de definiciones de la Comunicación de la Comisión, *Los Servicios de interés general en Europa*, COM (2000), 580 final, de 20-9-2000. Respecto de la diferenciación entre los servicios de interés general y los servicios de interés económi-

aéreo es concretar la forma en que esas obligaciones se manifiestan en dicho sector, señalando las circunstancias en que puede aparecer, los supuestos, procedimiento y duración en que se pueden reconocer los derechos de exclusivas, los mecanismos para evitar una aplicación abusiva, etc.

Con ello, la única manera de que sean admisibles tales obligaciones en el sector aéreo es respetando los requisitos y cauces previstos en el artículo 16 del Reglamento (CE) 1008/2008 [antes art. 4 del Reglamento (CEE) 2408/92]. Ésta ha sido la tesis sostenida por la Comisión europea al señalar que *«La Comisión considera que, desde la adopción del Reglamento n. 2408/92, ha dejado de ser procedente remitirse directamente a la aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado para satisfacer las exigencias eventuales de las misiones de servicio público asumidas en el marco de la normativa en vigor. En efecto, mediante el artículo 4 del Reglamento, el Consejo, evaluando la importancia de los diferentes intereses en juego, concretizó, con respecto a los servicios de transporte aéreo en el interior de la Comunidad, la norma abstracta contenida en el apartado 2 del artículo 90. Según la Comisión, en la medida en que la situación contemplada por el apartado 2 del artículo 90 fue así examinada por el Consejo para el sector de la aviación, el artículo 4 del Reglamento agotó la utilidad del apartado 2 del artículo 90 del Tratado»*³⁶.

co general apunta MARTÍN REBOLLO lo siguiente: «Los servicios de interés general se refieren a las actividades —públicas o privadas— que cumplen misiones de interés general y están sometidas, por ello, a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la igualdad, la garantía de un mínimo de bienestar... Pueden abarcar todos los servicios —de mercado o no de mercado— que las autoridades públicas consideren de interés general.

Finalmente, servicios de interés económico general —expresión que es la que utiliza el art. 86 del Tratado— son los servicios de mercado a los que se imponen obligaciones de servicio público en virtud de, o en atención a, intereses generales que suelen ser los servicios de red (transporte, energía, telecomunicaciones...)» [MARTÍN REBOLLO, L., «Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público), en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, op. cit., pp. 640-641].

³⁶ Asunto *Air Inter SA* (T-260/94) resuelto por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 19 de junio de 1997, posición recogida en el apartado 133 de la referida Sentencia. Sobre la carencia de efecto direc-

La posición mantenida por la Comisión europea enlazaba con la mantenida unos años antes por el propio Tribunal de Justicia, al admitir la posibilidad de que algunos servicios aéreos se pudieran configurar como servicio de interés económico general. En tal sentido, la STJCE de 11 de abril de 1989 (*Ahmed Saeed Flugreisen*)³⁷, al hilo de un pleito sobre aplicación de tarifas aéreas, señaló que «*el apartado 2 del artículo 90 (hoy 106.2 del Tratado de Funcionamiento UE) podría tener consecuencias sobre las decisiones de las autoridades de aviación civil en materia de aprobación de tarifas. Entre otras cosas, dicha disposición prevé que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas sobre competencia del Tratado, pero en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*» (apartado 54); de tal modo que «*la referida disposición puede aplicarse, en efecto, a los transportistas a quienes los poderes públicos hayan obligado a explotar líneas que no son rentables desde un punto de vista comercial, pero cuya explotación resulta necesaria por razones de interés general*» (apartado 55). Con ello el Tribunal admitió como hipótesis aquella posibilidad, sin perjuicio de determinarse en cada caso por las autoridades competentes si efectivamente se cumplen los requisitos para ser considerado como uno de los servicios a que se refiere el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento UE.

Igualmente la Comisión europea en diversos documentos aborda el enfoque del transporte aéreo desde la perspectiva de los servicios de interés general. En tal sentido la Comunicación de la Comisión sobre «*Los Servicios de interés general en Europa*» llega a afirmar que «*el sector de la aviación civil es un excelente ejemplo de cómo un proceso de liberalización total puede ser compatible con el mantenimiento de obligaciones de servicio público*», encuadrando estas obligaciones en el género del que forma parte³⁸. Esta mis-

to del artículo 86.2 del Tratado (hoy 106.2), FERNÁNDEZ GARCÍA, M.ªY., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, op. cit., pp. 391 y ss.

³⁷ Asunto 66/86.

³⁸ Comunicación de la Comisión, *Los Servicios de interés general en Europa*, COM (2000), 580 final, de 20-9-2000, apartado 3 (ejemplos de los sectores del transporte), p. 34. En ese mismo sentido, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Los servicios

ma línea se sigue, entre otros, en documentos relevantes como el *Libro Verde sobre los servicios de interés general* o la *Nota metodológica para la evaluación horizontal de servicios de interés económico general*³⁹. Este último incluye al transporte aéreo dentro de los sectores que deben ser objeto de una evaluación prioritaria.

Los efectos de la conocida Sentencia *Almark* sobre la compensación por servicio público a las empresas encargadas de la gestión de servicio de interés económico general también se ha dejado sentir en el transporte aéreo, tal y como lo pone de relieve la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 (2005/848/CE)⁴⁰. Lo que cabe destacar ahora es el tratamiento de las compensaciones por razón de servicio público en el transporte aéreo desde su consideración como servicio de interés económico general. En particular, señala dicha disposición que «en el ámbito del *transporte aéreo* y marítimo, la presente Decisión sólo se aplicará a las ayudas estatales en compensación por servicio público concedidas a las empresas relacionadas con servicios de interés económico general contempladas en el artículo 86, apartado 2, del Tratado, y que se atengan, cuando estos actos sean aplicables, al Reglamento (CEE) n.º 2408/92⁴¹ y al Reglamento (CEE) n.º 3577/92». En otras palabras, el Reglamento (CE) 1008/2008, al igual que antes el Reglamento 2408/92, constituye un desarrollo del

de transporte aéreo como servicios de interés general. La bonificación en las tarifas en los servicios regulares de transporte aéreo para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y de las Islas Baleares y en las ciudades de Ceuta y Melilla. Las ayudas al transporte aéreo de mercancías. Las llamadas obligaciones de servicio público», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, op. cit., pp. 529-531.

³⁹ *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, de 21-05-2003; Comunicación de la Comisión, *Nota metodológica para la evaluación de servicios de interés económico general*, COM (2002) 331 final, de 18-06-2002.

⁴⁰ Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (2005/842/CE).

⁴¹ Hoy el Reglamento (CE) 1008/2008.

artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento UE para el transporte aéreo y la forma en que son viables tales obligaciones en este sector.

En este caso la técnica utilizada no responde a la idea de servicio universal, tal y como se utiliza en el sector de las telecomunicaciones⁴² o en el sector postal⁴³, en la medida que no se configura como una prestación dirigida a toda la población, aunque sí comparte otras características tales como la regulari-

⁴² Sobre el servicio universal en el ámbito de las telecomunicaciones, ARIÑO ORTIZ, G., «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en CREMADES GARCÍA (coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pp. 757-776; ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», *Revista Vasca de Economía*, n.º 37, 1997, pp. 34-53; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; ARIÑO ORTIZ, G., y ZAGO, T., *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Comares-FER, Granada, 2000; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, t. II (*Telecomunicaciones*), Civitas, Madrid, 1998; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.ª, *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: Regulación y mercado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 232 y ss.; *idem*, «El servicio universal», en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, t. IV (*Telecomunicaciones*), Iustel, Madrid, 2009, pp. 389-431; MARTÍ DEL MORAL, A., y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., «Las obligaciones de servicio público», en la misma obra anterior, pp. 355 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C., Comentarios a los artículos 20 a 24 en la obra colectiva GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dirs.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 355 y ss.; CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

⁴³ Sobre la liberalización en este sector y la aplicación del servicio universal, PAREJO ALFONSO, L.; DESCALZO GONZÁLEZ, A.; GÁMEZ VEJÍAS, M., y FORTES, A., *Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español)*, Instituto Pascual Madoz, Madrid, 2003; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.ª, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Aranzadi-Ministerio de Fomento, Navarra, 2004; MONTERO PASCUAL, J. J., *La liberalización de los servicios postales*, Trotta-Fundación Martín Escudero, Madrid, 2005; PEMÁN GAVÍN, J., «La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Reitorillo*, op. cit., pp. 963 y ss.

dad o continuidad, la calidad o el precio razonable para acceder al mismo⁴⁴.

2.3. El límite: la no afectación a los intereses de la Comunidad

Para que sea viable la excepción de la competencia que supone el establecimiento de un servicio de interés económico general, «el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad» (art. 106.2 *in fine* del Tratado de Funcionamiento UE). La Sentencia de 19 de marzo de 1991 intentó explicar dicha disposición señalando que «pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, fundamentalmente del sector público, como instrumento de política económica y fiscal, con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre competencia y en el mantenimiento de la unidad de mercado»⁴⁵. Posiblemente este pronunciamiento obedece a una época en donde todavía existe un sector público fuerte y una liberalización incipiente, lo que explica la referencia al sector público. Sin embargo, en la actualidad esa finalidad de política económica y fiscal no explica al menos todos los supuestos que

⁴⁴ Así lo destaca CARLÓN RUIZ al señalar que «En los sectores en los que la liberalización ha encontrado, si no pleno, un alcance sustancial, la garantía de ciertos estándares de prestación de servicios a todos los ciudadanos se manifiesta de formas, al menos aparentemente, más originales y, en todo caso, menos incisiva respecto de la libre competencia. El caso paradigmático es el del servicio universal de telecomunicaciones, especie dentro de la topología de obligaciones de servicio público reconocidas en dicho sector, y que se ha constituido, sin duda, al menos en vía de principio, como la técnica más peculiar de mantenimiento de la garantía de ciertas prestaciones a todos los ciudadanos en un contexto de libre mercado. Esa idea de universalidad que la propia terminología evoca, resulta, sin embargo, impropia en el caso de los transportes aéreo y marítimo, en los que las propias peculiaridades de ambos sectores, particularmente desde una perspectiva intermodal, invita a entender, desde la lógica del servicio público, únicamente las necesidades de sectores de población que, por razones estrictamente geográficas, requieren de una especial consideración, lo que se articula a través de la imposición de obligaciones de servicio público» (CARLÓN RUIZ, M., «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», *op. cit.*, p. 572).

⁴⁵ Asunto C-208/88, República Francesa contra Comisión.

pueden ampararse bajo el artículo 106.2, como sucede con el sector aéreo.

Ese límite aparece también formulado en términos similares para otras conductas que afectan a la competencia, como el abuso de posición dominante (art. 102 del Tratado) o el otorgamiento de ayudas de Estado (art. 107 del Tratado), lo se ha interpretado mayoritariamente como un criterio delimitador del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia frente a sus respectivos homónimos nacionales⁴⁶. Para que la cuestión de la afectación de la competencia tenga una relevancia comunitaria debe acreditarse que existe una afectación relevante o significativa a los intercambios entre los Estados miembros. Para ello, según la jurisprudencia, debe poderse presumir con grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de criterios objetivos de hecho o de Derecho, que la práctica en cuestión puede ejercer una influencia sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre todos los Estados miembros. Para establecer estos criterios hay que referirse a la posición y la importancia de las partes en el mercado de referencia⁴⁷.

A su vez, para definir ese mercado deben tenerse en cuenta los elementos de hecho de que se dispone, de una parte, según las características del producto o servicio afectado y, de otra parte, en relación con la zona geográfica definida en la que se comercializa o desarrolla la actividad económica⁴⁸. En el transporte aéreo ese mercado de referencia viene delimitado por cada ruta aérea sobre la base del binomio punto de origen/punto de destino (O + D) elaborado por la Comisión europea, de modo que cada

⁴⁶ Por todos, PELLISE CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 175 y bibliografía allí citada; también CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, op. cit., pp. 435 y ss.

⁴⁷ STJUE de 21 de enero de 1999, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, caso *Bagnasco*.

⁴⁸ STJUE de 23 de mayo de 2000, asunto C-209/98, caso *København Kommune*, apartado 60, y las allí citadas.

combinación de punto de origen y punto de destino es un mercado separado desde el punto de vista del cliente⁴⁹.

En aplicación de tales criterios, la Comisión europea entendió que, con carácter general, los servicios de ámbito local deben considerarse como asuntos de menor importancia, es decir, asuntos en los que por carecer de una incidencia significativa sobre el comercio entre los Estados miembros deben quedar fuera de las normas comunitarias de la competencia, motivo por el cual quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento UE⁵⁰, sin perjuicio de lo que luego se precisará. Evidentemente, no es el caso del transporte aéreo, dada la importancia económica de dicha actividad y el ámbito geográfico en el que se desarrolla. La entidad de este mercado y su dimensión comunitaria e internacional, justifica la normativa existente para el desarrollo de esta actividad en el ámbito comunitario, el otorgamiento y requisitos para obtener las licencias, entre otros, y los requisitos que deben exigirse cuando se imponen las obligaciones de servicio público. Entre esos requisitos se encuentra el ámbito geográfico en el que tales obligaciones se van a desarrollar, tal y como se expondrá. No se impone a todas las rutas existentes en un Estado miembro, sino en unas zonas

⁴⁹ En este sentido la Decisión de la Comisión 2004/841/CE, de 7 de abril de 2004, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE relativa al asunto COMP/A.38284/D2-Société Air France/Alitalia Linée Aeree Italiane Spa (DOUE n.º L 362, de 9-12-2004). Con anterioridad, la Decisión de 18 de julio de 2001 (2001/716/CE). En el mismo sentido el Informe del Servicio de la Competencia español n.º 240, Herperia/Binter Canarias, apartado V, que se pronuncia precisamente sobre rutas en donde existen obligaciones de servicio público. A este respecto se afirma que «cada ruta o grupo de rutas de transporte aéreo regular de pasajeros configura su propio mercado geográfico y de producto, en el que se incluyen todas aquellas alternativas de viaje y conexión entre los puntos de origen y destino que pueden ser consideradas sustituibles».

Con base en lo dicho anteriormente, el mercado geográfico y de producto potencialmente afectado por la presente operación estaría compuesto por las 14 rutas o conexiones interinsulares regulares que ponen en contacto las distintas islas de la Comunidad Autónoma de Canarias».

⁵⁰ Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa COM (2000) 580 final, de 20-09-2000, apartado 32.

concretas cuando se dan los presupuestos necesarios para ello (inadecuación de servicios).

Puede afirmarse que, cuando no se respetan esos requisitos sustantivos y geográficos en la imposición de las obligaciones de servicio público, se produce una incidencia en el comercio entre los Estados miembros. O en otras palabras, la normativa de Derecho derivado en este sector ha venido a establecer los requisitos y cauces para que esa incidencia en los intercambios no se produzca. Si se respeta la normativa no se dará tal afectación; si no se respeta, aunque las obligaciones puedan estar circunscritas a una parte reducida de un Estado miembro, se producirá dicha afectación a los intercambios. La Sentencia *Altmark* confirma dicha posición al establecer que se puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros con independencia del carácter local o regional de los servicios prestados o de la importancia del ámbito de actividad de que se trate⁵¹.

Esta doctrina permite concluir que la inadecuada aplicación del Derecho derivado en la imposición de las obligaciones de servicio público origina una afectación a los intercambios en perjuicio de los intereses de la Comunidad, lo que prohíbe precisamente el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento UE. O, si se prefiere, que el Derecho derivado ha concretado la forma en que tal incidencia no se produce.

3. La imposición de las obligaciones en el transporte aéreo

3.1. *La valoración de la necesidad: criterios utilizados*

La normativa comunitaria establece una serie de criterios que deben ser valorados por los Estados miembros a la hora de imponer las obligaciones de servicio público en los servicios aéreos⁵².

⁵¹ STJUE de 24 de julio de 2003, confirmada en este extremo por otras muchas, como por ejemplo, la STJUE de 21 de junio de 2005, asunto C-71/04.

⁵² Artículo 16.3 del Reglamento (CE) 1008/2008.

Lo primero que llama la atención es la supresión del criterio genérico «*interés general*» para valorar la necesidad y adecuación de tales obligaciones. Dicha supresión no se debe tanto a que ese interés no exista o sea relevante, sino al contrario, es una idea ínsita a la propia utilización de esta técnica: son servicios de interés económico general. Sin embargo, un recurso a una idea genérica de interés público no aporta mucho a su determinación en el caso concreto. Por tal motivo, posiblemente, se haya optado por prescindir de esa idea genérica y referencial para utilizar criterios más concretos, que también existían con anterioridad. La finalidad es delimitar mejor ese interés general que las obligaciones de servicio público representan.

El criterio que se utiliza es la proporcionalidad entre tales obligaciones y las necesidades de desarrollo económico de la región interesada⁵³. Aunque el Reglamento (CE) 1008/2008 lo proclama expresamente, se encontraba ya formulado en el propio presupuesto para la imposición de tales obligaciones. Sin embargo, existe una cierta desconexión entre el enunciado general que hace referencia tanto al desarrollo económico como al social [apartado primero del art. 16 del Reglamento (CE) 1008/2008],

⁵³ Artículo 16.3, letra a) del Reglamento (CE) 1008/2008. Destacando la nueva importancia que adquiere para el Derecho comunitario el servicio público como instrumento de integración social y territorial, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El derecho de acceso a los servicios de interés económico general...», *op. cit.*, pp. 512-515; MORAL SERRANO, L., «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 12, Civitas, 2004, p. 553, destacando igualmente la influencia recíproca entre servicio público y servicios de interés económico general. La autora pretende diferenciar las obligaciones de servicio público del servicio universal en que «las primeras están justificadas en el logro de valores de mercado como la seguridad en la distribución de la electricidad, las obligaciones de servicio público están basadas exclusivamente en la consecución de valores no de mercado, y en particular, en la cohesión territorial y social» (*ibidem*, p. 549). Esta posición, sin embargo, no puede ser compartida porque en ambos supuestos la finalidad es garantizar una prestación esencial que el mercado por sí mismo no garantiza. La consecución del objetivo de cohesión social y territorial también está presente en ambos casos. Así, por ejemplo, en el transporte aéreo este último objetivo está presente a la hora de valorar el requisito de necesidad.

con los criterios a valorar por el Estado miembro para imponer tales obligaciones, que sólo aluden al desarrollo económico (apartado 3 del mismo artículo). Por ello, tales disposiciones deben aplicarse simultáneamente para conseguir el efecto querido por el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento UE (antes 16 del Tratado de Roma)⁵⁴ y la propia normativa aérea en este supuesto. Lo importante es asegurar que unas personas puedan acceder en unas condiciones satisfactorias a un servicio aéreo que para ellos se convierte en una necesidad esencial. A través de tales servicios se garantiza su movilidad interterritorial. Ello, sin duda, contribuirá al desarrollo económico, pero el acento debe ponerse precisamente en esa finalidad de carácter social. En otras palabras, en la posición de los usuarios de los servicios.

Para imponer estas obligaciones se debe realizar un diagnóstico global de las posibilidades de movilidad existente en una determinada ruta. Para ello habrá que tener en cuenta el efecto combinando de todos los medios de transportes existentes y las condiciones de prestación de los mismos. A ello responde el resto de los criterios utilizados⁵⁵.

Si el efecto combinado de las diferentes compañías aéreas que operan en una determinada ruta permiten ofrecer una cobertura suficiente de servicios aéreos, no estaría justificado imponer aquellas obligaciones⁵⁶. Ahora bien, esta situación no debe ser valora-

⁵⁴ Este artículo señala que «sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios». Respecto a la versión anterior —muy similar—, Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA afirma que dicha declaración es vaga y no compromete a nada, siendo, por ello, decepcionante (*Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003, p. 340).

⁵⁵ Artículo 16.3 del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁵⁶ Artículo 16.3, letra d), del Reglamento (CE) 1008/2008.

da aisladamente. De darse, por ejemplo, una situación en la que existieran servicios aéreos suficientes en cuanto a frecuencias, pero insatisfactorias en cuanto a las tarifas o el resto de condiciones de prestación, cabría plantearse la posibilidad de imponer aquellas obligaciones.

En cuanto a la situación de otros modos de transporte, afecta fundamentalmente a la existencia de servicios ferroviarios. De esta forma, si tales servicios coinciden en una misma ruta con un tiempo de duración inferior a tres horas, sería un criterio que jugaría en contra de la imposición de tales obligaciones, aunque tampoco es determinante por sí mismo para que no pudieran ser establecidas⁵⁷.

Menor alcance debe tener la existencia de conexiones marítimas entre las regiones a conectar, dada la mayor duración e incomodidad de este tipo de desplazamiento. Alguien puede decir que las conexiones interinsulares o de un archipiélago con el territorio continental se pueden cubrir adecuadamente con los servicios marítimos. Evidentemente quien así piense no ha realizado ni tiene que realizar muchos viajes por mar. De este modo, es perfectamente compatible la existencia de rutas marítimas de servicio público con rutas aéreas de servicio público.

En cualquier caso, la valoración de la necesidad y adecuación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo pasa por realizar una valoración global, combinando todos los criterios anteriormente señalados. La decisión que se adopte deberá ser motivada y contrastada con los elementos probatorios que sean necesarios.

3.2. *Los condicionantes objetivos y territoriales de las obligaciones*

Las obligaciones de servicio público objeto de estudio sólo pueden imponerse en relación con un tipo específico de servicios aéreos, proyectadas sobre un ámbito territorial concreto y buscando una finalidad específica.

⁵⁷ Apartado b) del artículo 16.3 del Reglamento (CE) 1008/2008.

En cuanto al primero de los aspectos, los servicios en donde pueden imponerse ese tipo de obligaciones son los servicios aéreos de carácter regular⁵⁸. El servicio aéreo se define⁵⁹ como un vuelo o una serie de vuelos para el transporte de pasajeros, carga y/o correo a cambio de una remuneración y/o pago de un alquiler. Estos servicios tendrán carácter regular cuando concurren dos características: a) que existan asientos disponibles en cada vuelo para ser adquiridos por el público. La adquisición puede ser directamente de la compañía o a través de agentes autorizados, y b) sujeción a un horario publicado o con una regularidad o frecuencia que constituyan una serie evidente.

Este tipo de servicios se contraponen a los servicios no regulares, que se definen por contraposición con aquéllos. Sobre este tipo de servicios no se pueden imponer obligaciones de servicio público.

El segundo de los elementos afecta a los aeropuertos que definen la ruta aérea sobre la cual se imponen las obligaciones de servicio público. Debe adelantarse que el Reglamento (CE) 1008/2008 prescinde de la noción de aeropuerto regional a la hora de delimitar dicha ruta, tal y como lo hacía la normativa anterior⁶⁰. Esa ruta aérea viene determinada por un aeropuerto situado en la Comunidad y por otro aeropuerto que sirva a:

- Una región periférica.
- Una región en desarrollo de su territorio.
- Una ruta de baja densidad de tráfico que sirva un aeropuerto de su territorio.

Para la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de junio de 1997 (*Air Inter S. A.*), en relación con el derogado Reglamento (CEE) 2408/92, la expresión «rutas» se utiliza «en

⁵⁸ Así lo dispone el artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1008/2008. Sobre las diferentes modalidades de transporte aéreo, GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho administrativo aeronáutico*, op. cit., pp. 507 y ss.

⁵⁹ Artículo 2, apartado 16, del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁶⁰ Cfr. cap. 5.

varias ocasiones y en contextos diferentes, sin que, sin embargo, figure este término dentro de la lista de las quince definiciones enunciados en su artículo 2. Se trata, por lo tanto, de un término cuya acepción puede, llegado el caso, variar según el contexto en el que se emplee, sobre todo, según la finalidad específica de dicho contexto, para significar, bien una ruta aérea que una dos aeropuertos, bien una ruta de transporte en sentido general entre dos ciudades o regiones» (apartado 117).

La consecuencia que genera el establecimiento de dicha ruta es contribuir de una manera esencial al desarrollo económico y social de la región servida por el aeropuerto. La expresión región tampoco viene definida por la normativa, lo que permite entenderla en un sentido amplio, como un ámbito geográfico en donde se ubique el citado aeropuerto, independientemente de la conformación jurídico-política de aquel ámbito geográfico. Además, aquella ruta aérea debe ser «esencial» para el desarrollo económico de dicho territorio. Si lo situamos en términos de Derecho interno, puede ser una isla, pero también una ciudad o grupo de ciudades, una Comunidad Autónoma, una provincia, un departamento francés, una región italiana, o una zona geográfica concreta dentro de las mismas.

Puede señalarse que en el Reglamento (CE) 1008/2008 el elemento geográfico para el establecimiento de las obligaciones de servicio público es más flexible que el utilizado por la normativa anterior, que descansaba sobre la idea de aeropuerto regional. Es cierto que, en la práctica, estas obligaciones aparecerán en zonas donde se encuentren aeropuertos secundarios dentro de la red aeroportuaria. Pero tampoco se excluye que conecten zonas donde se ubiquen aeropuertos con cierta densidad de tráfico pero cuyas conexiones sean esenciales por motivos de desarrollo económico y social.

Tal y como se adelantó, Francia es el país de la Unión Europea que posee más rutas aéreas con obligaciones de servicio público. La configuración de esas rutas permite apreciar una diversidad de situaciones, de modo que puedan ser usadas como modelo. A

título de ejemplo, su análisis arroja los siguientes tipos de rutas aéreas con obligaciones de servicio público:

a) Del territorio continental, a través de su capital, con las regiones ultraperiféricas⁶¹.

b) Interiores dentro de la región ultraperiférica⁶².

c) De isla sin estatus de región ultraperiférica con territorio continental:

— Entre isla y capital⁶³.

— Entre isla y otras ciudades no capitales⁶⁴.

d) Interiores en el territorio continental:

— Entre zonas periféricas y la capital del país⁶⁵.

— Entre zonas periféricas y otras ciudades no capitales⁶⁶.

— Entre zona periférica y ciudad de país extranjero comunitario⁶⁷.

Los supuestos, sin duda, pueden ser más variados, pero los tipos de rutas aéreas reseñadas pueden servir de ejemplo sobre la forma en que se han venido delimitando geográficamente las citadas obligaciones de servicio público.

⁶¹ Es el caso de las rutas aéreas que unen el aeropuerto parisiense *Charles de Gaulle* con los departamentos franceses de ultramar: Guadalupe, Guayana francesa, Martinica e isla Reunión.

⁶² Éste es el supuesto, por ejemplo, de las rutas aéreas entre el aeropuerto dentro del departamento francés de Guayana, entre el aeropuerto de Cayenne y Saint Georges de l'Opoyapock; o entre los aeropuertos de Cayenne y La Désirade, Marie-Galante (les Bases) o St. Berthélemy, todos en Guadalupe, entre otras líneas.

⁶³ Es el caso de varios aeropuertos en la isla de Córcega (Ajaccio, Bastia, Calvi, Figari) con la ciudad de París a través del aeropuerto de París Orly.

⁶⁴ Son las líneas aéreas de entre varios aeropuertos de la isla de Córcega (Ajaccio, Bastia, Calvi, Figari) con las ciudades de Marsella o Niza.

⁶⁵ Aquellas, por ejemplo, entre el aeropuerto de París Orly y Périgueux (Basillac), Tarbes (Lourdes-Pyrénées), Le Puy, Limoges (Bellegarde).

⁶⁶ Por ejemplo, entre Rennes y Toulouse; Bourges y Lyon; Lyon y Rodez (Marcillac); Lyon y Potiers-La Rochelle.

⁶⁷ Es el caso de la ciudad francesa de Estrasburgo con las ciudades de Ámsterdam, Copenhague, Madrid, Milán, Praga, Viena. O del aeropuerto de Dijon (Longvic) y Londres (Heathrow/Gatwick/Stanted/City Airport/Luton) —Comunicación de la Comisión 2004/C 89/04, DOUE de 14-4-2004—.

3.3. El principio de proporcionalidad en la imposición de las obligaciones

La aplicación del régimen de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo, como todo servicio de interés económico general, pasa por considerar en qué medida la aplicación de las normas sobre competencia impedirían la satisfacción de la misión de interés general que se va a confiar. Esto es lo que se conoce como el test de proporcionalidad, que está muy presente en la normativa específica del transporte aéreo⁶⁸. De este modo, esta normativa se cuida de precisar que dichas obligaciones sólo proceden cuando sea «esencial» para el desarrollo económico, «en la medida necesaria» para garantizar determinados requisitos, haciéndose de forma «transparente y no discriminatoria», debiendo valorarse por el Estado miembro «la proporcionalidad entre la obligación prevista y las necesidades» para aquel desarrollo económico. En otras palabras, que «respecto al fin perseguido (...) no podría alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas

⁶⁸ En nuestra doctrina sobre este principio puede consultarse LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, IGO, Sevilla, 1988; BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *RAP*, n.º 135, 1994, pp. 495 y ss.; SARMIENTO RODRÍGUEZ-ESCUDERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; proyectado sobre los derechos de exclusiva en los servicios de interés económico general, MORAL SORIANO, L. M., «Proporcionalidad y servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, n.º 3, 2002, pp. 387-416; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.º Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op. cit., pp. 358 y ss.; SAUTER, W., «Services of general economic interest...», op. cit., pp. 186 y ss. Como muestra de esa exigencia por el Tribunal de Justicia para las obligaciones de servicio público, la Sentencia de 20 de febrero de 2001, apartado 70 (asunto *Analiir*). Este principio es uno más de los que inspira la intervención en el modelo económico, una sistematización de los mismos, COSCULLUELA MONTANER, L., «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales de Derecho comunitario europeo y los principios generales del Derecho público», *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, op. cit., pp. 109 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, L., y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 29 y ss.

de la libre circulación de servicios» (STJUE de 20 de febrero de 2001).⁶⁹ Todo ello requiere de un «análisis» que puede ser requerido a los Estados miembros por parte de la Comisión europea.

Este planteamiento normativo es un fiel reflejo de las caute- las con las cuales la jurisprudencia comunitaria y la Comisión europea han considerado la aplicación del régimen excepcional del artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento y que la nor- mativa comunitaria ha concretado específicamente para el sector aéreo.

Para comprobar si esa medida del poder público supera ese juicio de proporcionalidad, siguiendo a nuestro Tribunal Cons- titucional, es necesario comprobar si se cumplen las tres con- diciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad) —en el caso fin comunitario europeo—; b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la con- secución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad), y c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equi- librada, por derivarse de su aplicación más beneficios o venta- jas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)⁷⁰. El precedente razonamiento puede servir de guía para realizar aquel juicio sobre las obligaciones de servicio público:

a) ¿Es idónea o adecuada esa medida para garantizar el desa- rrollo económico de la región?

b) ¿Es, además, la medida menos lesiva para conseguir ese fin?

c) ¿Se derivan más beneficios o ventajas utilizando esa vía que otra?

⁶⁹ Asunto C-205/99, caso *Análir*, apartado 35.

⁷⁰ STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7.º y las sentencias allí citadas.

Si el juicio es positivo, la imposición de tales obligaciones será conforme al Derecho comunitario. Un aspecto que debe tenerse presente es que dicho principio no sólo se aplica para determinar la legitimidad de imponer o no tales obligaciones, sino que alcanza, además, a la concreta delimitación que se realice de las mismas. Es decir, que justificada la medida, habrá que conferir una adecuada delimitación de aquellas obligaciones (por ejemplo, un número excesivo de vuelos; o una tarifa excesivamente alta o reducida).

Un ejemplo de la posible desproporción en la delimitación de las obligaciones aparece en la Decisión de la Comisión de 23 de abril de 2007⁷¹. En ella, la Comisión europea entendió que la imposición de obligaciones de servicio público en un total de 16 rutas que conectan los aeropuertos de Cerdeña con varios aeropuertos de la Italia continental eran desproporcionadas por varias razones: en primer lugar, por el número de rutas y sistemas aeroportuarios a las que afectaba; en segundo lugar, por la duración de las obligaciones de servicio público —la Comisión entendió que no debían superar el año—; en tercer lugar, por la reagrupación de rutas que se realiza al margen del otorgamiento del procedimiento para establecer derecho de exclusiva, y en cuarto lugar, por la aplicación de las tarifas reducidas a las personas «nacidas» en Cerdeña, residan o no en dicha isla.

En síntesis, la legitimidad de la solución globalmente considerada pivota sobre la aplicación de este principio, lo que afecta tanto a la solución de imponerlas (obligaciones de servicio público) como a la concreta configuración y extensión que se dé a aquellas obligaciones.

⁷¹ Sobre la imposición de obligaciones de servicio público en algunas rutas con origen y destino en Cerdeña en virtud del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias.

3.4. *Competencia y procedimiento*

A. *La competencia de los Estados miembros para imponer las obligaciones*

Corresponde a cada Estado miembro la competencia para imponer las obligaciones de servicio público. Tal y como ya sabemos, para llevar a cabo esa decisión debe tomar en cuenta una multiplicidad de criterios pasados por el tamiz de la proporcionalidad. La capacidad de cada Estado para realizar esta operación, siendo amplios, están limitados precisamente por la existencia de aquellos criterios. Dado que esas obligaciones están previstas en la normativa, la Comisión no está limitada por el control posterior sólo para los casos del denominado «*error manifiesto*» en la calificación⁷². Esta limitación sería de aplicación si no existiera aquella normativa, lo que dotaría a la decisión del Estado de un mayor margen de actuación. Puede señalarse que al estar positivados tanto su posible existencia como sus requisitos, la decisión de los Estados sobre la viabilidad jurídica de tales obligaciones es más limitada. Aun así aquéllos conservan un amplio margen discrecional de actuación⁷³.

En consecuencia, son los Estados miembros quienes deben valorar si existe una inadecuación de servicios aéreos en una determinada ruta; si no existe otra solución para afrontar ese déficit; si dándose aquellas circunstancias, aplican dicho régimen excepcional y con qué extensión lo van a hacer. Las normas de organización de cada Estado determinarán el órgano o entidad que tenga la competencia para establecer aquellas obligaciones.

⁷² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005 (asunto T-17/02, *Fred Olsen*), apartado 216.

⁷³ En este sentido la Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*, COM (2000) 580 final (apartado 22). También la STPI de 12 de febrero de 2008, caso BUPA, asunto T-289/03, apartados 165 a 170.

B. *Inexistencia de un procedimiento para imponer las obligaciones: los deberes formales de comunicación y publicidad*

El Reglamento (CE) 1008/2008 no articula un procedimiento para el establecimiento de las obligaciones de servicio público, dejando en manos de cada Estado miembro la articulación específica del mismo, posiblemente para respetar el principio de autonomía institucional. Tan sólo se limita a asegurar una serie de deberes formales relativos a la comunicación previa de la decisión por la que se imponen aquellas obligaciones y la publicidad que deban darse a las mismas una vez que se han adoptado. Éste es uno de los aspectos confesados en los que incide la reforma que se dirige en este caso a «aligerar la carga administrativa» y «limitándose la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades a un resumen»⁷⁴ por lo que respecta al contenido de tales obligaciones.

Se parte de la base de que, con anterioridad al establecimiento por parte de un Estado miembro de esas obligaciones, se debe comunicar dicha decisión a determinados sujetos y organismos. La forma en que se hace resulta un tanto confusa por los términos en que se expresan los apartados primero y cuarto del artículo 16. En particular, el apartado primero señala que «todo Estado miembro, tras consultar a otros Estados miembros interesados y después de haber informado a la Comisión, a los aeropuertos de que se trate y a las compañías aéreas que operen en ese trayecto, podrán imponer la obligación de servicio público». Por su parte, el apartado cuarto de ese mismo artículo dispone que «cuando un Estado miembro desee imponer una obligación de servicio público, comunicará el texto completo de la misma a la Comisión, a los demás Estados miembros interesados, a los aeropuertos de que se trate y a las compañías aéreas que operen la ruta en cuestión».

La duda que plantean estas dos previsiones es si la consulta a los Estados miembros interesados a que se refiere el apartado pri-

⁷⁴ Exposición de Motivos de la Propuesta de modificación de la normativa aérea, COM(2006) 396 final, que originó el Reglamento 1008/2008.

mero tiene alguna diferencia respecto de la información que debe darse al resto de sujetos o si, por el contrario, tanto la consulta previa como la información al resto de sujetos se canalizan a través de la «comunicación del texto completo» al que se refiere el apartado cuarto. Este último parece ser el criterio que debe seguirse. En otros términos, que lo que hace el apartado cuarto es concretar la forma en que debe darse dicha información. De una parte, por los términos en que se expresa al utilizar la expresión «cuando un Estado miembro desee imponer», por tanto, antes de que efectivamente se haya materializado dicha decisión. De otra parte, porque los sujetos a quienes va dirigida la información son los mismos del apartado primero. En otras palabras, la forma en que se evita que la decisión sea algo sorpresivo para las partes implicadas es comunicar «el texto completo» de la decisión que se pretende adoptar al objeto de que lo mismo formulen las alegaciones que estimen oportunas.

Los destinatarios de dicha información previa son los Estados miembros interesados, la Comisión europea, los aeropuertos de que se trate y las compañías aéreas que operen en ese trayecto.

Los Estados miembros interesados son únicamente aquellos entre los que se va a establecer dicho servicio, a tenor de la definición dada por el artículo 2 del Reglamento 1008/2008⁷⁵. De este forma, la información no va dirigida indistintamente a todos los Estados miembros o a los Estados limítrofes, sino únicamente a los implicados en la definición de la ruta aérea. De ello se desprende, igualmente, que si la ruta aérea afecta a un único Estado porque conecta dos aeropuertos situados en su territorio, no es necesario remitir dicha información a ningún Estado.

Además, la información debe dirigirse a la Comisión europea, aunque no se especifica a la Dirección General a la que correspondería su análisis, si a la de Transporte y Energía o a la de Competencia, o ambas indistintamente. También la información

⁷⁵ Apartado 20 del artículo 2 del Reglamento 1008/2008. Esto no ha cambiado respecto de la normativa anterior.

se debe dirigir a los aeropuertos de que se trate, es decir, a los gestores de los aeropuertos que conectan esa ruta aérea.

Por último, el texto completo se debe poner a disposición de las compañías aéreas *«que operen ese trayecto»*, por tanto, no a todas las compañías aéreas que operan en los aeropuertos afectados, sino únicamente a las que efectivamente prestan sus servicios en esa concreta ruta aérea que va a verse afectada por las obligaciones de servicio público.

La normativa comunitaria no ha previsto un plazo mínimo de audiencia para que los sujetos e instituciones indicados puedan manifestar sus alegaciones al Estado miembro. Esta configuración resulta deficiente dado que da lugar a soluciones muy diversas dependiendo de lo que cada Estado miembro establezca, en el caso de que articule un procedimiento para el establecimiento de tales obligaciones.

Una vez que la decisión es adoptada, la Comisión deberá publicar una nota informativa en el Diario Oficial de la Unión Europea. En este punto, tal y como se indicó al comienzo de este apartado, se ha rebajado el nivel de información que debe publicarse a nivel comunitario respecto a la normativa derogada. Ahora la información es mínima: los aeropuertos conectados, la dirección donde el Estado miembro dará la información sobre tales obligaciones y la fecha de entrada en vigor de las mismas⁷⁶. Esta fecha no deberá ser anterior a la publicación del anuncio en el DOUE⁷⁷. No obstante, se prescinde incluso de la publicación de este diario oficial cuando el volumen de pasajeros al año en la ruta afectada sea inferior a 10.000. En este supuesto la publicación sólo tendrá carácter interno⁷⁸.

En otro orden de cosas, el Reglamento (CE) 1008/2008 se ha preocupado en aclarar que la información proporcionada por los Estados debe ser gratuita. Ello es debido a que algunos Estados exigían el pago previo para acceder a dicha documentación gene-

⁷⁶ Artículo 16.4 del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁷⁷ Artículo 16.6 del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁷⁸ Artículo 16.5 del Reglamento (CE) 1008/2008.

rando un trato diferente dependiendo del Estado que había impuesto aquellas obligaciones⁷⁹.

Como valoración de los cambios en materia de publicidad establecidos, puede afirmarse que el modelo anterior era más transparente, dado que el nivel de información que se proporcionaba a nivel comunitario era más amplio. Ahora, con carácter general, para conocer el alcance real de las obligaciones debe acudir a los mecanismos de información internos de cada Estado miembro. La información proporcionada a nivel comunitario es mínima, si se compara con el modelo anterior. Todo ello no hace sino perder transparencia y dificulta el control a nivel comunitario, teniendo en cuenta que el deber de consulta previa no afecta a todos los Estados miembros.

3.5. *La mutabilidad de la necesidad: modificación y supresión de las obligaciones*

El requisito de necesidad que legitima la adopción de esta excepción al mercado puede verse sujeta a diversos cambios una vez que son impuestas. Esas modificaciones pueden ser de tal entidad que pueden originar la pérdida de aquella justificación y, por ende, la desaparición o supresión del servicio⁸⁰. De todas esas alteraciones daban cuenta los anuncios en el DOUE, lo que se ha perdido tras la reforma. Las mismas están motivadas por la mutabilidad o variabilidad de la misión de servicio que se satisface. También con el carácter excepcional de la medida adoptada

⁷⁹ Artículo 16.4, letra c), del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁸⁰ En definitiva es una manifestación del carácter cambiante del interés público que justifica toda actuación administrativa, que no debe ser confundido con la denominada cláusula de progreso o principio de adaptabilidad o mutabilidad que es propio del servicio público para acomodarse a las mejoras tecnológicas. Es clásico sobre este aspecto el libro de MEILÁN GIL, J. L., *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968 (reeditado en Civitas, 2006); DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 156-157; en el ámbito de los servicios de interés económico general, FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op. cit., pp. 442 y ss.

y, en consecuencia, con su provisionalidad. Cualquier cambio en la necesidad debe tener el correspondiente reflejo en el alcance de tales obligaciones. La razón es sencilla: si la necesidad desaparece porque el mercado la satisface, aquellas obligaciones deben suprimirse.

La modificación puede afectar a cualquiera de las obligaciones impuestas. En la mayoría de los casos aquélla tiene por objeto alterar las tarifas y las frecuencias inicialmente impuestas. Esos cambios pueden tanto ampliar como reducir el alcance de las establecidas en primer término. Una inadecuada valoración de la necesidad o la existencia de circunstancias sobrevenidas pueden provocar su intensificación o su suavización (por ejemplo, aumento o disminución de tarifas o frecuencias).

Si la necesidad llegara a desaparecer se generaría con ello una pérdida de la causa que legitima aquella decisión, motivo por el cual los Estados deben proceder a suprimirlas.

4. Mecanismos de control del requisito de necesidad

4.1. *Revisión de las medidas directamente por los Estados miembros*

El respeto al principio de legalidad comunitaria, que obliga a todos los Estados miembros, les impone tomar todas las medidas necesarias para garantizar que las decisiones que afecten a las obligaciones de servicio público respetan los límites normativos para su imposición⁸¹. En caso contrario, deberán actuar de oficio con el fin de restablecer la legalidad comunitaria infringida.

De esta manera, si con posterioridad al establecimiento de dichas obligaciones un Estado miembro comprueba que tal imposición ha contravenido los requisitos que han sido expuestos, deberá proceder a revisarlas. Todo ello, sin necesidad de espe-

⁸¹ Artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1008/2008.

rar la actuación formal por parte de la Comisión europea. Las notas de dicha actuación serían las siguientes:

— Se trata de una actuación de oficio, sin esperar ningún requerimiento por parte de ninguna instancia, respondiendo a una configuración de potestad-deber: existiendo una posible vulneración, la medida debe ser objeto de revisión.

— La revisión se debe adoptar «*lo antes posible*», es decir, tan pronto como se detecte la posible infracción del Derecho comunitario, acordándose «*todas las medidas necesarias para garantizar*» que se restablezca la legalidad.

— Por lo que respecta al alcance material de las medidas, debe suponer una revisión efectiva, es decir, actuaciones que realmente pongan fin a aquella situación de vulneración de las reglas de la competencia.

Ahora bien, si esta actuación de oficio no se lleva a cabo, existen otros mecanismos que permiten rectificar aquella anómala situación.

4.2. Remisión de la motivación formal

Antes se expuso que el Estado miembro que desee imponer las obligaciones de servicio público debe respetar una serie de deberes formales de comunicación previa. De este modo, aquéllos deben dar traslado del texto completo en el que constan aquellas obligaciones a la Comisión europea, los Estados miembros interesados, las compañías aéreas que operen en la ruta afectada y los aeropuertos que definen la ruta aérea. A ello ya se ha hecho referencia.

Aparte de ese deber, la reforma ha introducido la posibilidad de solicitar del Estado miembro que realiza aquella declaración servicial una serie de documentos complementarios. A diferencia del deber de comunicación analizado anteriormente, en este supuesto la legitimación no se circunscribe a los *Estados miembros interesados*, sino a cualquier Estado miembro. Todos ellos pueden solicitar de la Comisión europea que requiera al Estado miem-

bro que ha impuesto las obligaciones de servicio público para que las justifique.

Con ello se persigue comprobar si la decisión adoptada tiene un respaldo real y responde a razonamientos empíricos contrastable; en otros términos, que está verdaderamente motivada y no es un mero voluntarismo. Por tal motivo, si fuera requerido para ello, el Estado miembro deberá remitir una serie de «análisis» que justifiquen la multiplicidad de extremos en los que se apoya, o debería haberse apoyado, la decisión adoptada. Esos estudios se refieren tanto a la justificación de la necesidad de las obligaciones impuestas⁸² como a la conformidad con los criterios antes analizados. También a la economía de la región⁸³ y a la proporcionalidad entre las obligaciones y los objetivos de desarrollo económico regional⁸⁴. Asimismo, será objeto de análisis la situación de los servicios aéreos existentes y la de los demás modos de transporte disponibles⁸⁵. En otras palabras, todos los criterios que apoyan el requisito de necesidad y la configuración de las obligaciones impuesta.

Desde la perspectiva procedimental, el requerimiento lo realiza la Comisión europea, bien de oficio o a instancia de otro Estado miembro. El Estado afectado cuanta con un plazo de dos meses para atender a ese requerimiento. Ahora bien, tal justificación *a posteriori*, permite extraer dos principios: a) el de confianza previa en la decisión adoptada, y b) el de motivación de la decisión.

El principio de confianza previa se basa en que no se exige al Estado, en principio, que justifique por qué impone tales obligaciones. Es decir, que cuando aquél comunica al resto el texto completo de las obligaciones no se le exige que dé una explicación del proceso que le ha llevado a adoptar aquella decisión, acompañando la documentación acreditativa de la necesidad. Se

⁸² Artículo 18.1, letra a), del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁸³ Artículo 18.1, letra b), del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁸⁴ Artículo 18.1, letra c), del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁸⁵ Artículo 18.1, letra d), del Reglamento (CE) 1008/2008.

puede decir que se acepta aquella decisión, se confía en que el Estado ha actuado correctamente y que la medida adoptada es conforme a la legalidad.

Sin embargo, la Comisión europea puede exigir que aporte aquella justificación, debiendo enviar los análisis a los que se ha hecho referencia. Lo normal es que tales análisis se hayan realizado con anterioridad a la toma de aquella medida: son los estudios previos que llevan a adoptar aquella, su motivación. No obstante, la configuración normativa permite elaborar esos análisis con posterioridad, con el riesgo que ello conlleva. En efecto, si se pide al Estado que aporte los análisis y éste no cuenta con ellos, éstos nacen ya condicionados a tener que justificar aquella decisión. En otras palabras, que el Estado afectado podría construir una motivación *ad hoc a posteriori*.

Por tal motivo, lo lógico debería ser que el Estado contara, en todo caso, con aquellos análisis con anterioridad a tomar su decisión. Esos análisis quedarían a disposición de la Comisión europea o, simplemente, se remitirían como documentación que debería acompañar el texto íntegro del acuerdo que impone tales obligaciones. No se ha hecho así. La actual configuración no deja de ser una perturbación del proceso lógico de toma de decisiones: no es igual conocer cuál es la motivación que se esgrime para tomar una decisión que *construir* esa motivación con posterioridad.

4.3. Investigación formal por parte de la Comisión europea

Aparte de las actuaciones anteriores, la Comisión europea puede decidir abrir un proceso formal de investigación⁸⁶. Su

⁸⁶ Artículo 18.2 del Reglamento (CE) 1008/2008. Para un estudio de esta potestad en el ámbito del Derecho comunitario, GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008. En general, sobre la potestad de inspección, RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.

objeto es averiguar si, efectivamente, la decisión por la que se imponen obligaciones de servicio público respeta los límites establecidos por la normativa comunitaria que han sido expuestos. La consecuencia de dicha infracción es que se está «*limitando indebidamente el desarrollo de una ruta*». La Decisión de la Comisión de 23 de abril de 2007 —antes citada— surge precisamente del ejercicio de esta facultad. Las líneas generales de este procedimiento son las siguientes:

- a) Se inicia mediante denuncia de otro Estado miembro o de oficio por la propia Comisión.
- b) Se tramitará conforme a lo dispuesto en la Decisión 1999/468/CE⁸⁷.
- c) El plazo de resolución del procedimiento será de seis meses desde la recepción de la solicitud.
- d) El procedimiento finalizará mediante Decisión de la Comisión pronunciándose sobre la procedencia o no de que una ruta aérea quede sometida a tales obligaciones⁸⁸.

5. La imposición de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo en España

5.1. Una normativa que atiende especialmente la insularidad y el norte africano

La primera disposición de Derecho interno español que abordó la imposición de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo en el nuevo marco comunitario europeo fue la Ley 14/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. En el apartado sexto de su artículo quinto, dedicado precisamente a la liberalización de los servicios,

⁸⁷ DO L 184, de 17 de julio de 1999. El artículo 18.2 se remite a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25, que, a su vez, lo hace a la citada Decisión.

⁸⁸ La propuesta de reforma —COM (2006) 396 final— establecía la posibilidad de que la Comisión, hasta tanto adoptara su Decisión, pudiera establecer medidas transitorias, incluida la suspensión total o parcial de las obligaciones de servicio público, posibilidad que desapareció del texto finalmente aprobado.

se habilitó al Gobierno de la Nación para que pudiera imponer aquellas obligaciones tanto en las comunicaciones aéreas interinsulares canarias como en las conexiones de Canarias con el resto del territorio nacional. Unos años más tarde, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, otorga una mayor amplitud a aquella habilitación, haciendo referencia a los dos archipiélagos y a las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En concreto, el artículo 103 *in fine* de la disposición citada señala⁸⁹:

«El Gobierno procederá a la declaración de obligaciones de servicio público en los tráficos aéreos interinsulares y, en su caso, en los tráficos aéreos de los archipiélagos con el territorio peninsular; en ambos supuestos, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CEE) 2408/92, del Consejo, de 23 de julio. Esta declaración se realizará previa audiencia a los Gobiernos de Canarias y de las islas Baleares. Esta medida será de aplicación a Melilla y, en su caso, a Ceuta en el tráfico con el territorio peninsular. Asimismo, se financiará con cargo al porcentaje a que se refiere el párrafo segundo de este precepto el incremento del gasto público que origine el establecimiento de estas obligaciones de servicio público».

La disposición transcrita permite extraer una serie de características a la hora del establecimiento de este tipo de obligaciones en el transporte aéreo:

a) Responsabilidad estatal en la aplicación de esta medida, siendo competencia del Gobierno de la Nación su imposición a propuesta de la Dirección General de Aviación Civil⁹⁰.

⁸⁹ Sobre dicha disposición VILLAR ROJAS, F.J., «Las tarifas y el hecho insular», en ARIÑO ORTIZ, Gaspar (ed.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares-FER, Granada, pp. 227-230.

⁹⁰ Corresponde a la Dirección General de Aviación Civil dentro del Ministerio de Fomento formular la propuesta de obligaciones de servicio público en el ámbito de la aviación civil (art. 10 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Fomento, según redacción dada por el Real Decreto 184/2008, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea).

b) Identificación territorial de los ámbitos más proclives a la existencia de tales obligaciones. La referencia territorial debe entenderse como un *numerus apertus* que no impide que, si se dan las condiciones y requisitos necesarios, se puedan imponer estas obligaciones para otros territorios.

c) Justificación comunitaria de la medida, que engarza con el fundamento jurídico comunitario del que traen causa tales obligaciones en el sector aéreo. Los acuerdos por los que se han impuesto estas obligaciones añaden además una referencia al principio de solidaridad y a las circunstancias del hecho insular en relación con los dos archipiélagos⁹¹.

d) Audiencia a las instituciones políticas gubernamentales de los territorios afectados. Aunque la disposición comentada sólo hace referencia a los gobiernos balear y canario, debe entenderse que en el caso de Ceuta y Melilla habrá que darle audiencia a sus respectivos Consejos de Gobierno.

e) Suficiencia financiera para atender tales obligaciones.

En aplicación de tales disposiciones el Gobierno de la Nación ha procedido a aplicar obligaciones de transporte aéreo en determinadas rutas, principalmente vinculadas a los dos archipiélagos, aunque la evolución reciente también ha extendido esta solución a vuelos interiores, como el caso de Almería.

5.2. Su aplicación concreta

En aplicación de la normativa comunitaria europea y de las disposiciones citadas, el Gobierno de la Nación declaró obligaciones

⁹¹ Un planteamiento general sobre la insularidad como hecho diferencial en LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Estado autonómico y hechos diferenciales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; SUAY RINCÓN, J., *Estudios jurídicos y territoriales sobre Canarias*, Centro de la Cultura Popular Canaria, especialmente pp. 25-58; VILLAR ROJAS, F. J., y BETANCORT REYES, F., «El hecho insular: hecho diferencial constitucional y comunitario», en *Anuario del Instituto de Estudios Canarios*, XLIV, 2000, pp. 163 y ss.; VILLAR ROJAS, F. J., «Canarias, región ultraperiférica: una explicación del artículo 299.2 del Tratado de la Unión Europea», en la misma revista anterior, XLV, 2001, pp. 161 y ss.

de servicio público determinadas rutas aéreas en Canarias, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998⁹². Este Acuerdo sería posteriormente sustituido por el actualmente vigente de 2 de junio de 2006, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Canarias⁹³. En ambos supuestos las obligaciones de servicio público afectan sólo al tráfico aéreo interinsular. En concreto las rutas aéreas afectadas son⁹⁴: a) Gran Canaria-Tenerife Norte; b) Gran Canaria-Tenerife Sur; c) Gran Canaria-Lanzarote; d) Tenerife Norte-Lanzarote; e) Gran Canaria-Fuerteventura; f) Gran Canaria-El Hierro; g) Gran Canaria-La Palma; h) Tenerife Norte-Fuerteventura; i) Tenerife Norte-El Hierro; j) Tenerife Norte-La Palma; k) La Palma-Lanzarote; l) Gran Canaria-La Gomera, y m) Tenerife Norte-La Gomera.

En el caso de las islas Baleares, las obligaciones de servicio público se impusieron, igualmente para el tráfico aéreo interinsular, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2003⁹⁵. En este caso las rutas aéreas sometidas a obligaciones de servicio público son: a) Mallorca-Ibiza; b) Mallorca-Menorca, y c) Menorca-Ibiza.

En ambos supuestos el mercado se encuentra abierto a todos los operadores aéreos que deseen prestar sus servicios, a condi-

⁹² Resolución de 30 de julio de 1998 de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transporte ordenando la publicación en el BOE, lo que se hace en el BOE n.º 206, de 28 de agosto de 1998. Curiosamente este Acuerdo no cita ni la Ley 14/1994, ni la Ley 66/1997.

⁹³ Resolución de 21 de julio de 2006 de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-06-2006, que declara obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Canarias, BOE n.º 178, de 27 de julio de 2006. Publicado en el DOUE n.º 267, de 26 de agosto de 1998.

⁹⁴ Apartado I (rutas aéreas afectadas) del Acuerdo de 2 de junio de 2006.

⁹⁵ Resolución de 28 de noviembre de 2003 de la Subsecretaría del Ministerio de Fomento, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2003, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Baleares. BOE n.º 290, de 4 de diciembre de 2003. Sobre la base de la autorización contenida en el epígrafe III, apartado 2, del Anexo de dicho Acuerdo, se aprobó la Orden FOM/1085/2008, de 7 de abril, por la que se sustituye el sistema de tarifas máximas por tarifas de referencia en las obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Baleares.

ción de que asuman las obligaciones impuestas, sin que se haya procedido a la licitación de ninguna ruta aérea⁹⁶.

Bajo la vigencia del Reglamento (CE) 1008/2008 el Gobierno de la Nación ha impuesto, por vez primera, obligaciones de servicio público en el tráfico aéreo peninsular, en particular, en la ruta aérea Almería-Sevilla mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2009⁹⁷. La decisión se tomó a instancia de la Junta de Andalucía, «con objeto de reforzar la cohesión territorial de la Comunidad Autónoma, de mejorar la comunicación entre ambas ciudades y optimizar los efectos del desarrollo poblacional y del dinamismo económico de la provincia de Almería»⁹⁸. El Acuerdo prevé la posibilidad de licitación de la ruta aérea si, en el plazo de un mes desde la publicación de la nota informativa en el DOUE, ninguna empresa está interesada en prestar sus servicios⁹⁹.

Hasta el momento no se han impuesto este tipo de obligaciones para las conexiones aéreas con las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, limitándose a la existencia de ayudas de carácter sociales para los residentes¹⁰⁰.

Debe señalarse que la imposición de tales obligaciones lo es con independencia de las subvenciones por razón de residencia que benefician a los que vivan en los territorios insulares y Ceuta y Melilla¹⁰¹. Asimismo, el alcance concreto de las obligaciones impuestas a través de los acuerdos gubernamentales señalados se expondrá al hilo del análisis que de las mismas se hace en el capítulo siguiente.

⁹⁶ *Vid.* cap. 3.

⁹⁷ Resolución de 27 de marzo de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de marzo de 2009, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta Almería-Sevilla (BOE n.º 96, de 20 de abril de 2009).

⁹⁸ Exposición del Motivos del Acuerdo de 13 de marzo de 2009 citado.

⁹⁹ Apartado cuarto del Acuerdo de 13 de marzo de 2009. Cfr. cap. 3, sobre la mecánica de funcionamiento del sistema.

¹⁰⁰ Cfr. cap. 4.

¹⁰¹ Cfr. cap. 4.

Capítulo Segundo

Contenido y alcance de las obligaciones

1. Características de las obligaciones

1.1. *Prestación mínima o estándar*

Tal y como se adelantó, las obligaciones de servicio público pueden afectar a aspectos tales como la continuidad, regularidad, precios o la capacidad de los servicios aéreos. Aunque se haya suprimido con la reforma el concepto utilizado por la normativa anterior para definir tales obligaciones, como lo hacen otras normas, se puede seguir utilizando la idea de que el empresario no las asumiría si sólo tuviera en cuenta su propio interés comercial. El problema que se plantea es determinar el alcance o extensión que adquieren tales obligaciones, lo cual es relevante a la hora de que el operador valore incorporarse o no a ese mercado.

Al objeto de conciliar los intereses de los usuarios en obtener una prestación adecuada y la rentabilidad del gestor que las asume, se ha destacado el carácter mínimo, esencial o básico que adquieren las prestaciones que se reconocen a favor de aquéllos¹. Esta idea está presente en la normativa reguladora del transporte aéreo al precisar que las obligaciones de servicio público en este sector se impondrán *«solamente en la medida necesaria para garantizar en dicha ruta una prestación mínima de servicios aéreos regulares»*². Esa configuración mínima se acentúa, sobre todo, en lo que afecta a la regularidad del servicio (frecuencias y horarios) y en la capacidad de las aeronaves para atender la misión de interés general encomendada.

¹ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Tres postulados...», *op. cit.*, pp. 150-152.

² Artículo 16 del Reglamento (CE) 1008/2008.

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse ese mínimo que se garantiza con la imposición de tales obligaciones? Se trata, o al menos así puede entenderse, como un umbral mínimo de calidad que el gestor del servicio se obliga a mantener cuando decide operar la ruta aérea sometida a tales obligaciones. En consecuencia, nada impide al operador aéreo aumentar ese mínimo, por ejemplo, aumentando el número de vuelos u ofreciendo una mayor capacidad de carga de pasajeros. De este modo, cuando se impone, por ejemplo, que el operador deberá prestar «*como mínimo tres vuelos de ida y vuelta diarios de lunes a viernes*», es posible, si su estrategia empresarial lo permite y aquél lo desea y si las condiciones técnicas no lo impiden, ofrecer un número mayor de frecuencias. Lo mismo cabe afirmar para la capacidad. Tal configuración permite destacar varias ideas:

- a) Lo mínimo se asocia a lo esencial, aquello sin lo que la misión de interés general no podría entenderse satisfecha.
- b) Ese mínimo se convierte en un umbral, también mínimo, que el gestor (operador aéreo) no puede desatender.
- c) El umbral citado no supone una prohibición en el sentido de que el operador puede aumentar o mejorar ese umbral mínimo de calidad que surge con la imposición de las obligaciones.
- d) Lo que se ofrece por exceso voluntariamente por el gestor no puede alterar el resto de condiciones de servicio público ni tampoco la Administración ni el usuario quedan amparados para reclamar el mantenimiento de lo que supere aquel mínimo, en el supuesto de que fuera suprimido.

1.2. Claridad

Otro de los requisitos exigidos a las obligaciones de servicio público es que sean definidas con claridad³. Así lo han expresa-

³ Estaría en relación con este requisito la existencia de una relación directa entre esas obligaciones y la misión a satisfacer, tal y como ha exigido la jurisprudencia. Cfr. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F, «Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria», REDA, n.º 102, 1999, pp. 307-309.

do tanto la Comisión europea como los Tribunales de Justicia. En tal sentido, la Comunicación de la Comisión sobre *Los servicios de interés general en Europa* ya citada (2000) señala que tales servicios deben contar con una «definición clara de las obligaciones básicas para garantizar la prestación de servicios de buena calidad» (apartado 11). En el transporte aéreo esta exigencia fue ya destacada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989 (*Ahmed Saeed Flugreisen*), aunque circunscritas a las tarifas como posibles obligaciones de servicio público («cuando la naturaleza de esta misión [de servicio público] y su repercusión sobre la estructura de las tarifas estén establecidas claramente»).

Aunque sin duda es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003 (*Almark Trans*, asunto C-280/00) la que con mayor contundencia reconoció la necesidad de que «la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente» (fallo de la Sentencia)⁴. La consecuencia más importante, como se desarrollará, es que de ello dependerá el posible reconocimiento de la compensación económica por asumir aquellas obligaciones. Esta exigencia fue apuntada, antes del caso *Altmark*, en el sector aéreo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2001. En ella se afirma que «si bien el Reglamento n.º 2408/92 permite, en determinadas condiciones, imponer a las compañías aéreas tales obligaciones de servicio público que pueden ser compensadas financieramente, es necesario que dichas obligaciones se definan previamente y que

⁴ Este requisito aparece también en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2003 (asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, caso *Enirisorse SpA*) al señalar que «no resulta que se haya encomendado a las *Aziende* una misión de servicio público ni, a *fortiori*, que ésta haya sido claramente definida» (apartado 34); en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005 (asunto T-17/02, caso *Fred Olsen*), al recoger que «por consiguiente, debe afirmarse que las obligaciones de que se trata están claramente definidas» (apartado 201). Las obligaciones se habían impuesto con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 3577/92, que regula la imposición de obligaciones de servicio público en el transporte marítimo. En la misma línea, el Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2005/C 297/04), DOUE de 29-11-2005, señala que «es necesario que exista una atribución de servicio público que defina las obligaciones recíprocas de las empresas en cuestión y del Estado».

las contrapartidas financieras puedan ser individualizadas como la compensación específica de dichas obligaciones»⁵.

Por su parte, la Comisión europea lo ha generalizado como uno de los requisitos a valorar para que la compensación por obligaciones de servicio público no sea considerada como ayuda de Estado. Así lo ha hecho en su Decisión de 28 de noviembre de 2005 (2005/842/CE), que expresamente se aplica a los transportes marítimos y aéreos. La novedad del planteamiento merece destacarse literalmente:

«los Reglamentos relativos al transporte aéreo y marítimo no contemplan la compatibilidad de los posibles elementos de ayuda estatal ni contienen exención alguna de la obligación de notificación en virtud del artículo 88, apartado 2, del Tratado. Por consiguiente, procede aplicar la presente Decisión a la compensación por servicio público en los sectores del transporte aéreo y marítimo si, además de cumplir las condiciones de la presente Decisión, dicha compensación se atiene también a las normas sectoriales...» (apartado 18).

Tras la reforma y la unificación de la normativa reguladora de este sector, este planteamiento se ha visto reforzado y asumido completamente. Así se destaca en la Exposición de Motivos al afirmar que *«las condiciones en que pueden imponerse obligaciones de servicio público deben estar definidas de forma clara e inequívoca»⁶.*

2. Una prestación regular y continua

2.1. Regularidad

Una de las posibles obligaciones de servicio público que pueden imponerse en el transporte aéreo afecta a la continuidad con

⁵ Asunto C-70/99, caso *Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa*, apartado 34.

⁶ Apartado 12 de la Exposición de Motivos del Reglamento (CE) 1008/2008.

la que debe prestarse aquel servicio⁷. Ésta es una de las notas características en la pequeña historia de los servicios públicos, por tanto no puede sorprender que dicho requisito aparezca en la formulación comunitaria de dicha institución. Así lo recogen diversas normas comunitarias para otros servicios y, a modo de síntesis, lo recuerda también el *Libro Verde sobre los servicios de interés general*⁸.

A pesar de la importancia de este requisito no existe una definición que explique en qué consiste y qué aspectos cubre. Para acercarnos a una idea aproximada necesitamos acudir a las diferentes decisiones por las cuales se imponen aquellas obligaciones. De ellas pueden extraerse las ideas que a continuación se exponen.

Para determinar el alcance de la continuidad debe previamente establecerse la regularidad con la que ese servicio se va a prestar. Son dos elementos indisolubles, estando la continuidad condicionada o configurada a partir de aquella regularidad.

La regularidad vendrá determinada por el número de servicios que se ofrecen al público, lo que se denomina su frecuencia, y por el horario en que tales servicios van a ser efectivos. La configuración puede ser diversa en atención a la necesidad a satisfacer. El número de vuelos diarios puede variar, incluso establecerse un número de vuelos a la semana. Generalmente, los festivos, sábados y domingos dicha frecuencia se reduce. También esa frecuencia puede ser diferente por temporadas (estival o invierno); incluso puede suspenderse en determinados meses. Así, los referidos acuerdos pueden recoger, por ejemplo, en cuanto a la frecuencia que «*los servicios deberán prestarse todo el año, salvo los días festivos y el período de servicio reducido de agosto y final de año, como*

⁷ Una exposición sobre este principio al hilo de la teoría del servicio público tradicional en VILLAR EZCURRA, J. L., *Servicio público y técnicas de conexión*, CEC, Madrid, 1980, pp. 209 y ss.; *idem*, *Derecho Administrativo especial*, op. cit., pp. 218 y ss.; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *La actividad de la Administración*, op. cit., pp. 151 y ss. Sobre sus orígenes en nuestro Derecho, SALA ARQUER, J. M., *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en el Derecho español)*, INAP, Madrid, 1977.

⁸ COM (2003) 270 final.

mínimo a razón de dos idas y vueltas diarias, por la mañana y por la tarde, de lunes a viernes, y de una ida y vuelta los sábados por la mañana y los domingos por la tarde»⁹.

Por lo que respecta a los horarios, éstos pueden dejarse a la libre determinación de los operadores dentro de ciertos límites o estar perfectamente predeterminados en el acuerdo que impone las obligaciones. En el primer caso es normal establecer la necesidad de garantizar un número de horas en destino para que los usuarios puedan realizar sus actividades y retornar ese mismo día. De este modo pueden encontrarse precisiones sobre estas obligaciones que señalan que *«los días laborables, los horarios deberán permitir a los pasajeros que viajen por motivos profesionales efectuar una ida y vuelta en el día, con un margen de al menos siete horas en destino...»¹⁰* o que *«en lo que respecta a las conexiones caracterizadas por una frecuencia diaria de vuelo único (o como máximo por una frecuencia diaria doble), las compañías que acepten las obligaciones de servicio público quedan determinar los horarios de vuelo. Sin embargo, dichas compañías tendrán en cuenta la necesidad de garantizar el vuelo de ida y el vuelo de vuelta (...) en el día así como una espera considerable en cada destino»¹¹.*

En nuestro país la forma de determinar las frecuencias horarias no difiere de lo que puede encontrarse en cualquier otro acuerdo por el que se imponen obligaciones de servicio público. Éstas varían de unas rutas a otras y dependiendo de las temporadas de invierno o verano, pudiendo encontrar previsiones que establecen un margen de horas en destino para realizar el regreso¹².

⁹ Imposición por Francia de obligaciones de servicio público a servicios aéreos regulares interiores (2004/C 299/10), DOUE de 4-12-2004.

¹⁰ Imposición por Francia de obligaciones de servicio público a servicios aéreos regulares interiores (2004/C 299/10), DOUE de 4-12-2004.

¹¹ Imposición de la obligación de servicio público a los servicios aéreos dentro de Italia (2004/C 306/03), apartado 2.1.3, entre otras, DOUE de 10-12-2004.

¹² Baste como ejemplo la ruta entre Tenerife-Norte y Fuerteventura:

Desde el 1 de enero al 30 de junio y desde el 1 de octubre al 31 de diciembre, la frecuencia mínima será de tres idas y vueltas diarias; desde el 1 de julio al 30 de septiembre, la frecuencia mínima será de seis idas y vueltas diarias. Los horarios deberán permitir a los usuarios efectuar una ida y vuelta en el mismo día, con un margen de siete horas en destino, entre las siete y las veinte horas en servicios de mañana, mediodía y tarde.

Los acuerdos que imponen estas obligaciones hacen referencia a otros dos aspectos que están relacionados con la regularidad. Uno de ellos afecta al carácter directo de los vuelos, por tanto sin escalas con otros aeropuertos. El otro se refiere a la reserva de *slot* que existe en algunos aeropuertos para los servicios sujetos a obligaciones de servicio público¹³.

2.2. Continuidad

La misma indefinición que está presente en la regularidad se encuentra también en la continuidad, que es la obligación de servicio público expresamente citada por la normativa. El enfoque adoptado es el mismo, extraer de los acuerdos que imponen tales obligaciones en qué consiste esta obligación. Una vez que se sabe cuál es la regularidad que va a tener el servicio, la continuidad afecta a su aspecto dinámico, es decir, a las posibles interrupciones que pueden originarse en su realización efectiva. Por tal motivo, varios son los extremos a considerar en relación con esta obligación: a) el nivel aceptable de continuidad; b) la causa de exoneración de responsabilidad; c) los requisitos para poder interrumpir la prestación, y d) la incidencia del ejercicio del derecho de huelga sobre tales servicios.

En la mayoría de los casos se acepta que el servicio no va estar operativo al 100% y que pueden producirse interrupciones en su prestación efectiva. Se puede afirmar que existe lo que podría denominarse un «*nivel aceptable de continuidad*», delimitado por el porcentaje de anulaciones o cancelaciones de servicio que sean

¹³ Como muestra la referencia contenida en las obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares del interior de Francia (2002/C 298/08), DOUE de 30-11-2002, fijando que «cabe indicar que algunas franjas horarias están reservadas en el aeropuerto de París (Orly) de lunes a viernes para el servicio regular París (Orly)-Lannion, en virtud del artículo 9 del Reglamento (CEE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios. Las compañías aéreas interesadas podrán solicitar información sobre las franjas horarias al coordinador de los aeropuertos parisinos». Cfr. cap. 5.

admitidos en cada caso. En otras palabras, se reconoce que la prestación puede fallar sin comprometer la satisfacción de la misión de servicio público. Ese nivel no se encuentra predeterminado por la normativa comunitaria. Por tanto, queda en manos de cada Estado miembro establecer aquel nivel. A tenor de lo que viene haciéndose en la práctica ese nivel aceptable de interrupción del servicio se situaría en torno al 1,5% y el 3% del total de vuelos programados sometidos a obligaciones de servicio público¹⁴.

En otros casos, el nivel aceptable de continuidad viene determinado no por el número de cancelaciones, sino por el porcentaje de retrasos admitidos. Un ejemplo de ello se encuentra en la previsión en que el servicio aéreo sometido a tales obligaciones «un máximo del 20% de las salidas podrá producirse con más de cinco minutos de retraso y un máximo del 5% con más de 15 minutos de retraso...»¹⁵.

En el caso español, la continuidad es vista desde la perspectiva del nivel de retrasos y cancelaciones. Ello depende de las diferentes rutas en las que se imponen tales obligaciones. Así en el caso del tráfico interinsular balear el número de vuelos cancelados no podrá superar, por cada temporada IATA, un 2% de los

¹⁴ Sirva a título de ejemplo sobre estos porcentajes (1,5%) la imposición por Noruega de nuevas obligaciones de servicio público para servicios aéreos regulares en la ruta Værøy (helipuerto)-Bodø v.v. (2004/C 268/07), DOUE de 4-11-2004; (2%) imposición de obligaciones de servicio público con arreglo al Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo relativas a servicios aéreos regulares dentro de Alemania (2007/C 149/08), DOUE de 3-7-2007; imposición de obligaciones de servicio público en las líneas aéreas regulares dentro de Grecia con arreglo al Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo (2002/C 164/06), DOUE de 1-7-2002; imposición por Francia de obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares entre Pointe-à-Pitre y Saint-Barthélémy (2003/C 172/04), DOUE de 22-7-2003; imposición por Italia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares interiores (2007/C 228/04), DOUE de 28-9-2007; (3%) imposición por Francia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares en su país (2003/C 277/07), DOUE de 18-11-2003 y entre Grenoble (Saint Geoirs) y París (Orly) (2005/C 149/03), DOUE de 21-6-2005.

¹⁵ Imposición de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares entre Mariehamn y Stockholm/Arlanda (Comunicación de la Comisión de 10 de julio de 2002, DOUE de la misma fecha).

vuelos programados y los retrasos, en el 90% de los vuelos, no podrán ser superiores a treinta minutos o a quince minutos, según la ruta aérea¹⁶. Por lo que respecta al tráfico aéreo interinsular canario el porcentaje de retrasos no podrá exceder del 1,5% y los retrasos no podrán superar los quince minutos en el 90% de los vuelos programados¹⁷. En la línea Almería-Sevilla el porcentaje es igual que para Baleares (2%) y el tiempo de retraso el mismo que para Canarias (quince minutos)¹⁸. En cualquier caso, la fuerza mayor opera como causa de exoneración de responsabilidad del transportista.

Para garantizar esa misma continuidad en algunos supuestos se establece la necesidad de prestar una fianza de explotación. Así lo ha venido reconociendo la legislación sobre el particular¹⁹. Dentro de la libertad de los Estados para configurar estas obligaciones se puede incluir la exigencia de que se «*deposite una garantía en concepto de continuidad en la explotación de dicha ruta durante un período determinado, que deberá especificarse, de conformidad con las demás condiciones de la obligación de servicio público*». También es posible encontrar entre esas obligaciones vinculadas al mantenimiento de la continuidad la existencia de penalizaciones por cada vuelo anulado que sobrepase determinados límites²⁰.

¹⁶ Apartado III.3 (continuidad) del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2003 para las rutas en las islas Baleares (BOE de 4-12-2003).

¹⁷ Apartado III.2.7 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006 (BOE de 27-7-2006).

¹⁸ El Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2009 para la ruta Almería-Sevilla establece que la cancelación no podrá superar el 2% de los vuelos programados, mientras que los retrasos no podrán ser superiores a quince minutos (Apartado III, n.º 3 —continuidad del servicio—).

¹⁹ Artículo 16.2 del Reglamento (CE) 1008/2008 —antes, art. 4.1.c) del Reglamento (CEE) 2408/92—.

²⁰ Un ejemplo puede encontrarse en la imposición por Italia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares interiores (2007/C 228/04), DOUE de 28-9-2007, al establecer dentro de las condiciones de continuidad la obligación de «depositar una fianza de explotación para asegurar la correcta prestación y continuación del servicio. Dicha fianza ascenderá al menos a 500.000 euros y adoptará la forma de una garantía bancaria o de seguro a favor de ENAC, el cual podrá destinarla a asegurar la continuación del servicio público» (apartado 2.5). En

No obstante lo anterior, los diferentes acuerdos que imponen las obligaciones de servicio público se encargan de puntualizar que en aquellos supuesto en que las cancelaciones o retrasos sean motivadas por causas de fuerza mayor se exime de responsabilidad al empresario aéreo. Esta situación se dará cuando se den «*circunstancias ajenas a quien la invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse pese a toda la diligencia empleada*»²¹.

Asimismo, es posible que la empresa aérea que haya asumido el ejercicio de las obligaciones de servicio público pueda liberarse de las mismas. En este supuesto se impone el deber de llevar a cabo un preaviso. En los supuestos analizados, el plazo para realizarlo se fija en seis meses. Es un típico deber de comunicación no sometido a aprobación administrativa posterior. Se cumple, a efecto de eludir la sanción correspondiente, comunicando previamente y con aquella anticipación la decisión de interrumpir el servicio. Este mismo plazo es el que se exige también en España²².

Por último, debe considerarse la incidencia sobre el funcionamiento de estos servicios cuando se ejerzan los derechos de huelga. Sobre este aspecto ha llamado la atención la propia Comisión europea. En tal sentido, se ha señalado que «*a nivel nacional, es preciso encontrar la forma de conciliar este requisito con el derecho de huelga de los trabajadores y con el respeto del Estado de Derecho*»²³. El establecimiento de este límite por el Derecho nacional nos lleva a considerar esta cuestión más adelante. Ahora basta con destacar que debe conciliarse la continuidad de los servicios aéreos con obligaciones de servicio público con el ejercicio del derecho fun-

ese mismo anuncio se establece la penalización por importe de 3.000 euros por cada vuelo anulado que sobrepase el límite del 2%.

²¹ Artículo 4.6.b).ii) de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

²² Apartado II.3.4 del Acuerdo de 21-11-2003 (Baleares); apartado II.4 del Acuerdo de 2-06-2006 (Canarias); apartado II, n.º 4, del Acuerdo de 13-3-2009 (Almería-Sevilla).

²³ Libro Verde sobre los Servicios de interés general COM (2003) 270 final, apartado 55.

damental a la huelga; y que ese límite compete a los Derechos nacionales²⁴.

3. La capacidad y otras condiciones que suelen aparecer

3.1. Capacidad

A. Plazas

Otro de los requisitos que los Estados miembros pueden imponer como obligaciones de servicio público afecta a la capacidad mínima. Esta obligación se define como «el número de asientos ofrecidos al público en un servicio aéreo regular durante un período determinado»²⁵. Por tanto, la normativa lo establece como un requisito que afecta a las aeronaves a utilizar, y así se utiliza en los diferentes acuerdos que establecen las obligaciones objeto de estudio. En coherencia con ello, los Estados miembros fijan las plazas mínimas que deben ser ofrecidas al público por parte de los operadores aéreos.

En términos generales esa capacidad es fijada en términos de mínimos; aunque también pueden encontrarse referencias a niveles máximos de ocupación (por ejemplo, «el nivel medio mensual de ocupación de los vuelos no será superior al 80%»)²⁶. Puede, incluso, darse la circunstancia que el número inicial fijado pueda ser objeto de ampliación o reducción («cláusula de ajuste de capacidad»), cuando el coeficiente medio de carga de pasajeros supere o sea inferior a determinados porcentajes²⁷. Una muestra de ello

²⁴ Vid. epígrafe 8 de este mismo capítulo.

²⁵ Artículo 2, apartado 17, del Reglamento (CE) 1008/2008.

²⁶ Obligaciones de servicio público impuesta por el Gobierno de Finlandia (DOUE de 4-9-2007).

²⁷ En este sentido, la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC de conformidad con la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del acto mencionado en el punto 64.a) del anexo XIII del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias]. Imposición de nuevas obligaciones

es aquella previsión que dispone que «se ofrecerán al menos 18 asientos en cada vuelo, con un mínimo anual de 26.280. Si el índice de ocupación supera un 80% o es inferior al 35% en algún trimestre del primer año, la oferta deberá ajustarse en la programación siguiente»²⁸.

Aunque la capacidad venga referida fundamentalmente al número de asientos disponibles, a veces se incluyen disposiciones relativas a la capacidad de carga, incluso al peso máximo de equipaje que puede llevar cada pasajero²⁹.

A pesar de los términos en que se expresa la normativa (número de asientos), el alcance real de la capacidad es mucho más amplio que el enunciado. En efecto, no es infrecuente que dicha obligación haga referencia, además, a las características técnicas de los aparatos que deben ser utilizados para cubrir esa ruta aérea. En este sentido, se establece que «los servicios aéreos deberán prestarse mediante aparatos presurizados con una capacidad mínima de... asientos»³⁰; o «por medio de aeronaves con motor de tipo turbopropulsor»³¹, o mediante «helicópteros con una capacidad mínima de 15 pasajeros»³². En otros casos se hace referencia a las características operativas de los aeropuertos en relación con los cuales se imponen tales obligaciones³³, con el fin de extremar las condiciones de seguridad.

de servicio público para servicios aéreos regulares en la ruta Værøy (helipuerto)-Bodø v.v. (2004/C 268/07), DOUE de 4-11-2004.

²⁸ 2002/C 164/07, DOUE de 10-7-2002 —Finlandia—.

²⁹ 2005/C 2004/07, DOUE de 20-8-2005 —Finlandia—; 2005/C 83/02, DOUE de 5-4-2005 —Francia—.

³⁰ Por ejemplo, imposición por Francia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares entre Dijon y Burdeos y entre Dijon y Toulouse (2007/C 151/04), DOUE de 5-7-2007; imposición por Francia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares en su país (2004/C 22/04), DOUE de 27-1-2004.

³¹ Imposición por Francia de obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares entre Pointe-à-Pitre y Saint-Martin Grand Case (2003/C 172/05), DOUE de 22-7-2003.

³² 2004/C 268/07, DOUE de 4-11-2004.

³³ Esto sucede, por ejemplo, en la imposición de obligaciones de servicio público con arreglo al Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo relativas a servicios aéreos regulares dentro de Alemania (2007/C 149/08), DOUE de 3-7-2007, cuando señala que «se recomienda a las compañías aéreas que presten especial atención

Ante la parquedad de la normativa, los Estados miembros en otras ocasiones configuran de manera independiente a la capacidad las referencias al tipo de aeronave o a las características técnicas de la misma³⁴.

Para las rutas aéreas interinsulares canarias y baleares el requisito de capacidad viene establecido para cada una de las rutas, dependiendo, a su vez, de si se trata de la temporada de verano o invierno³⁵. En estos casos no se especifican las características técnicas de las aeronaves a utilizar, salvo en algún caso. Por otra parte, la capacidad de las aeronaves sirve también para ponderar el número de frecuencias. De esta manera, a mayor capacidad se pueden reducir frecuencias³⁶.

B. *Capacidad, ¿como capacidad económico-financiera?*

Sin perjuicio de lo que acaba de exponerse, la normativa es más genérica a la hora de referirse a dicho requisito, dado que se asocia a la capacidad mínima que las compañías no asumirían si

a las condiciones técnicas y operativas del aeropuerto de Hof (véase el Manual Aeronáutico de la República Federal de Alemania)».

³⁴ Así ocurre, por ejemplo, en la imposición de obligaciones de servicio público realizada por Finlandia en la Comunicación de 10 de julio de 2002, diferenciando de una parte las previsiones relativas a la capacidad de las que afectan al tipo de aeronave, donde incluye referencias a la velocidad de crucero, existencia de baños a bordo, capacidad mínima de equipaje por pasajero.

³⁵ Así, por ejemplo, en la ruta Tenerife-Norte y La Palma, la capacidad mínima ofrecida en ambos sentidos será de 274.000 asientos durante la temporada de invierno IATA y 402.000 asientos durante la temporada de verano IATA. En la ruta Mallorca y Menorca esa capacidad mínima será de 71.000 asientos durante la temporada de invierno IATA y de 110.000 durante la temporada de verano IATA. En la ruta Almería-Sevilla la capacidad mínima ofrecida durante todo el año será de 30.000 asientos en cada sentido.

³⁶ Como ejemplo puede citarse la ruta Gran Canaria y El Hierro. Las aeronaves utilizadas tienen que tener una capacidad mínima de 19 plazas para cubrir las frecuencias previstas. Sin embargo, si se utilizan aeronaves con un número de plazas superiores, las frecuencias podrán reducirse hasta en un 50% siempre que se respete la capacidad mínima establecida.

únicamente tuvieran en cuenta su interés comercial. No es menos cierto que esa misma normativa define dicha expresión en términos de capacidad de carga, según ha quedado expuesto. Ahora bien, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2001 (*Analiir*), al interpretar esa obligación en el marco de la normativa reguladora del transporte marítimo³⁷, puede dar pie a utilizar una noción más amplia que la indicada. De esta manera, la noción no quedaría circunscrita a la idea de capacidad de carga, sino que podría ser utilizada para determinar la solvencia económico-financiera de la empresa para prestar el servicio. La similitud tanto sectorial como del contenido de las obligaciones previstas en ambos casos (regularidad, continuidad, capacidad, etc.) permitirían avalar dicha solución.

En el caso enjuiciado por la citada Sentencia se imponía como requisito para el otorgamiento de las autorizaciones para explotar rutas sometidas a obligaciones de servicio público que el armador se encontrara al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. A juicio del Tribunal, es posible la exigencia de tales requisitos dado que ello puede ser un indicio para demostrar a más largo plazo que va a ser capaz de asumir la prestación de las obligaciones de servicio público de una manera adecuada, siempre y cuando tales exigencias se impusieran de una forma no discriminatoria³⁸.

De aceptarse esa posición para el sector aéreo, sería posible exigir entre los requisitos para operar en una ruta aérea sometida a las obligaciones de servicio público que los operadores aéreos estuvieran al corriente en el pago de las obligaciones tributarias y de la seguridad social, como elemento de capacidad financiera que permite conocer indiciadamente que dicho transportista está en condiciones de poder asumir tales obligaciones. Con ello se vendría a obtener un elemento indiciario de la capacidad financiera del operador aéreo para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

³⁷ Reglamento (CEE) 3577/92.

³⁸ En esencia, STJUE de 20-2-2001 (*Analiir*), fundamentos jurídicos 47 a 51.

La finalidad sería la misma que la que persigue la fianza de explotación a la que ya nos hemos referido, es decir, garantizar la continuidad de la prestación. Si el operador no puede hacer frente a tales obligaciones tributarias y sociales, mal podrá atender con éxito la prestación esencial que tiene encomendada.

3.2. *Otras condiciones*

Aparte de las condiciones expuestas en los apartados anteriores y que están contempladas expresamente por la normativa, las obligaciones de servicio público pueden afectar a otros aspectos, a tenor de la determinación que realizan los diferentes Estados miembros.

La calidad es una de esas obligaciones de servicio público que suele aparecer en algunos servicios de interés económico general o citada entre la documentación relativa a estas cuestiones. Forma parte del propio concepto de una de las manifestaciones más relevantes de este tipo de servicios, el servicio universal. Sin embargo, esta obligación, como se ha señalado, no se encuentra entre las expresamente reconocidas en el transporte aéreo. A pesar de ello, podemos encontrar alguna referencia aislada y en algún acuerdo que las impone, lo que la convierte en algo puramente anecdótico³⁹. Puede decirse que la calidad en la prestación del servicio en el transporte aéreo en este caso particular viene determinado por la configuración global de las obligaciones y su percepción por el usuario. En este sentido, los usuarios percibirán un servicio de calidad en razón de circunstancias tan diversas como el tipo de aparatos a utilizar, las frecuencias y horarios establecidos, el porcentaje de cancelaciones existentes, unidos a otros factores subjetivos relativos a cómo esos servicios son percibidos por

³⁹ Una de esas pocas referencias la encontramos en la imposición y modificación por Francia de las obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares interiores de Guayana (2005/ C 83/02), DOUE de 5-4-2005, al prever como expresión de esta obligación que la compañía pudiera almacenar refrigerados todos los productos ultracongelados, congelados y refrigerados.

los usuarios (por ejemplo, amabilidad o profesionalidad de los empleados de la empresa).

Otra referencia que aparece en algún que otro caso afecta a las medidas de accesibilidad para personas con discapacidad. Suele ser una referencia genérica en cuya virtud «*la compañía aérea deberá asegurarse de que se atiende en la medida suficiente a las necesidades de las personas con discapacidad*». En algún caso, también se puntualiza que las medidas de seguridad deberán comunicarse de forma comprensible para los que tengan una discapacidad visual o auditiva. La normativa comunitaria se pronuncia sobre los derechos de este colectivo en el transporte aéreo tanto al hilo de la regulación general que afecta a los pasajeros aéreos, como a través de disposiciones específicas⁴⁰. En tal sentido se impone a los operadores aéreos que sus servicios den prioridad al transporte de las personas con movilidad reducida y sus acompañantes, así como preferencia en el derecho a recibir atención, lo antes posible, en caso de denegación de embarque, cancelación y retrasos de cualquier duración⁴¹.

⁴⁰ El Reglamento (CE) 1107/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Los deberes respecto a estas personas se imponen tanto a los gestores aeroportuarios como a las compañías aéreas. En concreto, la asistencia a la que están obligadas las compañías aéreas es: a) transporte de perros guías reconocidos en cabina, con arreglo a las normativas nacionales; b) además del equipo médico, transporte de hasta dos aparatos de equipos de movilidad por personas con discapacidad o movilidad reducida, incluidas sillas de ruedas eléctricas (previa notificación con una antelación de 48 horas y siempre que las limitaciones de espacio a bordo del avión no lo impidan, y sometido todo ello a la aplicación de la legislación pertinente en materia de mercancías peligrosas); c) comunicación de la información esencial relativa a los vuelos en formato accesible; d) realización de todos los esfuerzos razonables para disponer los asientos conforme a las necesidades de cada persona con discapacidad o movilidad reducida que así lo soliciten, siempre que los requisitos de seguridad y la disponibilidad lo permitan; e) ayuda para desplazarse a los servicios si es preciso, y f) cuando una persona con discapacidad o movilidad reducida reciba la ayuda de un acompañante, la compañía aérea hará todos los esfuerzos razonables para ofrecer a la persona acompañante un asiento junto a la persona con discapacidad o movilidad reducida (Anexo II, en relación con el artículo 10 del Reglamento 1107/2006).

⁴¹ Reglamento 261/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y

En otros casos, las citadas obligaciones afectan a cuestiones generales destinadas a los pasajeros, como medidas sobre política comercial, obligando a que se un sistema informatizado de reserva o determinadas condiciones para garantizar la conexión con otros vuelos o información general sobre itinerarios y horarios. Hasta en algún supuesto puede incluirse alguna medida de carácter medioambiental, aunque limitándose a recordar que no pueden superarse los niveles de emisión permitidos.

Ahora bien, al margen de la constatación de que en los diferentes acuerdos por los que se imponen obligaciones de servicio público existan algunas obligaciones que expresamente no son citadas en el Reglamento (CE) 1008/2008, la cuestión teórica que se suscita es si un Estado miembro puede imponer obligaciones diferentes a las previstas en dicha norma.

En realidad, la Sentencia *Analir* citada se pronuncia tangencialmente sobre esta cuestión, al entender que la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y fiscales deriva de la existencia de otra obligación sí prevista expresamente, la obligación de capacidad del servicio. En otras palabras, el estar al corriente en el pago de esas obligaciones sería un indicio de la capacidad de servicio, serviría para su constatación, aunque fuera indiciaria. Si el operador no puede siquiera afrontar tales obligaciones será una prueba de su falta de capacidad. En cualquier caso, sería una especie de contenido implícito o derivado de la obligación principal predeterminada normativamente, en el supuesto, la capacidad. Siendo ello así, el razonamiento puede ser extendido sin dificultad al resto de obligaciones. Los Estados miembros pueden imponer obligaciones de servicio público dife-

asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) 295/91. Este Reglamento define a las personas con movilidad reducida como toda persona cuya movilidad esté reducida a efectos de la utilización de un medio de transporte debido a cualquier deficiencia física (sensorial o de locomoción, permanente o temporal) o mental, a su edad o a cualquier otra causa de discapacidad, y cuya situación necesite una atención especial y la adaptación a sus necesidades de los servicios que se ponen a disposición de todos los pasajeros.

rentes siempre que guarden relación con las previstas por la normativa comunitaria europea. Con el razonamiento seguido en la Sentencia *Analir* pueden extraerse las siguientes consecuencias para el sector aéreo:

a) No cabe el establecimiento de obligaciones de servicio público diferentes a las previstas en la normativa comunitaria desligadas o que no guarden una relación con las expresamente previstas en aquélla.

b) Es posible puntualizar, matizar o desarrollar una obligación de servicio público prevista en la normativa. Es decir, lo que permite la citada sentencia es concretar el alcance de una obligación de servicio público previamente determinada a nivel comunitario, pero no crear una nueva.

Este planteamiento es coherente con el carácter restrictivo de las obligaciones de servicio público y su determinación a nivel comunitario, precisamente para que no se produzca una distorsión de ese mercado.

4. La potestad tarifaria

4.1. Limitación de la libertad de precios: su control administrativo

La liberalización del transporte aéreo trajo consigo la consagración del principio de libertad en el establecimiento de las tarifas aéreas⁴². Éstas se definen como «los precios expresados en euros o en moneda local que se deben pagar a las compañías aéreas o a sus agentes u otros vendedores de billetes por el transporte de pasajeros en los servicios aéreos y las condiciones de aplicación de dichos precios, incluidas la remuneración y las condiciones ofrecidas a la agencia y otros servicios

⁴² Sobre la conformación tradicional de la potestad tarifaria en los servicios públicos las obras clásicas de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la naturaleza de la tasa y de las tarifas de los servicios públicos», *RAP*, n.º 12, 1953, pp. 129 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios públicos*, IGO, Sevilla, 1976; TORNOS MÁS, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1982.

auxiliares»⁴³. Esa libertad, tanto antes como ahora, no afectaba a las tarifas impuestas por razón de servicio público. Éstas quedan sometidas al control y aprobación de la Administración pública, manifestándose en forma de tarifa máxima⁴⁴. Es decir, la tarifa aérea como obligación de servicio público no queda al albur del mercado, al igual que el resto de obligaciones de este tipo⁴⁵.

Tal y como se adelantó en el capítulo anterior, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989 (*Ahmed Saeed Flugreisen*), recaída sobre un supuesto de tarifas aéreas, declaró que las normas del Tratado no son contrarias «a que se limiten los efectos de la competencia, en la medida en que ello sea indispensable para realizar una misión de interés general impuesta a los transportistas aéreos...». Ello será posible, a juicio del Tribunal, «siempre y cuando la naturaleza de esta misión y su repercusión sobre la estructura de las tarifas estén establecidas claramente».

Los diferentes actos de imposición de las obligaciones de servicio público ponen de relieve que las tarifas impuestas se establecen con el carácter de máximas («un vuelo de ida entre... deberá

⁴³ Artículo 2, apartado 17, del Reglamento (CE) 1008/2009. En relación con la disposición anterior, RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo...*, op. cit., pp. 160 y ss. Explicando la evolución acontecida en los diferentes paquetes de medidas liberalizadoras sobre esta cuestión, GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico*, op. cit., pp. 396 y ss. La reforma ha suprimido la referencia a la posibilidad de los Estados miembros de establecer mecanismo de registro de las tarifas, siendo ahora la preocupación que el precio sea real e incorpore todos los impuestos, recargos, cánones que se le aplica de modo que la información suministrada al cliente sea fidedigna.

⁴⁴ Artículo 21.b) del Reglamento (CE) 1008/2008 —antes, art. 1.2.b) del Reglamento (CEE) 2409/92—.

⁴⁵ Sobre los cambios generados por la liberalización sobre esta potestad, con carácter general, VILLAR ROJAS, F. J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000; ARIÑO ORTIZ, G. (ed.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001; TORNOS MÁS, J., «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, op. cit., pp. 649 y ss.; *idem*, «Regulación de precios y tarifas», en *Derecho de la Regulación Económica*, t. I, op. cit., pp. 537 y ss.

costar como máximo...»; «la tarifa completa de ida, en clase turista en las rutas... ascenderá como máximo a...»; «estas tarifas serán como máximo de...»; «el precio de un billete de ida y vuelta... no podrá exceder de...»). Esas tarifas pueden ir referidas tanto al transporte de pasajeros como al de carga. En el caso de las tarifas para los pasajeros, se pueden recoger tarifas especiales dirigidas a determinadas «categorías de pasajeros», tales como menores o mayores de una determinada edad, estudiantes, personas con discapacidad o residentes en determinadas zonas⁴⁶.

Igualmente, suele incluirse un sistema de revisión de dichas tarifas para el caso de variaciones en los costes. En tal sentido se dispone que «en caso de incremento anormal, imprevisible y ajeno a la voluntad de las compañías de los elementos de coste que afecten a la prestación de los servicios aéreos, estas tarifas máximas podrán aumentarse en proporción al incremento registrado». En otros casos se prevé una revisión al año sobre la base de la evolución anual del índice de precios al consumo.

En España los acuerdos por los que se han impuesto las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo en el tráfico interinsular canario y balear adoptaron, en un principio, el sistema tradicional de tarifas máximas para cada ruta aérea, al igual que la ruta Almería-Sevilla. Sin embargo, dicho sistema se ha sustituido por otro de «tarifas de referencia», ¿supone ello un abandono de las tarifas máximas?

⁴⁶ TORNOS MÁS propone hablar de «precio regulado» cuando «es el poder público (Administración o Autoridad independiente reguladora) con el fin de garantizar al usuario la prestación de un servicio económico de interés general en condiciones asequibles, o bien con el fin de garantizar a una entidad prestadora de un servicio de interés general el acceso a una red que constituye una infraestructura imprescindible para llevar a cabo la actividad prestacional», precisando al respecto que «cuando se fija un precio regulado la Administración (o la Autoridad Administrativa Independiente) ejerce una potestad reguladora de carácter general que se le atribuye con carácter temporal. La voluntad del ordenamiento es que el precio se fije por el mercado, pero hasta tanto éste no funcione correctamente se impone a la Administración el deber de fijar el precio del servicio final o el acceso a una red de utilización necesaria» (TORNOS MÁS, J., «La intervención pública sobre los precios de los servicios...», *op. cit.*, pp. 659-660).

4.2. El caso español: de tarifas máximas a tarifas de referencia

El sistema de tarifas máximas inicialmente establecido y seguido mayoritariamente por los diferentes Estados miembros se ha sustituido en nuestro país por un sistema de tarifas de referencia. El propio Acuerdo que impuso las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo en las islas Baleares del año 2003 ya autorizaba al Ministerio de Fomento para convertir las tarifas máximas en un sistema de tarifas flexibles⁴⁷. Ese cambio se produjo mediante la Orden FOM/1085/2008, de 7 de abril⁴⁸. La justificación esgrimida por dicha disposición fue que el sistema tarifario se ha mostrado «insatisfactorio para la demanda de movilidad de los ciudadanos... A pesar de que el mercado aéreo interbaleares sigue siendo de libre acceso, la pequeña dimensión del mismo y la no contemplación en dicho Acuerdo de un sistema de precios flexible que introdujese una estructura tarifaria similar al estándar de cualquier mercado abierto, no ha incentivado que nuevas compañías entrasen en él y que sus propias fuerzas llevasen a un comportamiento competitivo que favoreciese una aplicación más flexible de las mismas».

Por su parte, el Acuerdo que impuso obligaciones de servicio público en el tráfico aéreo interinsular canario en el año 2006 declara en su preámbulo que «se propone modificar el actual sistema de tarifas máximas contempladas en el anterior Acuerdo (1998) por un sistema de tarifas flexibles que permita a las compañías adecuar su política de precios a las necesidades reales de los usuarios siguiendo los principios establecidos en el Reglamento 2409/92 del Consejo sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos, potenciando así mismo una mayor pro-

⁴⁷ Apartado 2.2 del Acuerdo del Gobierno de la Nación de 21 de noviembre de 2003 por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Baleares. En concreto dicho Acuerdo prevé: «Las tarifas máximas establecidas en este apartado podrán ser convertidas por el Ministro de Fomento, previo informe de la Comisión Mixta, en tarifas de referencia, con unos márgenes de fluctuación que serán determinados en función de las condiciones competitivas del mercado».

⁴⁸ Orden FOM/1085/2008, de 7 de abril, por la que se sustituye el sistema de tarifas máximas por tarifas de referencia en las obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas de Baleares (BOE n.º 95, de 10 de abril de 2008).

ductividad de su flota mediante una más adecuada utilización temporal de la misma».

De ser ciertas las razones esgrimidas en los preámbulos transcritos, todos los males del transporte aéreo interinsular se achacan a la rigidez del sistema tarifario. Ello provocaría la generación de un mercado poco atractivo para que se instalen nuevos operadores, la falta de ajuste a las necesidades de los usuarios o, en fin, la ineficacia en la utilización de las aeronaves. Ahora bien, para comprender el funcionamiento de esa tarifa de referencia debe tenerse en cuenta la diversidad que presenta la potestad tarifaria en el ámbito aéreo.

El primer problema que aparece es la falta de uniformidad conceptual a la hora de definir esas tarifas de referencia. Para el caso de las rutas interinsulares Canarias se define como *«la tarifa más baja sin condiciones, cuyos precios, se encuentran establecidos»* en el propio Acuerdo que impone las obligaciones de servicio público; mientras que la Orden FOM del año 2008 citada que sustituye el sistema de tarifas máximas por el de referencia para el tráfico interinsular balear las define en cambio como *«las tarifas sometidas al control del Estado a partir de las cuales, las compañías podrían establecer las tarifas flexibles, sociales y promocionales de carácter comercial»*. Esta segunda definición se ajusta mejor a la finalidad de esta tarifa de referencia, cuyas características son: a) es una tarifa que se fija administrativamente por el poder público, y b) supone un umbral a partir del cual se van a fijar el resto de tarifas, dentro de unos límites.

A partir de esa tarifa de referencia se pueden establecer el resto de tarifas. De esta forma, la *«tarifa flexible»* sería aquella que podría superar la tarifa de referencia respetando una serie de límites. Uno de ellos es la imposibilidad de superar en un 25% la tarifa de referencia; otro límite es que el número de plazas ocupadas por vuelo con este tipo de tarifas no puede superar el 50% de las plazas ofertadas⁴⁹. Para que los operadores aéreos que pres-

⁴⁹ Éste es un requisito común que afecta tanto a las tarifas aéreas interinsulares canaria y balear. En la ruta Almería-Sevilla se contempla la posibilidad de realizar tarifas promocionales sobre la tarifa máxima aprobada.

tan sus servicios en estas rutas puedan establecer estas tarifas deben solicitarlo a la Dirección General de Aviación Civil.

Asimismo, tal y como ocurre en la mayoría de los acuerdos por los que se imponen obligaciones de servicio público en otros Estados miembros, las compañías aéreas deberán establecer «*tarifas sociales*» dirigidas a determinadas categorías de pasajeros, tales como jóvenes menores de una determinada edad, personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años, equipos federados en competiciones oficiales en el ámbito de la Comunidad Autónoma, estudiantes universitarios, enfermos e, incluso, por familia numerosa. En este caso, la tarifa de referencia sirve de límite para practicar un porcentaje de deducción sobre la misma, porcentaje que puede ser igual para todos o variar según el beneficiario⁵⁰.

Por su parte, las «*tarifas promocionales*» son aquellas de carácter comercial que pueden incorporar prestaciones o servicios adicionales a los de la tarifa de referencia en las condiciones previstas por la compañía, pudiendo incluir un límite mínimo de deducción⁵¹.

4.3. *Competencia y procedimiento de aprobación.* *La revisión de las tarifas*

Las tarifas de servicio público expuestas se encuentran sometidas a un procedimiento de control administrativo previo a su

⁵⁰ Para esta clase de tarifas existen diferencias entre las aplicadas en Canarias y Baleares, tanto por los beneficiarios como por los porcentajes de descuento. Así, en Canarias los jóvenes beneficiarios lo son hasta los veintidós años, mientras que en Baleares lo son hasta los veinticuatro. Sin embargo, en Canarias existe un descuento para los jóvenes universitarios menores de veintiséis años residentes en islas no capitalinas, previsión que no existe para Baleares. Por su parte, el porcentaje de deducción en Canarias para este tipo de tarifas es del 10% en todos los casos, mientras en Baleares se gradúa según el colectivo al que va dirigido (20% para jóvenes y mayores de sesenta y cinco años; 10% para equipos federados y enfermos). En el caso de la ruta Almería-Sevilla no contempla otras reducciones para determinados colectivos, aunque recuerda las bonificaciones que deben aplicarse en materia de familias numerosas.

⁵¹ En el caso del tráfico interinsular canario el importe de la deducción respecto de la tarifa de referencia se fija en un mínimo del 10%; sin embargo, para el tráfico interbaleares no se establece límite alguno.

aplicación. La técnica utilizada es el registro o inscripción de las tarifas ante la Dirección General de Aviación Civil⁵². Aunque aparentemente la utilización de las expresiones citadas puede hacer pensar que es un mero deber de comunicación, la actuación de la Administración es de auténtica aprobación de tales tarifas⁵³. Dicho control administrativo tiene por objeto comprobar su adecuación a los límites predeterminados en el marco de las obligaciones de servicio público impuestas⁵⁴.

El dinamismo de este sector económico tiene su reflejo igualmente en el sistema de aprobación, tanto por el plazo previsto, en días, como por el sentido estimatorio del silencio. De esta forma, para las tarifas de referencia, flexibles o sociales, se entenderán aprobadas si transcurren quince días naturales antes de la entrada en vigor si la Administración no contesta expresamente.

Los requisitos se suavizan aún más para el supuesto de las denominadas tarifas promocionales de carácter comercial, que tan sólo deben ser registradas con una antelación mínima de 48 horas antes de su entrada en vigor, entendiéndose aprobadas si no existe una resolución expresa en sentido contrario.

Las tarifas entrarán en vigor una vez aprobadas, expresa o presuntamente, y serán comunicadas a los gobiernos de los territorios afectados. Estas tarifas estarán en vigor con carácter indefinido, salvo que se hayan aprobado para un período determinado.

⁵² En este sentido el apartado 2.4 del Acuerdo del año 2006, por el que se imponen obligaciones de servicio público en el tráfico aéreo interinsular canario, y el apartado 2.4 de la Orden FOM/1085/2008, por el que se establece el sistema de tarifas de referencia para el tráfico aéreo interinsular balear. Según tales disposiciones, las tarifas de referencia que vayan a aplicar los operadores aéreos, aunque éstas son predeterminadas por la Administración, deben ser también objeto de inscripción.

⁵³ Las tarifas «se entenderán aprobadas si transcurren quince días», señalan los Acuerdos por los que se imponen tales obligaciones.

⁵⁴ Así se expresa en el apartado 2.4 del Acuerdo del año 2006, por el que se imponen las obligaciones de servicio público en el tráfico interinsular canario. Ninguna previsión similar aparece en cambio en el Acuerdo del año 2003 para el tráfico interbalear.

Por otra parte, esas tarifas pueden ser objeto de modificación, cambio que tendrá que ser aprobado por la Administración. En este sentido se prevé que la Administración proceda en el mes de enero de cada año a la revisión de las tarifas de referencia establecidas. Esa revisión se realizará a petición de las compañías aéreas que operen en las rutas sometidas a las obligaciones de servicio público. La revisión consistirá en trasladar a tales tarifas los efectos de la aplicación del correspondiente incremento anual del Índice General Nacional del Sistema de Precios al Consumo sobre los costes directamente afectados por tal variación. Estos costes se estiman en un 73 % de la totalidad de la estructura de costes de una compañía aérea⁵⁵. A su vez, los incrementos autorizados en las tasas aeronáuticas (aterrizaje, aproximación y ayudas a la navegación aérea) por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se trasladarán igualmente a la tarifa de referencia. Este incremento se limita hasta un máximo del 4 % de participación en la estructura de costes para cada una de las tasas afectadas⁵⁶.

También se prevé una medida para compensar el denominado riesgo imprevisible. De esta forma, se podrán también revisar las tarifas de referencia cuando se produzcan subidas anormales por causas imprevisibles ajenas a los transportistas en proporción a la subida experimentada⁵⁷.

⁵⁵ Apartado 2.2 de la Orden FOM/1085/2008 (Baleares) y apartado 2.2 del Acuerdo de 2 de junio de 2006 (Canarias). Aquí vuelve a aparecer otra diferencia que introduce confusión, dado que en el la Orden citada se encomienda al Ministerio de Fomento la revisión de tales tarifas, mientras que en el Acuerdo del año 2006 se atribuye esa competencia a la Dirección General de Aviación Civil, precisión esta última que también aparece en la ruta Almería-Sevilla.

⁵⁶ Apartado 2.2 del Acuerdo de 2 de junio de 2006 (Canarias). Este límite ha desaparecido para el caso de Baleares después de la nueva redacción dada al apartado 2 del Acuerdo de 21 de noviembre de 2003 por Orden FOM/1085/2008.

⁵⁷ Apartado 2.2 del Acuerdo de 21 de noviembre de 2003 según redacción dada por Orden FOM/1085/2008 y apartado 2.2 del Acuerdo de 2 de junio de 2006 (Canarias).

4.4. *La deficiente configuración de la potestad tarifaria como obligaciones de servicio público*

La configuración de las tarifas aéreas como obligaciones de servicio público pone de manifiesto algunos problemas.

En primer lugar, tal y como se ha ido señalando, la falta de uniformidad en su tratamiento. Esto se pone de relieve en la diferencia de los conceptos utilizados, los límites establecidos o los beneficiarios de algunas de las tarifas.

En segundo lugar, la confusa utilización de la propia idea de «tarifa de referencia». Con ésta, a tenor de lo expresado por la Administración, se pretende superar el sistema de tarifas máximas, bastante extendida en los acuerdos por los que se impone tales obligaciones, para hacerlas más flexibles, incluso, para atraer a nuevos operadores aéreos. Ahora bien, esas tarifas de referencia también operan como límite a partir de los cuales se configuran el resto de tarifas que no son libres. Por tanto, lo que permiten es una orquilla o margen de actuación a favor de los operadores aéreos que explotan rutas sometidas a obligaciones de servicio público. Siguen siendo por ello, también tarifas máximas. No tienen nada que ver con los denominados precios de referencia que operan en algunos sectores económicos. Estos precios no son obligatorios, aspecto contrario a estas tarifas que deben ser respetadas por los operadores aéreos⁵⁸. La denominada «tarifa de referencia» en el sector aéreo sigue siendo una limitación al principio de libertad en la fijación de las tarifas aéreas que limita la capacidad del operador otorgando una cierta libertad dentro de

⁵⁸ Como señala F.J. VILLAR ROJAS «los precios de referencia o indicativos son aquellos que la Administración fija, para determinados sectores, como guía o referencia para las empresas, pero no son obligatorios» [*Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos (Estudio de su naturaleza y régimen jurídico)*, op. cit., p. 85]. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, prohíbe el uso de los precios de referencia, dado que sólo admite un sistema de tarifas máximas o mínimas cuando concurren una serie de requisitos (no discriminación, necesidad y proporcionalidad) —art. 15—.

unos márgenes. Esto nos pone en contacto con el siguiente problema, el de su naturaleza jurídica.

En efecto, las tarifas aéreas, incluso en su modalidad de tarifas de referencia, son tarifas determinadas administrativamente, incluso, las propuestas por las compañías aéreas respetando los límites fijados por la Administración. De esta forma, tal y como señala VILLAR ROJAS, se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE)⁵⁹. En particular cuando aparecen en el transporte aéreo, afirma el autor, «*su régimen jurídico es análogo a la potestad tarifaria clásica de los servicios públicos: la Administración fija esas tarifas máximas, tiene la facultad de revisar anualmente su cuantía según el índice de precios al consumo y se admite la aplicación del riesgo imprevisible como garantía del equilibrio económico financiero del operador*»⁶⁰. Todos estos aspectos han aparecido en el régimen jurídico de las tarifas aéreas expuesto. Si ello es así, es notorio que el actual sistema no respeta, ni considerando la reserva de ley relativa de ley existente para configurar estas prestaciones, una mínima cobertura de los rasgos esenciales de estas prestaciones, dejadas de la mano de la Administración por completo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 va en esa línea, al afirmar que «*es manifiesta la adecuación de la tarifa aeroportuaria al concepto legal de tasas, derivada de la nota de la coactividad que impera en su aplicación, como consecuencia del monopolio de hecho que ejerce actualmente AENA*» (FJ 2.º).

⁵⁹ VILLAR ROJAS, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos (Estudio de su naturaleza y régimen jurídico)*, op. cit., in toto, especialmente pp. 65 y ss. Con un planteamiento distinto en algunos aspectos, TORNOS MÁS, J., «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, op. cit. pp. 649 y ss.; idem, «Regulación de precios y tarifas», en *Derecho de la Regulación Económica*, t. I, op. cit., pp. 537 y ss.

⁶⁰ VILLAR ROJAS, F.J., «Las tarifas y el hecho insular», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares-Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2001, p. 230.

5. Provisionalidad de las obligaciones

La adopción de obligaciones de servicio público es algo excepcional y, en consecuencia, limitado en el tiempo. Se confía en que la situación de deficiencia en la provisión de los servicios aéreos, en este caso, pueda ser corregida en el futuro, esperando en un fortalecimiento del mercado. Las obligaciones de servicio público son, desde esa perspectiva, un mal menor, algo provisional con el que afrontar coyunturalmente esa deficiencia de servicios. Con este entendimiento no puede resultar extraño que se fije un límite temporal para la vigencia de tales obligaciones.

Esos límites se configuran con el carácter de máximos. De esta manera, las obligaciones deben ser impuestas por el tiempo necesario para atender esa deficiencia, pero sin superar los plazos máximos establecidos por la normativa⁶¹. Esos límites dependen, sin embargo, de la forma en que se hayan asumido las obligaciones. Por ahora basta señalar y que las obligaciones pueden asumirse de forma diferente.

La primera de esas vías es a través del mismo título habilitante que permite la prestación de los servicios aéreos. Todos los operadores aéreos podrían asumir tales obligaciones si desean operar en la ruta en que se han impuesto aquéllas. En este supuesto todos los que operen la ruta deben asumir esas obligaciones. La segunda es mediante un contrato adjudicado mediante concurso. Dependiendo de esta distinta vía, el plazo máximo en que pueden mantenerse tales obligaciones varía.

En el primer supuesto, la normativa no establece ninguna referencia temporal. Esto podría dar lugar a pensar que, ante esa omisión normativa, el plazo puede ser superior al anterior. La justificación vendría dada por la circunstancia de que en esa ruta cualquier operador puede prestar sus servicios, siempre que acepte aquellas obligaciones. No existe limitación del número de operadores aéreos. Sin embargo, la Comisión europea ha sido más

⁶¹ Artículo 16.9 del Reglamento (CE) 1008/2008.

restrictiva y ha defendido que en este caso el plazo máximo sería de un año. Así lo entendió en la Decisión de 23 de abril de 2007 (2007/332/CE), en relación con el Reglamento (CEE) 2408/92, al señalar que *«la Comisión considera que, no obstante, en tales circunstancias, el cumplimiento del principio de proporcionalidad debería conducir a que no pueda exceder de un año el período en que la explotación deba garantizarse de forma continua, con el régimen de obligaciones de servicio público previsto por el artículo 4, apartado 1, letra a)»* (apartado 44 de la Decisión).

La solución adoptada por la Comisión, entre otros aspectos, vino motivada por la pretensión de Italia de que las compañías que operaran en la ruta de Cerdeña debían garantizar las obligaciones impuestas por un período mínimo de treinta y seis meses consecutivos; posición que rechazó la Comisión justificándolo en que una limitación de esa duración de esa entidad sólo estaba prevista cuando se recurriera a la vía del contrato antes aludida. En consecuencia, el establecimiento de un plazo superior a ese año cuando se utilizaba la primera vía (asunción voluntaria) resultaba desproporcionada.

Lo cierto es que en pocas ocasiones los acuerdos que imponen las obligaciones de servicio público establecen una limitación temporal. Lo normal, por el contrario, es que no se especifique nada al respecto. No obstante, pueden encontrarse algunos ejemplos aislados. Así, el previsto en relación con alguna ruta aérea en Grecia, realizado en los siguientes términos: *«con arreglo a lo dispuesto en la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 2408/92, cualquier compañía aérea que se proponga prestar servicios en las rutas mencionadas habrá de garantizar que lo hará durante al menos doce meses consecutivos»*⁶²; o el acuerdo que impuso tales obligaciones en algunas rutas en Finlandia, que lo hizo de la siguiente manera: *«la compañía aérea que*

⁶² Imposición de obligaciones de servicio público en las líneas aéreas regulares dentro de Grecia con arreglo al Reglamento (CEE) 408/92 del Consejo (2002/C 164/06), DOUE de 10-7-2002. En sentido idéntico en cuanto al plazo, la imposición y modificación por Francia de las obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares interiores de Guayana (2005/C 83/02), DOUE de 5-4-2005.

tenga la intención de efectuar el transporte aéreo en la ruta considerada deberá dar garantías de que va a realizar los vuelos de acuerdo con estas obligaciones de servicio público al menos hasta el final del mes de octubre de 2006»⁶³.

La regulación vigente tampoco resuelve esta cuestión, aunque se ve la mano de la Comisión en relación con la precisión introducida en el artículo 16.11 del Reglamento (CE) 1008/2008. En este caso se ha establecido que si en el plazo de doce meses desde que se impusieron las obligaciones de servicio público no se presta servicio alguno por parte de los operadores aéreos, se considerará extinguida dichas obligaciones. Esta previsión puede dar a entender que se ha acogido la interpretación de la Comisión al entender que el plazo de los doce meses sería el límite temporal para la vigencia de las obligaciones de servicio público por la vía general, la abierta a todos los operadores.

La normativa tan sólo establece una referencia temporal en el segundo de los supuestos (concurso), limitando la duración del contrato a un máximo de cuatro años, después de que tras la reforma se elevara a un año más ese límite. Es decir, la duración de ese contrato no puede ser superior a dicho plazo.

En el caso de recurrir a la vía del concurso para la adjudicación del contrato de prestación del servicio, el plazo máximo sería de cuatro años, plazo que sube hasta los cinco años en el caso de que afecte a regiones ultraperiféricas⁶⁴.

En el supuesto de que se utilice la vía de la adjudicación por el procedimiento de urgencia, según se expondrá, el plazo máximo de duración sería de siete meses no renovables⁶⁵.

⁶³ Imposición por Finlandia de una obligación de servicio público al transporte aéreo regular en la ruta Helsinki-Varkaus (2005/C 2004/07), DOUE de 20-8-2005.

⁶⁴ Artículo 16.9 del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁶⁵ Artículo 16.12 del Reglamento (CE) 1008/2008.

6. La posición de los pasajeros en relación con tales obligaciones

El usuario de un servicio aéreo de transporte sujeto a obligaciones de servicio público no ve mermado los derechos que la legislación general le confiere como pasajero aéreo. En consecuencia, independientemente de las consecuencias que derivan para el operador aéreo en los supuestos de incumplimiento de dichas obligaciones, los pasajeros aéreos podrán ejercer aquellos derechos como cualquier otro. Esto afecta especialmente a las situaciones de denegación de embarque contra su voluntad, cancelaciones de vuelo o retraso de los mismos, en los términos regulados en el Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarques y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) 295/91⁶⁶. Algunos acuerdos que imponen las obligaciones de servicio público se encargan de realizar esta precisión para despejar cualquier tipo de duda sobre esta cuestión.

La citada normativa define las diferentes anomalías en la prestación del servicio y los derechos que tienen los pasajeros al darse tales circunstancias. De este modo, el Reglamento configura qué debe entenderse por denegación de embarque o la negativa a transportar pasajeros en un vuelo pese a haberse presentado al embarque en las condiciones exigidas, salvo que concurran algunas causas justificadas que permitan denegarlo⁶⁷. Por su parte, se

⁶⁶ La STJUE de 10 de enero de 2006 (asunto C-344/04) declaró conformes a Derecho los artículos 5, 6 y 7 del citado Reglamento, que habían sido objeto de impugnación.

⁶⁷ Un análisis de estas situaciones en LOZANO ROMERAL, D. L., «Transporte aéreo. El contrato de transporte. Derechos y deberes. La sobreventa. Las indemnizaciones por retraso. Especial consideración de los minusválidos. Responsabilidad civil y seguros», *Régimen jurídico del transporte aéreo*, op. cit., particularmente pp. 304-310.

producirá una cancelación cuando no se realice el vuelo programado en el que había reservada al menos una plaza⁶⁸.

Dependiendo de tales circunstancias, el pasajero disfrutará de unos derechos u otros; o la combinación de varios de ellos. Esos derechos son el derecho a una compensación económica; el reembolso del billete o un transporte alternativo; el derecho de asistencia (comida, refrescos, alojamiento, transporte), y el derecho de recibir información.

El primer informe elaborado por la Comisión europea sobre la puesta en práctica del citado Reglamento pone de manifiesto algunos de los problemas ocasionados⁶⁹. Aparte de la imprecisión de dicha norma en algunos aspectos y su ejecución ineficaz por parte de algunos Estados miembros, también aparece la picaresca de algunas compañías aéreas a la hora de calificar e informar sobre las condiciones de un vuelo, por ejemplo, considerando un retraso lo que es una auténtica cancelación, al objeto de evitar las indemnizaciones. El caso extremo es, simplemente, no asumir sus obligaciones de cara al pasajero. Lo más grave es que esto sucede ante la pasividad de las autoridades administrativas que no establecen mecanismos claros de reclamación y no ejercen las potestades sancionadoras ante estas prácticas sistemáticas de incumplimientos⁷⁰.

⁶⁸ La STJUE de 10 de julio de 2008 (asunto C-173/07) ha precisado que el concepto de «vuelo» utilizado a los efectos de la aplicación de esta normativa debe ser interpretado en el sentido de que no se aplica en el caso de un viaje de ida y vuelta en el que los pasajeros que hayan partido inicialmente de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado CE regresan a dicho aeropuerto mediante un vuelo con salida desde un aeropuerto situado en un país tercero. La circunstancia de que el vuelo de ida y el vuelo de vuelta sean objeto de una única reserva carece de incidencia en la interpretación de dicha disposición.

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) 261/2004 sobre el funcionamiento y los resultados del presente Reglamento, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, COM (2007) 168 final, de 4-4-2007.

⁷⁰ El Tribunal de Justicia condenó a varios Estados por no haber establecido un régimen sancionador frente al incumplimiento de esta normativa, por ejemplo,

7. La garantía del cumplimiento de las obligaciones: diversidad de instrumentos. En especial, el régimen sancionador

El Derecho comunitario europeo, una vez que establece el marco en el que las obligaciones de servicio público pueden imponerse, no se preocupa por especificar los mecanismos en virtud de los cuales se garantiza el cumplimiento efectivo de aquellas obligaciones. Esta cuestión queda en manos de los diferentes Estados miembros, los cuales articulan los instrumentos que sean adecuados para garantizar aquel cumplimiento y, en definitiva, para que los servicios puedan desarrollarse correctamente. Dentro de tales instrumentos aparecen las clásicas técnicas de policía administrativa u ordenación, tales como el establecimiento de deberes de colaboración, la labor inspectora de la Administración o el ejercicio de la potestad sancionadora.

En cuanto al establecimiento del deber de colaboración, en algunos supuestos se impone a los operadores aéreos que explotan rutas sometidas a obligaciones de servicio público el deber de remitir informes periódicos, del estilo de *«la compañía aérea que preste el servicio en la línea (...) deberá presentar un informe trimestral al Gobierno provincial de (...) sobre el cumplimiento de las presentes obligaciones de servicio público»*⁷¹. Otro ejemplo similar nos lo proporciona los acuerdos por los que se imponen estas obligaciones en nuestro país: *«las compañías aéreas deberán presentar ante el Ministerio de Fomento los resultados estadísticos de cada temporada un mes después de su conclusión y, en particular, datos periódicos para cada una de las rutas sometidas a las obligaciones de servicio público relativos a la evolución del tráfico, número de pasajeros transportados, vuelos realizados, así como datos relativos a ingresos de pasaje que per-*

SSTJUE de 19 de abril de 2007 (asunto C-264/06), que condenó al Gran Ducado de Luxemburgo, y de 14 de junio de 2007 (asunto C-333/06), que condenó a Suecia.

⁷¹ Comunicación de la Comisión sobre imposición de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares entre Mariehamn y Stockholm/Arlanda (2002/C 164/07, DOUE de 10-7-2002).

mitan determinar el cumplimiento de lo establecido en este Acuerdo»⁷². La finalidad de este deber de información es que la Administración tenga un conocimiento exacto sobre el nivel de cumplimiento de las diferentes obligaciones, lo que permitirá también evaluar la necesidad de mantenerlas o ajustarlas. Otra modalidad de este deber de información se refiere al preaviso de seis meses para poder abandonar la prestación del servicio, tal y como ya se ha adelantado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes lo es sin perjuicio de la información que puede requerir la propia Administración.

Junto a este deber de colaboración se encuentran los poderes administrativos para verificar el cumplimiento de estas obligaciones. Los mecanismos a utilizar son tanto el ejercicio de la potestad de inspección como la creación de órganos específicos que supervisen el nivel de cumplimiento de las citadas obligaciones.

En el ámbito de la Administración aeronáutica española corresponde a la Dirección General de Aviación Civil, dentro del Ministerio de Fomento, el ejercicio de la potestad inspectora sobre las obligaciones de servicio público, entre otros múltiples aspectos⁷³.

Asimismo, existen órganos específicamente creados para realizar un seguimiento periódico de la evolución de los servicios sometidos a estas obligaciones elevando informes y la adopción de medidas al respecto. Estos órganos reciben la denominación de Comisión Mixta (Baleares) y de Comisión de Seguimiento (Canarias)⁷⁴.

⁷² Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-6-2006 (BOE de 27-7-2006), ya citado, y en términos similares el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-11-2003 (BOE de 4-12-2003).

⁷³ Artículo 21 en relación con la atribución a la Dirección General de Aviación Civil de la potestad inspectora y artículo 22.1.B en cuanto a su proyección sobre las obligaciones de servicio público, ambos de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. En general, la inspección aeronáutica se regula en el Título III de la citada Ley, desarrollado reglamentariamente a través del RD 98/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de inspección aeronáutica.

⁷⁴ En este caso se produce una diferencia entre las atribuciones que tienen estos órganos. Así, la Comisión Mixta creada para el caso del tráfico aéreo interbalea-

Aunque, sin lugar a dudas, la potestad a que con mayor frecuencia se refieren los acuerdos por los que se imponen las obligaciones de servicio público es la sancionadora. Así lo recoge el artículo 24 del Reglamento (CE) 1008/2008 y lo advierten los acuerdos por los que se imponen tales obligaciones. En este sentido se advierte «a las compañías comunitarias que el incumplimiento de las obligaciones de servicio público podrá dar lugar a la imposición de sanciones tanto administrativas como judiciales»⁷⁵, advertencia igualmente formulada para las rutas aéreas españolas sometidas a tales obligaciones⁷⁶. En este sentido, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, tipifica como infracción administrativa muy grave «el incumplimiento de las condiciones establecidas para la prestación de servicios de transporte aéreo sujetos a obligaciones de servicio público» (art. 45.3.1.ª)⁷⁷. En cuanto a la

además de analizar periódicamente la evolución de los servicios, también eleva informe a la Dirección General de Aviación Civil sobre los programas presentados por las compañías aéreas examinando la conformidad de los mismos con las obligaciones de servicio público impuestas. Esta Comisión está compuesta por tres representantes del Ministerio de Fomento (uno de los cuales es el Director General de Aviación Civil, que actuará de presidente) y otros tres de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Por su parte, la Comisión de Seguimiento creada para el tráfico aéreo interinsular canario señala que tiene como función realizar un seguimiento anual al finalizar la temporada del tráfico de verano, para lo cual se basará en un informe detallado elaborado por la Dirección General de Aviación Civil. Esta Comisión informará, a su vez, a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos. No dice nada sobre el control de los programas de las compañías que se realiza directamente por la Dirección General de Aviación Civil. Nuevamente aparece un diferente criterio en cuanto al tratamiento de unas y otras obligaciones de servicio público. Para la ruta Almería-Sevilla no se consigna en el Acuerdo gubernamental ningún órgano específico, pero se alude a la aplicación de un «régimen de colaboración entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma» (preámbulo del Acuerdo de 13-3-2009).

⁷⁵ Comunicación de la Comisión (2004/C 89/04, DOUE de 14-4-2004) por la que se modifican por Francia las obligaciones de servicio público en los servicios regulares entre Francia y el Reino Unido, entre otros.

⁷⁶ Los Acuerdos por los que se imponen estas obligaciones en España se preocupan por precisar que «En las rutas sometidas a obligaciones de servicio público, las infracciones que cometan las compañías aéreas en relación con tales obligaciones estarán sometidas al régimen sancionador establecido en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea».

⁷⁷ En particular, sobre las sanciones en el ámbito aeronáutico MAGIDE HERRERO, M., «El régimen sancionador en materia de transporte aéreo», *Régimen*

sanción a aplicar por dicha infracción, habrá que acudir al tipo agravado de carácter subjetivo previsto en el artículo 55.2.c) de la citada Ley, que sanciona las infracciones muy graves con multa de 450.001 a 4.500.000 euros. Esta sanción es compatible con la recuperación del beneficio bruto obtenido por la infracción (art. 55.3) y la revocación de la autorización en virtud de la cual presta los servicios aéreos (art. 56). Todo ello, sin perjuicio de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de aquel incumplimiento (art. 57).

En cuanto a otros aspectos del ejercicio de esta potestad, cabe señalar sumariamente que la competencia para sancionar corresponde al Subsecretario de Fomento, al estar prevista la sanción por encima de los 300.000 euros [art. 58.a)]. La sanción se graduará teniendo en cuenta los criterios previstos en el artículo 59, siendo el plazo de prescripción tanto de la infracción y de la sanción de tres años. En cuanto al procedimiento a seguir, se estará a las reglas previstas en la Ley 30/1992. La iniciación del procedimiento será de oficio por la Dirección General de Aviación Civil, pudiendo adoptar las medidas cautelares que sean necesarias. El plazo de resolución y notificación del procedimiento será de dieciocho meses. En caso de que no recaiga resolución dentro de ese plazo, se deberá entender caducado el procedimiento.

8. La incidencia del ejercicio del derecho a la huelga

8.1. *El transporte aéreo como servicio esencial para la comunidad*

El transporte aéreo está considerado como un servicio esencial para la comunidad, al objeto de limitar los efectos del ejercicio del derecho a la huelga en este ámbito (art. 28.2 CE)⁷⁸. Así

Jurídico del Transporte Aéreo, op. cit., pp. 683 y ss.; GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho Administrativo aeronáutico*, op. cit., pp. 581 y ss.

⁷⁸ La doctrina laboralista ha sido la que se ha ocupado especialmente de esta institución. Sin ánimo exhaustivo, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988; CASSAGNE, J. C., *La huelga en los servicios*

lo ha entendido tanto la Administración, como pone de manifiesto la existencia del Real Decreto 2878/1983, de 16 de noviembre, sobre garantías de prestación de servicios públicos esenciales en el sector del transporte aéreo⁷⁹, como la jurisprudencia, incluso, del Tribunal Constitucional (SSTC 51/86 y 43/90). La doctrina del Tribunal Constitucional reiterada y seguida por la jurisdicción ordinaria se gestó en un momento de intervencionismo y *publicatio* del servicio. Sin embargo, es la misma línea argumental invariablemente seguida tras la liberalización del transporte aéreo.

El Alto Tribunal para llegar a dicha conclusión proyecta su doctrina general sobre los servicios esenciales al transporte aéreo⁸⁰. La esencialidad, recuerda, deriva de la existencia de dere-

esenciales, Civitas, Madrid, 1993 (administrativista); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la Comunidad como telón de fondo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santander, Santander, 1993; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedex, Barcelona, 1996; VIVERO SERRANO, J. B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002; FERNÁNDEZ PROL, F., *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad: algunas propuestas sobre un modelo de regulación*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga: apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2006; MORENO VIDA, M.ª N., *La huelga en los servicios esenciales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007; MONREAL BRINGSVAERD, E., *Huelga en los servicios esenciales: análisis de la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁷⁹ Este Real Decreto derogó y sustituyó al Real Decreto 2998/1978, de 15 de diciembre, sobre garantías de prestación del servicio público de transporte aéreo regular. La principal diferencia es que el Real Decreto vigente extiende las garantías al transporte aéreo no regular (chárter).

⁸⁰ Como síntesis de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre la huelga en los servicios esenciales cabe citar la STC 183/2006, FJ 3.º, y las allí citadas: a) el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones, dentro de unos límites (contenido esencial, practicabilidad del derecho, razonabilidad y protección). Una de ellas procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad; b) la noción de servicio esencial hace referencia a la naturaleza de los intereses cuya satisfacción se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos. No existe ninguna actividad productiva que en sí misma pueda considerarse esencial, debiéndose valorar en cada caso las circunstancias concurrentes; c) en la adopción

chos e intereses esenciales, debiendo entender como tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos⁸¹. Al cualificarse tales servicios por el resultado perseguidos y no de una manera sustantiva, no existe actividad productiva alguna que *a priori* pueda ser calificada como esencial. De la aplicación de dicha doctrina «*resulta claro que, en principio, el transporte aéreo puede llegar a ser calificado como esencial, puesto que a su través los ciudadanos satisfacen derechos —libre circulación por el territorio nacional, por ejemplo— que han sido protegidos en nuestro ordenamiento al más alto nivel, en el propio texto constitucional*» (STC 51/86, FJ 2.º).

Las huelgas que afectan al transporte aéreo, con el alcance que será señalado en el apartado siguiente, quedan sometidas a un

de las medidas tendentes a garantizar el funcionamiento de los mismos, la autoridad gubernativa deberá ponderar diversos factores (extensión territorial y personal, duración prevista y demás circunstancias, así como las concretas necesidades del servicio y los derechos o bienes constitucionalmente protegidos; d) debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios. No puede significar, en principio, que se exija alcanzar el nivel habitual de funcionamiento. La perturbación sólo puede alcanzar extremos razonables, y e) la decisión debe estar fundamentada, explicando las razones, factores o criterios utilizados, sin que puedan utilizarse indicaciones genéricas.

⁸¹ Esta dimensión para el caso de los servicios de interés económico general es adoptada también por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ al destacar que «aquéllos son de suyo actividades libres que habrán de llevarse a cabo lógicamente en concurrencia de oferta y demanda, para la mejor satisfacción de lo que ésta reclame en satisfacción de los derechos prestacionales en juego, y por lo tanto, si se quiere, en régimen de mercado o de competencia —mayor o menor—. No necesita justificarse esto en las excelencias del mercado. El mercado es algo secundario y derivado. Lo importante son las libertades personales, el que cada persona se realice a sí misma responsablemente (y solidariamente también, por tanto), sin reducirse a esperar todo de los demás y del Poder Público, de modo conforme a su alta dignidad como persona. Ése es el título más importante, con cuanto implica de derecho a servir libremente, a ser útil, a resolver los problemas de los demás que puedan requerir de cada uno, aunque ello sea debidamente compensado por todos (...). El Derecho comunitario nos está enseñando que no hace falta excluir en todo caso las libertades, con derechos exclusivos, los servicios de interés general para que puedan cumplir su misión específica» (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Servicios públicos y papel del particular entre instancias de solidaridad y mercado competitivo», *Le Esternalizzazioni*, op. cit., pp. 100-101).

preaviso de diez días y al establecimiento por parte de la autoridad gubernativa de las medidas necesarias para asegurar su buen funcionamiento, especialmente el establecimiento de los servicios mínimos⁸².

8.2. Su alcance y delimitación

El Tribunal Constitucional ha contribuido a precisar el alcance que el servicio esencial del transporte aéreo puede tener. Ello ha sido posible a través del enjuiciamiento de algunas de las Órdenes Ministeriales dictadas para garantizar el mantenimiento de los servicios y que desembocó en las sentencias ya reseñadas⁸³. En particular, el Alto Tribunal entró a valorar si las referidas decisiones se encontraban motivadas, uno de los requisitos —como ya nos consta— para valorar la licitud de las limitaciones a imponer.

Desde la primera sentencia se aceptó que, tal y como reconocía la Orden cuestionada, dentro de tales servicios esenciales se encontraban: a) las conexiones interinsulares; b) la de los archipiélagos y Melilla con la península; c) el transporte de correo, y d) el transporte de productos perecederos⁸⁴. Para estos supuestos, a juicio del Tribunal, no es necesaria siquiera una especial justificación, dado que *«excepcionalmente pertenece al general conocimiento, reduciéndose la necesidad de aportar datos o cifras adicionales que, aunque siempre convenientes, abundaría en algo ya de todos conocidos»* (STC 51/86, FJ 4.º).

Asimismo, la jurisprudencia constitucional acepta que el transporte aéreo entre ciudades peninsulares bajo determinadas cir-

⁸² Artículos 4 y 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, interpretado de conformidad con la STC 11/1981. Sobre esta técnica, las referencias doctrinales citadas en la bibliografía general sobre servicios esenciales.

⁸³ La STC 51/1986 se pronunció sobre la OM de 20 de febrero de 1984 y la STC 51/1990 lo hizo sobre la OM de 12 de marzo de 1986, ambas dictadas por el entonces Ministerio de Transporte, Turismo y Comunicaciones.

⁸⁴ STC 51/86, FJ 4.º, ratificado por STC 43/90, FJ 7.º

cunstances también pueda ser considerado como servicio esencial. La clave en este supuesto es la existencia de medios alternativos de transporte terrestre en condiciones aceptables⁸⁵. Ello hace referencia al carácter sustituible del transporte aéreo, de tal modo que si el medio de transporte terrestre alternativo tiene un recorrido de 400 kilómetros o más o dura más de cinco horas, está justificado considerar el transporte aéreo como esencial. En tales condiciones, el transporte aéreo sería difícilmente sustituible, lo que unido a su importancia económica y a las fechas en que se realiza la convocatoria de huelga (principalmente en períodos vacacionales), reforzarían ese carácter esencial.

Igualmente, la cobertura del servicio esencial no sólo opera en las conexiones internas del Estado, sino que se proyecta también con otras ciudades extranjeras. En este caso, la justificación vendría determinada por el principio de reciprocidad, al objeto de garantizar los acuerdos comerciales internacionales suscritos entre las diferentes compañías aéreas⁸⁶.

Podría pensarse, tal y como sucede actualmente con las obligaciones de servicio público, que la consideración de servicio esencial queda circunscrita a los servicios regulares de transporte aéreo. Lejos de esta realidad, los servicios no regulares (chárter) se encuentran bajo el paraguas de dicha calificación. Las razones para avalar dicha posición son, en esencia, la importancia del sector turístico en la PIB y su difícil sustitución por otras fechas, dada su conexión con los períodos vacacionales y su necesaria coordinación con el funcionamiento de los establecimientos alojativos⁸⁷. Pero sobre todo, el criterio más importante es el perjuicio desproporcionado que se le provocaría a los usuarios. De esta manera, en palabras del propio Tribunal Constitucional, resulta justificada aquella consideración esencial «habida cuenta la desproporción existente de los sacrificios de otra forma impuestos a los usuarios de los mismos, lo impracticable del recurso a otros medios alter-

⁸⁵ STC 43/90, FJ 7.º, en relación a los antecedentes que recoge los criterios de la Orden enjuiciada.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

nativos de transporte y las consecuencias que para aquéllos tendría la supresión de los vuelos»⁸⁸. El RD 2878/1983 citado se dictó para recoger expresamente este tipo de servicios, dado que la normativa a la que sustituyó sólo se circunscribía al transporte regular.

La esencialidad afecta, además, a los denominados «vuelos de posicionamiento de aeronaves». Éstos se definen como aquellos que resulta preciso realizar para situar en un determinado aeropuerto una aeronave que, ubicada en un aeropuerto distinto, resulta necesaria en el primero para prestar un servicio de los declarados esenciales. Su esencialidad derivaría de su conexión con el servicio esencial que posibilita o complementa, de manera que serían esenciales todas aquellas actividades que posibilitan dicho posicionamiento técnico⁸⁹.

Por último, la esencialidad se extiende también a los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra (*handling*)⁹⁰. En este caso, vendría también a ser un servicio esencial por su carácter instrumental en relación al transporte aéreo, dado que sin este tipo de servicios no se podría realizar aquél. El RD 776/1985, de 25 de mayo, se refiere a este tipo de servicios y a los de control y tránsito aéreo al objeto de garantizar su funcionamiento⁹¹.

La jurisprudencia contencioso-administrativa sigue apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional a la hora de considerar el transporte aéreo como servicio esencial, como sector estratégico, con el alcance señalado⁹². Al enjuiciar las diferentes

⁸⁸ STC 43/90, FJ 7.º, d).

⁸⁹ STC 43/90, FJ 7.º, e).

⁹⁰ Este RD derogó y sustituyó al RD 1148/1982, de 28 de mayo. A nivel comunitario estos servicios se regulan en 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. Su transposición a nuestro ordenamiento se efectuó mediante RD 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra. Sobre estos servicios MORILLAS JARILLO, M. J., *La asistencia en tierra o handling. Actividad y contratos*, Bosch, Barcelona, 2009.

⁹¹ Sobre el régimen jurídico del espacio aéreo, ARROYO MARTÍNEZ, I., *Cursos de Derecho aéreo*, op. cit., pp. 73 y ss.

⁹² Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2001 (JUR 2001/293672) o de 15 de noviembre de 2002 (RJCA 2003/17).

Órdenes que fijan los servicios mínimos, se reitera ese carácter, al igual que los diferentes criterios que han sido expuestos. Se llega en algún caso a hablar del «servicio público esencial del transporte aéreo»⁹³, aunque la actividad ya se encontrara liberalizada. Y ello, tanto para considerar al transporte aéreo en su conjunto como tal, como a los vuelos no regulares⁹⁴, los servicios de asistencia en tierra⁹⁵ o los de navegación aérea⁹⁶, en línea con lo dicho. Esta última actividad para la jurisprudencia comunitaria no constituye una actividad económica ni la entidad que lo realiza tiene la consideración de empresa, realizando funciones que son prerrogativas típicas de poder público, razones ellas que lo llevan a excluirlo del ámbito de los servicios de interés económico general⁹⁷. Vemos, pues, cómo una actividad que para el Derecho comunitario se configura como prerrogativas de poder público puede configurarse a nivel interno como servicios esenciales a los efectos de la limitación del derecho a la huelga.

El Tribunal Constitucional se muestra especialmente cauteloso a la hora de exigir el requisito de motivación en la determinación de los servicios mínimos, llegando a anular tales Órdenes cuando esta exigencia no es cumplida⁹⁸. Llegados a este punto

⁹³ Como muestra, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2007 (JUR 2006/284471) o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2007 (JUR 2007/346189).

⁹⁴ STS de 4 de octubre de 2004 (Ref. Iustel: §232673).

⁹⁵ Entre otras, SSTS de 10 de diciembre de 2008 (Ref. Iustel: §287167), 23 de mayo de 2005 (Ref. Iustel: §243531) y 17 de diciembre de 2004 (Ref. Iustel: §234947).

⁹⁶ SSTS de 30 de abril de 2007 (Ref. Iustel: §267982) y 9 de diciembre de 2002 (Ref. Iustel: §333981).

⁹⁷ STJUE de 19 de enero de 1994, asunto *SAT Fluggesellschaft*, caso C-364/92, apartados 30 y 31, en relación con la actividad desarrollada por EUROCONTROL (Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea). A nivel interno en cuanto al desarrollo de dicha actividad destaca el Reglamento de Circulación Aérea de 18 de enero de 2002, aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero.

⁹⁸ En este sentido, en relación con el establecimiento de servicios mínimos por el 100% de los vuelos programados por la compañía Binter Canarias ante una convocatoria de huelga, se anula la correspondiente Orden porque «adolece de una específica y concreta fundamentación, puesto que no se conocen las razones que

cabe plantearse en qué medida influye la liberalización acaecida en este sector sobre su consideración como servicio esencial para la comunidad.

8.3. *Los servicios esenciales para la comunidad: un título de intervención de mayor cobertura que las obligaciones de servicio público*

La respuesta a la cuestión planteada en el apartado anterior es que la liberalización no ha supuesto un cambio sobre aquella consideración. La prueba de ello es que la jurisdicción ordinaria sigue utilizando el mismo razonamiento a la hora de seguir entendiendo que el transporte aéreo es un servicio esencial para la comunidad, con la misma extensión que ha sido expuesta.

Un testimonio excepcional de lo dicho lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2005⁹⁹. En ella se cita expresamente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998, por el que se establecieron obligaciones de servicio público en las rutas aéreas entre las islas Canarias, acuerdo que, como ya sabemos, fue sustituido por otro de 2 de junio de 2006. Por lo que ahora importa, lo relevante es que, en el razonamiento seguido por el Tribunal para justificar el carácter de servicio esencial, se utiliza un acuerdo que es manifestación de un nuevo escenario jurídico-económico en el desenvolvimiento del transporte aéreo y, en particular, de las obligaciones de servicio público. Sin embargo, en el contexto de aquella argumentación, la cita sólo tiene un carácter accesorio, no es lo importan-

conducen al establecimiento de dichos servicios mínimos fijados en la orden recurrida cuando afecta a todos los vuelos programados» (STS de 17 de diciembre de 2004, Ref. Iustel: §239586, FJ 6.º); ello no significa que siempre que se establece ese 100% de servicios mínimos la Orden sea nula, como lo pone de manifiesto la STSJ de Madrid de 28 de junio de 2007, al entender correctamente motivado el establecimiento de ese nivel para los servicios aéreos insulares «en la carencia o limitados medios de transporte alternativos y la natural saturación de éstos que en las fechas concretas de la huelga habría de producir ésta» (JUR. 2007/348686).

⁹⁹ Ref. Iustel: §243556.

te o relevante para destacar aquel carácter esencial. Es decir, que el juzgador, después de reproducir la doctrina ya conocida, añade como algo más a tener en cuenta aquel acuerdo por el que se establecen dichas obligaciones. En particular:

«Finalmente, hay que señalar que en Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998 se declaran Obligaciones de Servicio Público a las rutas aéreas entre las islas del archipiélago canario, con lo que queda patente la esencialidad de las mismas, siendo fundamental la contribución de la compañía Binter Canarias, por aportar al tráfico intercanario la casi totalidad de las conexiones entre las islas» (FJ 4.º in fine).

El carácter puramente anecdótico que tiene dicha cita en el contexto de la argumentación es claro. Por otra parte, en otras sentencias ni siquiera se hace referencia a los acuerdos por los que se imponen las obligaciones de servicio público, limitándose los Tribunales a utilizar la doctrina tradicional. Esta actitud viene motivada por el denominado carácter autónomo de la categoría, autonomía que ahora vendría a reivindicarse frente a los servicios de interés económico general. En efecto, el Tribunal Constitucional —también la doctrina— ha defendido aquella autonomía, de modo que la categoría servicios esenciales para la comunidad ni sería asimilable a la noción de servicio público¹⁰⁰ ni estaría condicionada por las calificaciones legales utilizadas. El avance vendría determinado por proclamar dicha autonomía respecto de los servicios de interés económico general en sus diversas modalidades.

Sin embargo, con ello se consigue un efecto paradójico y posiblemente no querido por la doctrina laboralista. El resultado

¹⁰⁰ Según el Tribunal Constitucional «no cabe identificar servicio público con servicio esencial, sin que la esencialidad pueda definirse por el cumplimiento de intereses generales; noción esta última que concurre en todo servicio público. La mera alegación del carácter público o utilidad general del servicio no basta para limitar el derecho de huelga» (SSTC 53/86 y 8/92). En relación con ello, BAYLOS GRAU había señalado que «es pues irrelevante que técnicamente se trate de un servicio público para poder definir una actividad como esencial» (op. cit., p. 102).

es que, hoy por hoy, la noción de servicio esencial para la comunidad en el transporte aéreo es mucho más amplia que los ámbitos en los que, de conformidad con el Derecho comunitario, existen obligaciones de servicio público. A la vista de dicha configuración puede afirmarse que el juicio de esencialidad para la aplicación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo es mucho más restrictivo que el juicio de esencialidad utilizado por la jurisprudencia para limitar el ejercicio del derecho a la huelga. Además, debe tenerse en cuenta que las obligaciones de servicio público sólo operan respecto del transporte aéreo regular, mientras que en la doctrina jurisprudencial sobre los servicios esenciales se aplica también a los vuelos chárter. La consecuencia de lo expuesto es que:

a) Las rutas aéreas sometidas a obligaciones de servicio público tienen la consideración de servicio esencial de la comunidad al objeto de limitar el ejercicio del derecho de huelga.

b) Las rutas aéreas no declaradas formalmente como obligaciones de servicio público pueden también ser consideradas como servicios esenciales para la comunidad, incluyendo el transporte no regular (chárter).

c) El resto de aspectos instrumentales relacionados con el transporte aéreo, tales como los servicios de asistencia en tierra (*handling*) o la navegación aérea, siguen teniendo su consideración tradicional como servicios esenciales.

En definitiva, el nuevo marco comunitario de imposición de obligaciones de servicio público no ha alterado la doctrina jurisprudencial relativa al transporte aéreo como servicio esencial de la comunidad, siendo este último un título de mayor amplitud y cobertura que el relativo a aquellas obligaciones.

Capítulo Tercero

El acto de atribución pública

1. La necesidad del acto de atribución pública y sus consecuencias sobre el sistema dual de asunción de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo

1.1. La doctrina sobre el acto público de atribución

Tal y como se adelantó, las obligaciones de servicio público son una manifestación de los servicios de interés económico general. Ahora bien, para la jurisprudencia comunitaria, este dato por sí mismo es insuficiente para que pueda quedar encuadrado en la excepción del artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antes 86.2 del Tratado CEE). Esa doctrina viene exigiendo que dicho servicio sea encomendado por un «acto de poder público». Así lo hizo en la conocida Sentencia de 27 de marzo de 1974 (asunto 127/73, caso *Sabam o BRT-II*)¹, que se utilizó como fundamento para justificar la necesidad de este requisito en el transporte aéreo. Con este precedente la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989 (asunto 66/86, caso *Ahmed Saeed Flugreisen*) dispuso que correspondía a las autoridades nacionales verificar en cada caso concreto «si a la compañía aérea se le ha encomendado efectivamente la explotación de las referidas líneas mediante un acto propio del poder público» (apartado 55).

¹ También la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, asunto 172/80, caso *Züchner*, utiliza la expresión «medida adoptada por los poderes públicos» (apartado 7). Para este requisito cfr. la bibliografía citada en el cap. 1 sobre los servicios de interés económico general.

La jurisprudencia se ha mantenido inflexible a la hora de exigir el cumplimiento de dicho requisito. En el análisis sobre la concurrencia y acreditación de esta circunstancia se afirma que, para que proceda la aplicación de dicha excepción, «es preciso que tal gestión le haya sido encomendada mediante un acto del poder público»²; o que la excepción es viable «toda vez que el Estado miembro ha encargado efectivamente (...) la gestión de un servicio de interés económico general»³ o que «a las empresas encargadas de un servicio de interés económico general se les debe haber confiado esta misión mediante un acto de los poderes públicos»⁴.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005 (caso *Fred Olsen*) compendia toda esta doctrina y contiene una relevante aportación sobre esta necesidad⁵. El Tribunal afirma que «a las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general se les debe haber confiado esta misión mediante un acto de los poderes públicos» (apartado 186); de modo que «la misión de prestar los servicios de que se trata fue, por tanto, claramente encomendada (...) por un acto de poder público» (apartado 187), de tal manera que «la intervención del operador encargado de una misión de servicio público en el procedimiento en el que se le confiere tal misión no impide considerar que dicha misión emana de un acto de poder público» (apartado 188). Siguiendo con la citada Sentencia y a modo de conclusión puede señalarse que «por definición sólo pueden imponerse obligaciones de servicio público mediante un acto de poder público» (apartado 189).

Otro importante espaldarazo lo dio la Sentencia de 24 de julio de 2003 (caso *Altmark Trans*)⁶. Al hilo del análisis de los

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1997, caso *Comisión contra Francia*, asunto C-159/94, apartado 65.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1998, asunto C-266/96, caso *Corsica Ferries France SA*, apartado 47.

⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2000, asuntos acumulados T-204/97 y T-270/97, caso *EPAC*, apartado 126.

⁵ Asunto T-17/02, caso *Fred Olsen*, apartados 180 a 191, dedicados a esta cuestión.

⁶ Esta Sentencia, cuyos efectos sobre el transporte aéreo se estudiarán más adelante, recayó en un asunto en materia de transporte por carretera, generándose una aplicación de su doctrina más allá de este sector. Una visión general de ese sector

requisitos para no considerar a las compensaciones por razón de servicio público como ayudas de Estado, el Tribunal exige que «la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas» (apartado 89)⁷. En desarrollo de dicha doctrina la Comisión europea aprobó la Decisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensaciones por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general⁸. En tal sentido, la referida Decisión impone que «la responsabilidad del funcionamiento del servicio de interés económico general deberá atribuirse a la empresa en cuestión mediante uno o varios actos oficiales cuya forma podrá determinar cada Estado miembro» (art. 4).

Esta última precisión es clave. La citada Decisión no sólo se hizo eco de la necesidad del acto de atribución del poder público, sino además, del carácter amplio que podía adquirir dicho acto, lo que queda en manos de cada Estado miembro⁹. De esta

en el amplio estudio de FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Transporte por carretera y competencia», en la obra dirigida por el mismo *Transporte y competencia*, op. cit., pp. 417-536 y la bibliografía allí citada. Con anterioridad sobre el sector, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Transportes», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, t. II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 745-865; PIÑANES LEAL, J., *Régimen jurídico del transporte por carretera*, Marcial Pons, Madrid, 1993; RAZQUÍN LIZARRA, J. A., *Derecho Público del transporte por carretera*, Aranzadi, Navarra, 1995; BERMEJO VERA, J. (dir.), *El derecho de los transportes terrestres*, Cedecs, Barcelona, 1999; ESCRIBANO TESTAUT, P., y ENRIQUE GARRIDO, J., «Regulación del transporte», en ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004, pp. 929-991. Sobre la incidencia de la doctrina Altnark en este sector, FRANCO ESCOBAR, S. E., «Las compensaciones económicas por obligaciones de servicio público en el transporte regular de viajeros por carretera», *Financiación de las obligaciones de servicio público*, coord. por MONTERO PASCUAL, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 201 y ss. En particular sobre los transportes urbanos, CARBONELL PORRAS, E., y CANO CAMPOS, T., *Los transportes urbanos*, Iustel, Madrid, 2006.

⁷ Asunto C-280/00.

⁸ 2005/842/CE, DOUE de 29-11-2005.

⁹ Este mismo requisito destacado también en el apartado 2.3 del Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. Este

forma, el acto de atribución puede derivar de un único acto o de la combinación de varios; puede tener la naturaleza de normas legales o reglamentarias; pero también la de decisiones unilaterales (actos) o la de contratos¹⁰. Así lo ha venido a recoger para el sector del transporte terrestre la normativa comunitaria, en la línea de la noción funcional que utiliza la jurisprudencia¹¹. Lo importante no es la forma que adopte el «encargo», sino su viabilidad jurídica para asumir las obligaciones de servicio público, independientemente de su materialización concreta.

Respecto al contenido de dicho acto de atribución, la Decisión citada señala que deberá indicar: a) la naturaleza y duración de las obligaciones de servicio público; b) la empresa y el territorio afectados; c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas; d) los parámetros de cálculo, control y revisión de la compensación, y e) las modalidades para evitar y reembolsar el exceso de compensación (art. 4 del Decisión citada)¹².

Marco ha matizado que «Por Estado se debe entender tanto al Estado central como las autoridades regionales y locales».

¹⁰ En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993 (asunto C-320/91, caso *Corbeau*) el Tribunal admite implícitamente en su razonamiento que el acto de atribución pueda derivar de una disposición legal, en ese supuesto el monopolio legal en determinados servicios postales. Sin embargo, ésa no es la única vía. El mismo Tribunal ha precisado que dicho acto de poder público «no es necesario que se trate de un acto legislativo o reglamentario» (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de octubre de 1997, caso *Comisión contra Francia*, asunto C-159/94, apartado 66). Y en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005 (asunto T-17/02, caso *Fred Olsen*), el juzgador admite la vía del contrato para asumir las obligaciones de servicio público.

¹¹ El artículo 2, letra j), del Reglamento (CE) 1370/2007 señala que el contrato, además de la fórmula contractual, de conformidad con lo que dispongan las autoridades internas, podrá consistir en una decisión que adopte la forma de un acto legislativo o reglamentario o que contenga las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad competente preste por sí misma o confie la prestación de esos servicios a un operador interno.

¹² En el mismo sentido el apartado 2.3 del Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2005/C 297/04), DOUE de 29-11-2005.

Por otra parte, en cuanto a la forma en que se desenvuelven tales obligaciones, cabe destacar, como sucede en diversos sectores, que es posible que aquéllas sean asumidas por todos los operadores que deseen prestar tales servicios, o bien se reconozcan derechos de exclusiva. En el primer caso no es necesario que a cada uno de los operadores «se le encomiende separadamente dicha misión mediante un acto o mandato individual» (STPI de 12 de febrero de 2008, caso *BUPA*)¹³.

A la vista de esta exigencia, en el sentido que ha sido decantado por la jurisprudencia y la práctica del Comisión europea, cabe preguntarse cómo se cumple este requisito en el transporte aéreo.

1.2. *Las dos vías para que los operadores asuman obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*

La asunción de las obligaciones de servicio público por parte de los operadores aéreos en una determinada ruta se puede materializar a través de dos vías diferentes.

En la primera de ellas, todos los operadores aéreos que deseen prestar sus servicios en la ruta aérea sometida a las obligaciones de servicio público pueden hacerlo, a condición que respeten y cumplan con esas obligaciones («*open access to all carriers*»). La autorización o licencia para prestar los servicios aéreos es el título habilitante que, a su vez, da cobertura a la asunción de las mismas, aunque con algunas exigencias posteriores que se expondrán¹⁴. En este supuesto no se prevé una compensación econó-

¹³ Asunto T-289/03.

¹⁴ Sobre la autorización para la prestación de servicios aéreos puede consultarse GÓMEZ PUENTE, M., «La licencia de transporte aéreo», *RAP*, n.º 151, 2000, pp. 167 y ss.; *idem*, *Derecho Administrativo aeronáutico*, op. cit., pp. 467 y ss.; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo: alcance y régimen jurídico*, op. cit., pp. 123 y ss.; FRANCISCO FALCÓN, J., «Las compañías de transporte aéreo. Régimen de autorización y control. Libertad de comercio y tráfico (las cinco libertades). Régimen jurídico de la aviación deportiva. Los servicios en tierra, el *handling*», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, op. cit., pp. 345 y ss.

mica por la asunción de tales obligaciones. Esta situación puede denominarse como mercado abierto a la prestación de las obligaciones de servicio público. Todo operador aéreo que lo desee puede convertirse en gestor de las mismas.

Si la vía citada es infructuosa y, en consecuencia, aquellas obligaciones no quedan garantizadas, los Estados miembros pueden dar un paso más, haciendo uso de una segunda vía: la adjudicación mediante licitación de un contrato *ad hoc* para prestar las citadas obligaciones de servicio público en la ruta afectada. Esta modalidad tendrá que cumplir con una serie de requisitos y consecuencias jurídicas, como veremos.

Esta dinámica en la aplicación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo ha sido explicada por la Comisión europea¹⁵. En palabras de esta institución, la normativa aérea¹⁶

«prevé un mecanismo en dos fases: en la primera, artículo 4, apartado 1, letra a), un Estado miembro impone OSP en una o varias rutas, que siguen estando abiertas a todas las compañías comunitarias siempre que cumplan dichas obligaciones. Si ninguna compañía manifiesta su interés por prestar el servicio en la ruta sujeta a las OSP, el Estado miembro puede pasar a una segunda fase, artículo 4, apartado 1, letra d), que consiste en limitar el acceso a una sola compañía, por un período máximo de tres años renovables. Se selecciona la compañía a raíz de un concurso comunitario. A continuación, la compañía designada puede recibir una compensación económica por la explotación de la ruta de conformidad con las OSP».

¹⁵ Decisión de la Comisión de 23 de abril de 2007 sobre la imposición de obligaciones de servicio público en algunas rutas con origen y destino en Cerdeña en virtud del artículo 4 del Reglamento (CEE), n.º 2408/92 del Consejo, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (2007/232/CE, DOUE de 15-5-2007), apartado 25. También había sido expuesta en la Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*, COM (2000) 580 final, de 20-9-2000, p. 34.

¹⁶ Refiriéndose al derogado artículo 4 del Reglamento (CEE) 1408/92, en la actualidad el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

En este fragmento queda condensada la mecánica de funcionamiento de las obligaciones de servicio público en el sector aéreo: mercado abierto o derecho de exclusiva con o sin compensación. La licitación aparece como un mecanismo subsidiario al acceso general al mercado sometido a obligaciones de servicio público. Sólo cuando falla la primera de las vías se recurre al concurso para reconocer el derecho de exclusiva en la explotación de la ruta. Queda por conocer en qué medida se concilia este sistema con el requisito de la exigencia del encargo público para que sea considerado como un servicio de interés económico general.

1.3. *La asunción a través de autorización en acceso abierto: ¿acto de encargo público?*

La primera cuestión que debe ser objeto de análisis es si la forma en que los operadores aéreos acceden a explotar una ruta condicionada con obligaciones de servicio público, abierta por tanto a todos quienes lo deseen, puede ser considerado como un acto de encargo del poder público en el sentido en que lo interpreta la jurisprudencia comunitaria, según ha quedado expuesta. Al objeto de contestar esta cuestión, cabe diferenciar que una cosa es que la actividad pueda considerarse como servicio de interés económico general, y otra diferente es que exista un acto de poder público. Para que opere la excepción del artículo 106.2, concretada para el transporte aéreo en la normativa objeto de estudio, deben darse los dos requisitos: que se trate de un servicio de interés económico general y que éste haya sido atribuido por un acto de poder público a los diferentes operadores. ¿Cómo funciona el mercado cuando tales obligaciones existen? Sabemos que esas compañías aéreas son titulares de una licencia que les habilita para prestar sus servicios en régimen de competencia. ¿Basta ello para viabilizar la asunción de esas obligaciones?

En realidad, antes de que las compañías interesadas comiencen a prestar sus servicios en la ruta aérea sometidas a las obligaciones de servicio público existe un control administrativo pre-

vio que verifica o comprueba que las compañías interesadas van a asumirlas. Ese control se realiza por la administración a través del examen de los programas de operaciones de las citadas compañías¹⁷. Cada Estado miembro a través de sus órganos competentes y mediante los procedimientos que hayan previstos se asegura de que aquellas obligaciones se contemplan en los citados programas. La Administración aeronáutica española no es una excepción a dicha forma de funcionamiento.

Los acuerdos por los que se establecen las obligaciones de servicio público en nuestro país¹⁸ exigen que las compañías aéreas que deseen explotar sus servicios en esas rutas presenten ante la Dirección General de Aviación Civil los programas de operaciones. Esos programas deben incluir una información mínima, tales como rutas a operar, número de vuelo, horarios, oferta de capacidad. También un escrito de conocimiento y aceptación de las condiciones de continuidad y prestación del programa de servicios que se encuentren dentro del marco de las obligaciones de servicio público previstas. Esos programas de servicios se someten a la correspondiente aprobación administrativa, tomándose como referencia el conjunto de los programas de los operadores intervinientes¹⁹. En el caso de entrada o salida de nuevos opera-

¹⁷ El plan o programa de operaciones, denominado tras la reforma plan de negocios, es definido como una descripción detallada de las actividades comerciales previstas por la compañía aérea para el período en cuestión, en particular en lo relativo a la evolución del mercado que se espera y a las inversiones previstas, incluidas las implicaciones financieras y económicas de dichas actividades. Antes se encontraba definido en el Reglamento (CE) n.º 2407/92.

¹⁸ *Vid.* cap. 1.

¹⁹ Desde el punto de vista doctrinal existen dificultades a la hora de configurar esos actos de comprobación como una especie del *genus* autorizatorio o como algo con sustantividad propia. Dan cuenta de este problema GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 9.ª ed., 2004, pp. 133 y ss.; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR explica la técnica de las comprobaciones de la siguiente manera: «*En algunos supuestos, las normas jurídicas condicionan la actividad de los particulares a la realización, por parte de los servicios de un ente público, de un trámite de mera comprobación del cumplimiento de determinados requisitos de aptitud o idoneidad que ha de reunir una persona o un objeto; requisitos que son necesarios para la realización de una concreta actividad o profesión, o para la utilización o circulación del bien y que, por su carácter objetivo, son objeto de una constatación reglada*» (*Principios de*

dores se producirán los ajustes oportunos en aquellos programas de servicios, siempre respetando el cumplimiento de aquellas obligaciones y sin recibir una compensación económica por ello.

Lo que importa resaltar es que existe un control administrativo previo sobre la asunción por parte de los operadores aéreos de las obligaciones de servicio público impuestas, verificando que todos los programas de las compañías aéreas implicadas en esa ruta respetan y asumen las mismas²⁰. No basta solamente con la autorización para prestar los servicios aéreos, sino que a dicha exigencia se le suma un acto de control previo al inicio de los servicios aéreos con obligaciones de servicio público. Todos pueden acceder a ese mercado cumpliendo con esas obligaciones, una vez que su cumplimiento es verificado administrativamente²¹.

Desde la perspectiva señalada, el acto de imposición de las obligaciones, la autorización para la prestación de los servicios aéreos y el acto de comprobación administrativa previo al inicio de los servicios con obligaciones de servicio público configuran el acto de poder público que encomienda la prestación de los

Derecho Administrativo, t. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, p. 269). Un planteamiento general de la institución autorizatoria en LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

²⁰ La Decisión de la Comisión de 23 de abril de 2007 (2007/332/CE), ya citado, dispone a este respecto que el principio por el cual para valorar la existencia de servicios regulares adecuados de transporte aéreo debe valorarse el efecto combinado de todas las compañías que operen esa ruta se debe cumplir también durante toda la duración de las obligaciones de servicio público (apartados 49 y 50). GALLEGO ANABITARTE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO entienden que las obligaciones de servicio público (aunque referidas al sector del gas) «se trata de modos *iuris* o legales, porque su inclusión está prevista obligatoriamente por la norma» (GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, «La nueva regulación del mercado...», *op. cit.*, p. 55).

²¹ En íntima relación con este supuesto, la Comisión europea ha rechazado la práctica por la cual los Estados miembros establecen un plazo de aceptación de aquellas obligaciones que implicara una condición de exclusión del mercado, es decir, que si no se aceptaran aquellas obligaciones en el plazo establecido las compañías no podrían prestar sus servicios en esa ruta. La limitación de compañías aéreas sólo procede utilizando la vía del concurso, como se expone seguidamente (Decisión citada *up supra*, apartados 37, 38 y 39).

servicios, en línea con el entendimiento funcional de dicho requisito que se ha ido decantando por la jurisprudencia, la práctica de la Comisión europea y su reconocimiento normativo en algunos sectores. En este sentido, todos los operadores aéreos que prestan sus servicios en una ruta sometidas a las obligaciones objeto de estudio son gestores de un servicio de interés económico general²².

1.4. El «contrato» como acto de atribución pública

Como queda dicho, puede suceder que ninguna compañía aérea esté interesada en explotar la ruta con obligaciones de servicio público. En esa eventualidad se permite una segunda vía: la licitación pública de la ruta aérea. Ello tiene como finalidad otorgar a una compañía el derecho en exclusiva para explotar esa ruta aérea, con exclusión del resto de compañías. El instrumento jurídico citado por la normativa comunitaria para reconocer ese derecho es el contrato. Así se pone de relieve en diversos preceptos cuando se alude al «anuncio de licitación y subsiguiente contrato», al «plazo de validez del contrato», a «las sanciones en caso de incumplimiento del contrato» o la «duración del contrato».

En este supuesto, el acto de atribución pública es más evidente, más claro. Varias son las consecuencias que determina esta modalidad de asunción de las obligaciones de servicio público: a) se establece una exclusividad de prestación en la ruta, lo que excluye al resto de compañías; b) se posibilita una compensación

²² Así lo expresa para el transporte por carretera el artículo 2, letra i), del Reglamento 1370/2007 cuando señala que el contrato de servicio público es uno de varios actos jurídicamente vinculantes, que podrá consistir en una decisión adoptada por la autoridad pública. También en el transporte marítimo (art. 4 del Reglamento 3577/92 y la interpretación del mismo en la Sentencia *Anafir*). Es un planteamiento utilizado por el Derecho comunitario para conseguir el denominado efecto útil del mismo, desligado de las categorías del Derecho interno. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública para determinar qué se entiende por entidad adjudicadora (cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06, caso *GmbH*, apartado 37).

económica por dicha vía, aunque no es un requisito *sine qua non*, y c) las obligaciones siguen siendo las mismas, su causa y alcance no varían.

Dicho esto, cabe dar un paso más y plantearse si la referencia que la normativa hace al «contrato» lo es precisamente a esta institución jurídica o tan sólo se utiliza como algo instrumental. Es decir, como expresión referida al instrumento jurídico utilizado por la normativa interna de cada Estado para atribuir aquel derecho de exclusiva. Varias son las razones que avalan esta última posición, tales como el carácter funcional utilizado en la interpretación del Derecho comunitario y la aceptación por parte de la jurisprudencia de múltiples vías para canalizar aquellas obligaciones (normas, actos o contratos). Pero también la precisión sobre este extremo realizada por el propio Derecho comunitario para otro sector, el transporte terrestre, tal y como se adelantó²³. En éste, acogiendo el sentido expresado por la jurisprudencia, la noción contrato tiene un carácter puramente instrumental o finalista, como sinónimo de acto jurídico por el que se encomienda al operador la prestación de las obligaciones de servicio público impuestas. Así debe ser entendido en el transporte aéreo. Lo relevante no es que se le denomine contrato, sino que el instrumento jurídico utilizado sea atribuido en concurso público respetando el contenido mínimo y las reglas exigidas por el Derecho comunitario europeo —y genera bilateralidad—.

²³ En este sentido, el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, señala que debe entenderse por «contrato de servicio público»: uno o varios actos jurídicamente vinculantes que plasmen el acuerdo entre una autoridad competente y un operador de servicio público determinado de confiar a este último la gestión y la explotación de los servicios públicos de transporte de viajeros sometidos a las obligaciones de servicio público; el contrato podrá, según el Derecho de los Estados miembros, consistir asimismo en una decisión adoptada por la autoridad competente:

- que revista la forma de acto legislativo o reglamentario independiente, o
- que contenga las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad competente preste por sí misma o confíe la prestación de esos servicios a un operador interno [art. 2, i)].

Por último, cabe puntualizar que las obligaciones de servicio público son las mismas, tanto en el caso de que el mercado esté abierto a todos los operadores como en el caso de que se reserven en exclusiva su prestación a través de este contrato. En ambos supuestos, también, estamos ante gestores de un servicio de interés económico general con todas las consecuencias que ello acarrea.

1.5. *Las dos vías ¿pueden ser simultáneas?* *Contraste con la solución Analir*

Acaba de señalarse que la Comisión europea entiende que la posibilidad de recurrir al concurso sólo procede cuando ningún operador aéreo desea prestar sus servicios en la ruta área sometida a las obligaciones de servicio público. Dicho esto, el análisis quedaría incompleto si no se hiciera una comparación con lo acontecido en el transporte marítimo. La razón es que en dicho sector se ha interpretado que el recurso al «contrato» para la gestión de las obligaciones de servicio público puede ser utilizado de forma simultánea a la imposición de tales obligaciones²⁴. En

²⁴ El establecimiento de las obligaciones de servicio público en el transporte marítimo se encuentra regulado a nivel comunitario en el artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) en los siguientes términos:

1. Los Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas.

Cuando un Estado miembro celebre contratos de servicio público o imponga obligaciones de servicio público, lo hará de forma no discriminatoria respecto a cualquier armador comunitario.

2. Cuando impongan obligaciones de servicio público, los Estados miembros se limitarán a los requisitos relativos a los puertos a los que se debe prestar el servicio, a la regularidad, la continuidad, la frecuencia, la capacidad de prestación del servicio, las tarifas practicadas y a la tripulación del buque.

Cuando sea de aplicación, cualquier compensación por obligaciones de servicio público será accesible a cualquier armador comunitario.

este caso, la STJUE de 20 de febrero de 2001 (asunto C 205/99, *Analin*)²⁵ señala al respecto que «no existen razones para descartar que se utilicen de manera simultánea para un mismo trayecto o una misma línea de transporte con el fin de garantizar cierto nivel de servicio público» (apartado 66). Para que proceda tal simultaneidad, el Tribunal exige que se cumplan varios requisitos:

a) Que se dé una necesidad real de servicio público para recurrir a la celebración del contrato (apartado 68).

b) Toda aplicación simultánea debe hacerse sin discriminar a ningún armador comunitario (apartado 69).

c) Se deberá respetar el principio de proporcionalidad. «Dicho de otro modo, la combinación de ambas formas de prestación de los citados servicios deberá ser adecuada para garantizar un nivel suficiente de éstos y no implicar efectos restrictivos de la libre prestación de servicios de cabotaje marítimo que vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido» (apartado 70).

En este supuesto la Comisión europea, a diferencia de lo que se ha expuesto para el sector aéreo, apoyó la tesis de la simultaneidad, tal y como se recoge en la propia Sentencia citada²⁶. ¿Por

3. Los contratos de servicio público existentes continuarán vigentes hasta su fecha de expiración.

²⁵ Comentando las consecuencias de esta sentencia VILLAR ROJAS, F. J., «Las técnicas administrativas de garantía de las obligaciones de servicio público», *REDETI*, n.º 11, 2001, pp. 35 y ss. También ZAMBONINO PULITO, M.ª, *Régimen jurídico de la marina mercante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 260-264. A nivel normativo, acoge este planteamiento la Ley 12/2007, de 24 de abril, de Ordenación del transporte marítimo de Canarias, desarrollada reglamentariamente para las rutas de interés general por el Decreto 9/2009, de 27 de enero, por el que se desarrolla el régimen especial de prestación de los transportes marítimos regulares. En la citada sentencia también aparece la dialéctica entre autorización y comunicación previa como instrumentos de control sobre las actividades económicas, siendo más favorable a la técnica menos restrictiva para la libertad. Sobre esta técnica administrativa, NÚÑEZ LOZANO, M.ª C., *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

²⁶ En particular, «la Comisión estima que nada excluye, en principio, que un Estado miembro decida imponer obligaciones de servicio público de forma general y celebrar un contrato de servicio público para una o varias de las líneas sometidas a tales obligaciones con el fin de garantizar un nivel de servicio suficiente. No obstante, en el caso de que se utilicen simultáneamente ambas formas, la Comisión considera que el nivel de obligaciones de servicio

qué este distinto tratamiento? Lo que está claro es que la Comisión europea cuando interpreta en el año 2007 el sistema en el transporte aéreo (subsidiariedad) sabe cuál es el criterio que ha defendido y ha quedado plasmado en la Sentencia *Anadir* (2001) para el transporte marítimo²⁷. Tal y como ya sabemos, la forma y procedimiento para el establecimiento de las obligaciones de servicio público varían de un sector a otro y esto es lo que sucede precisamente aquí.

Ello puede responder tanto a la diferente estructura empresarial existente en ambos sectores y a la definición del propio mercado, limitadas a las conexiones insulares en el transporte marítimo. Sea como fuere, no existe inconveniente en reconocer esa distinta mecánica de funcionamiento de un sector a otro; al igual que existen diferencias si se compara con otros sectores económicos.

2. En especial, el encargo mediante contrato

2.1. Presupuesto para acudir a esta vía: inexistencia de servicios

El establecimiento de obligaciones de servicio público en una determinada ruta no garantiza por sí misma que los operadores aéreos presten sus servicios en ella. Lo que realiza en ese caso el acto de imposición de aquellas obligaciones es una limitación al ejercicio del derecho de libertad de empresa y de libre prestación

público debería ser el menor posible, a fin de no provocar obstáculos que pudieran ocasionar distorsiones en la competencia» (apartado 59 de la Sentencia *Anadir* citada).

²⁷ Una aproximación a este sector en NICOLÁS LUCA, A., *La marina mercante en el Derecho Administrativo español*, Colex, Madrid, 1999. ZAMBONINO PULITO, M.ª, *Régimen jurídico de la marina mercante*, *op. cit.* Sobre la financiación de las obligaciones de servicio público en este sector, DE LA CRUZ FERRER, J., y LLORENTE CABALLERO, A., «Compensaciones y obligaciones de servicio público en el transporte marítimo», *Financiación de las obligaciones de servicio público*, *op. cit.*, pp. 165 y ss. Su configuración antes del proceso de liberalización, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Las comunicaciones marítimas en España*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1982.

de servicios. Con ello, si el operador desea prestar sus servicios en esa ruta deberá hacerlo asumiendo tales obligaciones. Además, no recibirá por esa asunción una compensación económica. Esto es una limitación del derecho de libertad de empresa no indemnizable. La inexistencia de servicios en esa ruta sometida a tales obligaciones permite a los Estados miembros dar una vuelta de tuerca. Constatada aquella situación de deficiencia, el Estado afectado podrá limitar el acceso a una sola compañía por un período determinado.

Los presupuestos de hecho para imponer las obligaciones de servicio público y para, una vez impuestas, acudir a la vía del concurso son diferentes. En el primer caso, la situación es de inadecuación o deficiencia de servicios, es decir, existen servicios pero el Estado miembro considera que son inadecuados para satisfacer determinadas necesidades de interés general, sin embargo, para recurrir a la vía del concurso se debe dar una situación de inexistencia o falta de servicios asumiendo tales obligaciones.

La fórmula utilizada para ello es la licitación a escala comunitaria de esa ruta. De esta forma, podrá participar en ese concurso cualquier transportista aéreo comunitario interesado en obtener aquel privilegio de explotación. Este puede afectar a una única ruta o a un grupo de rutas. Ésta última posibilidad debe justificarse por el Estado miembro en razones de eficacia operativa, lo que habilita al Estado para que una única licitación abarque varias rutas²⁸.

El recurso a este mecanismo es necesario para que queden garantizados los principios de igualdad, transparencia, concurrencia y publicidad. Por otra parte, la normativa aeroportuaria introduce otro supuesto en el que debe procederse también a la licitación, la insuficiencia de *slots* en un aeropuerto coordinado, lo que se estudiará más adelante²⁹.

²⁸ Artículo 16.10 del Reglamento (CE) 1008/2008. La justificación por razones de eficacia operativa para licitar un grupo de rutas es una novedad de la reforma.

²⁹ *Vid.* cap. 5.

La práctica pone de manifiesto que en la mayoría de las rutas sometidas a obligaciones de servicio público se reconocen derechos de exclusiva o están pendientes de que se concedan (alrededor del 70% entre los dos supuestos)³⁰. Ello pone de manifiesto el carácter residual de la vía en que todos los operadores pueden acceder al mercado con obligaciones de servicio público en este sector. Si no se reconocen esos derechos, las compañías aéreas no están dispuestas de forma mayoritaria a asumir tales obligaciones. Eso sin contar aquellos casos en que, incluso licitándose la ruta, ninguna compañía aérea concurre a la misma. En realidad, más allá de volver a licitar la ruta, el Derecho comunitario no ha encontrado una solución satisfactoria para afrontar esta situación. (licitación declarada desierta). Así sucedió con las tres rutas existentes con obligaciones de servicio público en la República Checa o algunas rutas en regiones ultraperiféricas francesas; ninguno de los concursos obtuvo el interés de las compañías aéreas³¹.

2.2. Concurso «ad cautelam»: el caso Lourdes, un supuesto guía

La normativa comunitaria se preocupa especialmente de regular el concurso para adjudicar el contrato que reconozca el derecho de prestación en exclusiva en una ruta aérea. Sin embargo, de su lectura no se desprende la dinámica utilizada por los Estados miembros para materializar aquella exclusiva. Para conocer la forma en que se puede llegar a establecer ese privilegio debe acudir a los diferentes anuncios de licitación de esos contratos. Para comprender ese funcionamiento se propone utilizar uno de esos anuncios como caso testigo, teniendo en cuenta que su metodología se repite o está presente en los demás. Todo ello, independientemente del país que las imponga.

³⁰ *Public service obligations-list of routes concerned* (27-10-2008), proporcionado por la Dirección General de Transporte y Energía de la Comisión europea.

³¹ *Public service obligations-list of routes concerned* (27-10-2008), Dirección General de Transporte y Energía de la Comisión europea.

El caso testigo o guía utilizado va a ser aquel por el que se imponen obligaciones de servicio público en la ruta área Tarbes (Lourdes-Pirineos) y París (Orly)³². La elección del supuesto viene motivada por dos razones: la primera, porque Francia es el país comunitario que más obligaciones de servicio público tiene impuesta en sus rutas aéreas y, por tanto, el que más posibilidades tiene de utilizar este mecanismo; la segunda de las razones es porque la ruta escogida se asocia a un lugar conocido mundialmente por las peregrinaciones marianas (Lourdes) y por ser la frontera natural entre nuestro país y Francia (Pirineos). Los datos relativos a esta ruta los denominaremos como «*caso Lourdes*» y se generalizarán como método utilizado para materializar el derecho de exclusiva, en la medida que se repite³³.

³² Comunicación de la Comisión anunciando la imposición de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares en su país, DOUE C 22/3, de 27-1-2004 (2004/C 22/04), y Comunicación de la Comisión por la que anuncia el concurso convocado por Francia, con arreglo a lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 240/92 del Consejo para la explotación de servicios aéreos regulares entre Tarbes (Lourdes-Pirineos) y París (Orly), DOUE 24/26, de 28-1-2004 (2004/C 24/08).

³³ A título de ejemplo del uso de esta fórmula en virtud de la cual se imponen las obligaciones y acto seguido se publica la licitación condicionada de la ruta, pueden consultarse las siguientes informaciones publicadas en el DOUE: modificación por Francia de las obligaciones de servicio público impuestas a los servicios aéreos regulares entre Aurillac y París (Orly), DOUE C 289/18, de 1-12-2007 (2007/C 289/12); concurso convocado por Francia en virtud del artículo 4, apartado 1, letra d), del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo para una delegación de servicio público, DOUE 290/44, de 4-12-2007 (2007/C 290/14). Imposición de obligaciones de servicio público con arreglo al Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo relativas a servicios aéreos regulares dentro de Alemania, DOUE C 149/7, de 3-7-2007 (2007/C 149/08); concurso convocado por la República Federal de Alemania en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, letra d), del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo para la explotación de servicios aéreos regulares en la ruta entre Hof y Frankfurt am Main, DOUE C 150/6, de 4-7-2007 (2007/C 150/05). Obligaciones de servicio público impuestas por Finlandia, DOUE C 205/4, de 4-9-2007 (2007/C 205/04); FI-Mikkeli: explotación de servicios aéreos regulares. Anuncio de licitación (2007/C 206/05), DOUE C 205/4, de 4-9-2007. Comunicación de la Comisión con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo; modificación de obligaciones de servicio público a

Lo primero que debe recordarse, como se ha expuesto, es que los Estados miembros establecen las obligaciones de servicio público (requisito de necesidad). Estas obligaciones se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). En ese acuerdo se indica el momento a partir del cual comenzarán a desplegar sus efectos dichas obligaciones. En nuestro caso guía, las obligaciones de servicio público se publicaron en el DOUE de 27 de enero de 2004 y las obligaciones comenzaron a desplegar sus efectos en aquella ruta a partir del 1 de mayo de 2004.

A continuación se publica el anuncio de concurso en el DOUE. En general, esto se hace en el Diario Oficial del día siguiente al que se imponen las obligaciones de servicio público. Sin embargo, en algunas ocasiones el anuncio de licitación se publica en el mismo Diario Oficial en el que se imponen las obligaciones de servicio público e, incluso, se puede dar la situación en que en la misma resolución por la que se imponen las obligaciones se incluyan también las condiciones del concurso³⁴. Aunque lo mayoritario es el modelo seguido en el ejemplo utilizado.

Siguiendo con el ejemplo, el anuncio de licitación del concurso se publicó en el Diario Oficial de 28 de enero de 2004, es decir, el día siguiente de haberse publicado la imposición de las obligaciones de servicio público. La fórmula utilizada, que se repite con carácter similar en todos los anuncios, era la siguiente:

determinados servicios aéreos regulares en *Portugal*, DOUE C 143/18, de 10-6-2008 (2008/C 143/08); concurso convocado por Portugal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, letra d), del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo para la explotación de servicios aéreos regulares en la ruta Lisboa-Vila Real-Braganza-Vila Real-Lisboa, DOUE C 143/20, de 10-6-2008 (2008/C 143/09).

³⁴ Un ejemplo de esta vía (imposición con concurso) lo utilizó Noruega en la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC de conformidad con el artículo 4, apartado 1, letra a), del acto mencionado en el punto 64.a) del anexo XIII del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias]. Imposición de nuevas obligaciones de servicio público a servicios aéreos regulares en la ruta Værøy (helipuerto)-Bødø (ida y vuelta), DOUE de C 138/20, de 5-6-2008 (2008/C 138/10).

«Con supeditación a que, el 1 de abril de 2004, ninguna compañía aérea haya iniciado o esté por iniciar servicios aéreos regulares entre Tarbes (Lourdes-Pirineos) y París (Orly) de conformidad con las obligaciones de servicio público impuestas y sin solicitar compensación económica alguna, Francia ha decidido, con arreglo al procedimiento previsto en la letra d) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento mencionado, limitar el acceso a esa ruta a una única compañía y conceder mediante concurso el derecho a explotar dichos servicios aéreos a partir del 1 de mayo de 2004».

Sin entrar a valorar ahora las condiciones de ese concurso y las condiciones del contrato, lo que importa poner de manifiesto en este momento son los plazos de referencia para materializar aquel derecho de exclusiva.

De una parte, se prevé un plazo para que cualquier compañía aérea presente sus proposiciones antes de una hora concreta en un lugar determinado. En el ejemplo estudiado se señala *«a más tardar seis semanas a partir de la fecha de publicación del presente concurso en el Diario Oficial de la Unión Europea, antes de las 17:00 (hora local), en la siguiente dirección:»*. La reforma ha establecido un plazo mínimo para la presentación de las ofertas, tal y como se verá.

De otra parte, al mismo tiempo que se establece el plazo para presentar aquellas proposiciones, se condiciona el concurso a que en una determinada fecha ninguna compañía aérea haya iniciado o esté a punto de iniciar sus servicios aéreos. De esta forma, continuando con el caso guía, se dispone que *«la validez del presente concurso queda supeditada a la condición de que ninguna compañía comunitaria presente, antes del 1 de abril de 2004, un programa de explotación de la ruta de referencia a partir del 1 de mayo de 2004, de conformidad con las obligaciones de servicio público impuestas y sin recibir compensación económica alguna»*. A la vista de los datos expuestos aparecen tres plazos diferentes:

a) El de eficacia de las obligaciones de servicio público, en el caso, el 1 de mayo de 2004.

b) El de presentación de las proposiciones para el contrato de obligaciones de servicio público. En el supuesto analizado, a

más tardar seis semanas después de la fecha de publicación del concurso en el DOUE.

c) El plazo para que las compañías asuman voluntariamente las obligaciones de servicio público impuestas. En el caso «Lourdes», el 1 de abril de 2004, por tanto, con anterioridad a que comiencen a desplegar sus efectos aquellas obligaciones.

De esta manera, se garantiza que en el momento de inicio de los efectos de las obligaciones de servicio público, algún operador aéreo estará en condiciones de prestar sus servicios en la ruta afectada por aquellas obligaciones. Bien porque las ha asumido voluntariamente, bien porque ha sido seleccionado cautelarmente ante la eventualidad de que ninguna compañía las quiera aceptar.

En España, la ruta Almería-Sevilla, a diferencia de la de Canarias o Baleares, prevé en el propio acuerdo que impone las obligaciones de servicio público la posibilidad de acudir a la licitación de la ruta aérea *«si en el plazo de un mes, a partir de la fecha de publicación de la nota informativa en el Diario Oficial de la Unión Europea, ninguna compañía aérea hubiere presentado un programa de servicio conforme con las obligaciones de servicio público impuestas para la ruta sin solicitar compensación económica alguna, se limitará el acceso a las rutas afectadas a una sola compañía aérea... En este supuesto, el derecho a prestar los servicios se ofertará mediante licitación»*³⁵. En este caso, no se articula la licitación, sino tan sólo se anuncia que se convocará si se dan las circunstancias señaladas.

2.3. Contenido mínimo del contrato

La normativa recoge el contenido mínimo que debe tener ese contrato, coincidente con el que ha sido previamente objeto de

³⁵ Apartado cuarto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2009 por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta Almería-Sevilla (BOE n.º 96, de 20 de abril de 2009).

licitación³⁶. Ese contenido ya se encontraba previsto en la normativa anterior, incorporándose como novedad tras la refundición de la normativa aérea una referencia a los mecanismos de financiación, consecuencia de la doctrina *Altmark*. Por otro lado, habrá que completar ese contenido mínimo con las referencias contenidas en la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 ya citada³⁷.

Uno de los aspectos que debe reflejar el contrato es el nivel de servicio requerido por la obligación de servicio público. De modo complementario, la Decisión antes citada aclara que el acto de atribución debe contener la *naturaleza* de las obligaciones de servicio público³⁸, que a estos efectos vienen a ser aspectos coincidentes. Para entender el alcance de dicha previsión deben tenerse en cuenta dos aspectos: de una parte, que las obligaciones de servicio público han sido previamente definidas y establecidas por cada Estado miembro con un alcance mínimo; de otra parte, que el contrato se adjudica en un procedimiento con concurrencia competitiva. De ahí que el nivel de servicio o la naturaleza de las obligaciones sean consecuencia de un proceso de concreción de las abstractas obligaciones que se han decantado en aquel procedimiento competitivo. Ese nivel es el resultado de una mejora tanto de las obligaciones impuestas por el Estado como de las proposiciones ofrecidas por el resto de operadores aéreos que participen en aquel procedimiento.

El contrato también debe incorporar las reglas relativas a la modificación y finalización del mismo, en particular con el fin de

³⁶ A nivel interno, el apartado quinto del Acuerdo gubernamental por el que se imponen obligaciones de servicio público en la ruta Almería-Sevilla califica dicho contrato de administrativo, sometiéndolo tanto al Reglamento (CE) 1008/2008 como a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

³⁷ Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (2005/842/CE, DOUE L 312/67, de 29-11-2005).

³⁸ Artículo 17.3.a) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 y artículo 4 de la Decisión de 28 de noviembre de 2005.

tener en cuenta cambios imprevisibles³⁹. Son extremos bien conocidos de la teoría de la contratación administrativa, que pueden ser reconducidos al ejercicio del *ius variandi* o a la adopción de las medidas necesarias para seguir garantizando la continuidad en la prestación en la fase final de la vida del contrato.

Con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de servicio público asumidas, el contrato debe prever «*las sanciones*» en caso de incumplimiento⁴⁰. Esas sanciones deben entenderse en el sentido de penalidades por el incumplimiento del contrato, por tanto al margen y compatibles con las «*sanciones*» que aquel incumplimiento acarree en ejercicio de la potestad sancionadora. Uno de los supuestos más típicos de este tipo de penalidades es el pago de una cantidad dineraria a favor de la Administración cuando se supera un porcentaje determinado de cancelaciones o retrasos en los vuelos. Un ejemplo sería el pago de la cantidad de 3.000 euros por cada vuelo cancelado que supere el 2% de los vuelos programados⁴¹.

Otras dos determinaciones que debe contener el contrato son su duración⁴² y los mecanismos de financiación⁴³. En relación con esta última cuestión, la Decisión de 28 de noviembre de 2005 añade, además, que el acto de atribución debe también incorporar las modalidades para evitar y reembolsar el exceso de compensación. Dada la importancia de estas dos cuestiones su desarrollo se expondrá separadamente.

Hasta aquí se ha hecho referencia al contenido mínimo al que alude la normativa aérea, que como se ha indicado en esencia es coincidente con el previsto antes de la refundición de la norma-

³⁹ Artículo 17.3.b) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

⁴⁰ Artículo 17.3.d) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

⁴¹ Imposición por Italia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares interiores (2007/C 228/04), DOUE de 28-9-2007.

⁴² Artículo 17.3.c) en relación con el 17.5.c) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 y artículo 4.a) de la Decisión de 28 de noviembre de 2005.

⁴³ Artículo 17.3.e) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, en relación con el artículo 4, letras d) y e), de la Decisión de 28 de noviembre de 2005.

tiva y también con el recogido en la Decisión citada de 2005 sobre los extremos que debe tener el acto de atribución. Sin embargo, exige que aquél mencione otros dos extremos: la empresa, el territorio afectado y la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas⁴⁴. Sin embargo, la omisión es más aparente que real, ya que, aunque no se destaque específicamente como contenido mínimo, esos extremos forman parte del contenido natural del propio contrato y así se destaca en otros preceptos.

En cuanto a la empresa cabe decir que será el transportista aéreo que ha salido adjudicatario del contrato en la licitación convocada y por tanto una de las partes de ese contrato. Además, entre la información que el Estado miembro debe poner en conocimiento de la Comisión europea tras la celebración de la licitación se encuentra el nombre del licitador seleccionado⁴⁵.

Respecto del territorio afectado, cabe recordar que el elemento territorial viene determinado en el acto de establecimiento de las obligaciones de servicio público en relación con un aeropuerto concreto y una ruta aérea determinada. Por otro lado, la nota informativa que se publica en el DOUE para llevar a cabo la licitación hace una expresa mención a la ruta aérea de que se trata⁴⁶. Tampoco, por tanto, plantea problema esta circunstancia que queda plenamente identificada, incluso aunque el contrato no señalara nada al respecto.

Por último, el contrato debe especificar los derechos especiales o exclusiva que reconoce, circunstancia a la que no se alude dentro del contenido mínimo. La razón es que, en este caso, el propio contrato instrumenta la exclusiva en la prestación de los servicios aéreos en una determinada ruta, aunque este extremo se desarrollará detenidamente en otro apartado.

⁴⁴ Artículo 4, letras b) y c), respectivamente, de la Decisión de 28 de noviembre de 2005 (2005/842/CE).

⁴⁵ Artículo 17.9.a) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

⁴⁶ Artículo 17.5.b) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

2.4. La duración del contrato

Según acaba de señalarse, uno de los elementos que debe recoger el contrato es su duración, el tiempo durante el cual desplegará sus efectos. Sobre este particular no cabe perder de vista que las medidas de servicio público tienen un carácter excepcional y transitorio, de ahí que sus efectos no pueden prolongarse más allá de lo estrictamente necesario. Se espera que el mercado vuelva a proporcionar por sí mismo el servicio, siendo la aplicación de las obligaciones una medida transitoria en tanto se normaliza la situación. En coherencia con ese entendimiento, nada sorprende que la normativa haya previsto unos plazos máximos y de corta duración para este tipo de acto de atribución pública del servicio.

Los contratos tendrán la duración que se haya previsto en la licitación pública nunca superior a los previstos por la normativa. El plazo máximo general es de cuatro años, un año más que el previsto por la normativa anterior. Asimismo, la reforma ha introducido la novedad de prever un plazo máximo diferente para las regiones ultraperiféricas definidas en el artículo 349 del Tratado de Funcionamiento UE (antiguo 299.2). En este supuesto el plazo máximo es de cinco años⁴⁷.

Como norma general, los contratos suelen suscribirse por el plazo máximo previsto, aunque nada impide que se suscriban por un período inferior. En este último supuesto suele preverse la posibilidad de prórroga siempre respetando aquellos plazos máximos⁴⁸.

⁴⁷ Artículo 16.9, párrafo segundo, del Reglamento citado.

⁴⁸ Baste como ejemplo el previsto en el concurso convocado por Italia de conformidad con la letra d) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo para la explotación de servicios aéreos regulares entre Pantelleria y Palermo, Lampedusa y Palermo, y Lampedusa y Catania (2003/C 283/18, DOUE C 283/29, de 26-11-2003), al establecer que «el contrato tendrá una duración de dos años y podrá prorrogarse doce meses más a partir de la fecha del comienzo de la prestación de los servicios aéreos en las líneas en cuestión, de conformidad con las obligaciones de

Una vez que expire el plazo establecido dentro de esos máximos, la situación deberá ser estudiada nuevamente. Es decir, que deberá volver a realizarse un estudio amplio, sobre la concurrencia del requisito de necesidad en los términos que ya fueron expuestos en el capítulo primero de esta obra. En consecuencia, la normativa comunitaria no prohíbe que, de mantenerse o existir una situación real de necesidad, aquellas medidas puedan seguir aplicándose. Aunque ello no legitimará en ningún caso una prórroga de los plazos máximos previstos en la normativa comunitaria, debiéndose actuar como si de una nueva situación se tratara. En otras palabras, si se agotan los plazos máximos y siempre que subsista la necesidad de las obligaciones de servicio público habrá que proceder a una nueva licitación.

2.5. El contrato como instrumento del derecho de exclusiva

A través del contrato adjudicado en pública licitación se atribuye al operador aéreo el derecho para explotar en exclusiva una ruta aérea determinada sometida a las obligaciones de servicio público. El Derecho comunitario ha definido tales derechos como «los concedidos por un Estado miembro a una empresa mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o administrativo que reserve a esta empresa el derecho a prestar un servicio o emprender una actividad en una zona geográfica específica»⁴⁹, concepto en el que encuadra a

servicio público». En este supuesto el plazo máximo era tres años al amparo del Reglamento (CEE) 2408/92, dado que el máximo de cuatro años se introdujo tras la refundición de la normativa.

⁴⁹ Artículo 2, letra f) de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. En un sentido similar, el Reglamento (CE) 1370/2007 los define como el «derecho que reserva a un operador de servicio público determinado la posibilidad de explotar servicios públicos de transporte de viajeros en una línea, red o zona determinada, con exclusión de otros operadores» [art. 2, letra f)]. Tal y como señala VILLAR ROJAS «la declaración de interés general de una actividad económica o de un servicio significa que el poder público considera que la misma debe prestarse

la perfección la situación estudiada. De esta forma cabe destacar los siguientes aspectos:

a) *Subjetivo*: el Estado miembro que impone las obligaciones de servicio público será el que otorgue ese derecho de exclusiva. En relación con esta cuestión habrá que tener en cuenta la distribución de poder en el interior de cada Estado, dado que es posible reconocer una situación en que la competencia para imponer las obligaciones corresponda a una entidad y la competencia para adjudicar el contrato a otra diferente dentro de ese Estado miembro. Por lo que respecta a la empresa beneficiaria del derecho de exclusiva, lo será la empresa adjudicataria del contrato.

b) *Objetivo*: se reconoce el derecho a explotar los servicios de transporte aéreo sometidos a las obligaciones de servicio público impuestas en las condiciones que resultaron ganadoras de la adjudicación, respetando aquellas obligaciones.

c) *Teleológico*: la finalidad es garantizar la misión de servicio confiada, esto es, las obligaciones de servicio público impuestas en esa ruta. De esta forma, en el transporte aéreo se positiviza la forma en que puede hacerse uso de este privilegio sin contravenir las normas sobre competencia en el mercado. Con ello está presente la idea, plasmada en la jurisprudencia, de que sin el reconocimiento de este derecho se estaría impidiendo la misión encomendada⁵⁰. Para llegar a ello se ha tenido que haber ofreci-

*incluso cuando el mercado no tenga suficientes incentivos para hacerlo. En este caso, la satisfacción de ese interés puede requerir tanto la imposición de obligaciones de servicio público sobre los operadores que actúen en cada uno de los sectores, como el reconocimiento de derechos especiales o exclusivos, o la instauración de mecanismos específicos de financiación, aunque esto último no sea imperativo. De las condiciones de cada mercado en relación con los fines de interés general declarados depende el alcance de esas obligaciones, derechos y limitaciones» (VILLAR ROJAS, F. J., *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 2004, p. 306).*

⁵⁰ En términos generales ha existido una polémica en torno a cuándo procede el reconocimiento de los derechos de exclusiva. Las posiciones sobre este extremo pueden reconducirse a dos: a) que sólo procede este derecho cuando sin él se pondría en peligro la viabilidad económica de la empresa, y b) que se debe reconocer cuando se impida o dificulte la misión encomendada, independientemente de la viabilidad económica de la empresa. Esta última posición es la que está presente en la normativa aérea: después de fracasar la vía voluntaria de asunción de las obliga-

do la posibilidad de que todos los operadores pudieran voluntariamente asumir aquellas obligaciones y sólo cuando esa vía se ha manifestado como infructuosa se reconoce dicho privilegio.

d) *Formal*: el derecho debe reconocerse en una pública licitación, de forma que se garantiza la transparencia, publicidad y no discriminación.

e) *Territorial*: la zona geográfica conformada por la ruta aérea específica delimitada previamente en el acuerdo por el que se establecieron las obligaciones objeto de comentario, en la forma que ya fue explicada en el capítulo primero.

f) *Temporal*: su duración coincide con el plazo de duración del contrato que se le ha adjudicado al operador aéreo, en los términos ya expuestos en este mismo capítulo.

3. Los requisitos de la licitación

3.1. El procedimiento de licitación

Para adjudicar el contrato por el que se presten en exclusiva los servicios aéreos en una determinada ruta sometida a obligaciones de servicio público, los Estados miembros deben convocar una licitación pública. Esta licitación puede venir referida a una única ruta aérea o un grupo de ellas, cuando ello venga justifica-

ciones de servicio público, la única manera de garantizar la misión de servicio público es reconocer esa exclusividad de explotación a través del contrato. Un ejemplo de este planteamiento en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1997 (asunto C-159/94), apartados 53 a 59 y 95; también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2001 (asunto C-340/99), apartado 54, que afirma: «no es necesario que el equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general estén amenazados. Basta con que en caso de no existir los derechos controvertidos no puedan cumplirse las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen sobre ella, o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le hayan sido confiadas (*vid.*, en particular, la sentencia Albany, antes citada, apartado 107)».

do por motivos de eficacia operativa. Los rasgos generales de dicho procedimiento se exponen a continuación⁵¹:

a) El Estado miembro comunicará a la Comisión el texto íntegro del anuncio de licitación. Se exceptúa el supuesto en que el número previsto de pasajeros en la ruta aérea sea inferior a 10.000 al año, en cuyo caso bastará la publicación en el Diario Oficial nacional.

b) La Comisión europea dará a conocer la licitación mediante una nota informativa que publicará en el DOUE.

En relación con el contenido de la licitación, cabe poner de manifiesto la falta de coordinación normativa interna. De una parte, aquélla alude al contenido del anuncio de licitación y el subsiguiente contrato; de otra parte, recoge en otro apartado el contenido de la nota informativa publicada por la Comisión a través de la cual dará a conocer aquella licitación, con contenidos que no son iguales. Por tanto, el anuncio de licitación deberá contener, como mínimo, los dos tipos de contenidos mínimos previstos en los dos apartados, a saber: los niveles de servicio requeridos por la obligación de servicio público; las reglas relativas a la modificación y finalización del contrato, en particular con el fin de tener en cuenta cambios imprevisibles; el plazo de validez o duración del contrato; las sanciones en caso de incumplimiento del contrato; los parámetros objetivos y transparentes sobre cuya base se calculará, si procede, la indemnización por ejecución de las obligaciones de servicio público; el Estado o Estados miembros interesados; la ruta aérea de que se trate; la dirección completa donde el Estado miembro pondrá a disposición de los interesados toda información o documentación relativa a la licitación pública y la obligación de servicio público; el plazo de presentación de ofertas.

En relación con este último aspecto, la regulación actual ha subsanado una omisión existente en la normativa derogada, que no decía nada sobre ese plazo. En la práctica y mayoritariamente, tal y como se indicó en otro lugar, los Estados miembros venían estableciendo el plazo de seis semanas. Tras la reforma se

⁵¹ Artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

amplía por vía normativa ese plazo, fijando un plazo mínimo de dos meses desde la fecha de publicación de la licitación en el DOUE. Asimismo, en el supuesto de que la ruta ya estuviera limitada en el acceso, el anuncio de licitación se publicará al menos seis meses antes del comienzo la nueva concesión, con el fin de valorar si tal restricción de acceso sigue siendo necesaria.

c) Los Estados miembros adjudicarán el contrato teniendo en cuenta una serie de criterios, que se expondrán en el apartado siguiente. Generalmente, los concursos se rigen por unos pliegos que los Estados miembros ponen a disposición de las compañías interesadas. En el anuncio de licitación se indica una dirección a la que pueden dirigirse aquéllas para obtener dicha información. Con anterioridad a la refundición de la normativa, unos Estados miembros entregaban esa información gratuitamente y otros cobraban por ello. Ahora se impone la gratuidad en la entrega de toda la información y documentación pertinentes que soliciten los interesados en la licitación pública⁵².

d) Una vez que llevan a cabo esa adjudicación deberán comunicarlo a la Comisión europea. Esa comunicación por escrito y sin demora deberá contener el número, nombres e información empresarial de los licitadores; los elementos operativos que figuren en las ofertas; las indemnizaciones solicitadas en las ofertas; el nombre del licitador seleccionado.

e) La Comisión europea, tanto a petición de un Estado miembro como por iniciativa propia, podrá recabar del Estado miembro adjudicador toda la documentación relativa a esa licitación, que deberá enviarla en el plazo de un mes. En caso de que esa documentación no sea remitida en plazo, la Comisión podrá suspender la licitación.

3.2. *Los criterios de adjudicación*

Para adjudicar los contratos que se están analizando, los Estados miembros deben aplicar una serie de criterios, que respon-

⁵² Artículo 17.6 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

den a lo que tradicionalmente se conoce como adjudicación por concurso⁵³. La introducción de estos criterios es una novedad en relación con la normativa anterior que no decía nada al respecto. Los criterios específicos a valorar son⁵⁴: a) la adecuación del servicio ofrecido; b) los precios; c) las condiciones que pueden proponerse a los usuarios; d) el coste de la compensación que sea necesario aportar por el Estado o Estados miembros interesados, si fuese necesario.

Sin perjuicio de que el desarrollo de estas cuestiones se encuentra en los diferentes pliegos del concurso, de los anuncios de estos se puede destacar que el mayor énfasis se ha puesto en dos cuestiones. La más importante es, sin duda, el reconocimiento de compensación económica, que en algunos casos se convierte en el elemento decisivo del concurso. De este modo se puede encontrar alguna referencia en la que se dispone que, «con carácter general, la adjudicación recaerá en la oferta o combinación de ofertas que requieran la compensación más baja», y mejor en el caso de que «se presenten ofertas que no requieran compensación, sino sólo el derecho exclusivo (...), en cuyo caso «la adjudicación (...) se hará a tales ofertas»⁵⁵. Este criterio es bastante criticable porque convierte en una mera subasta un procedimiento de concurso, desvirtuando con ello la finalidad que la norma ha buscado con la licitación. Al margen de ello, en algunos anuncios se establecen mecanismos de desempate cuando la oferta de compensación económica es igual, en cuyo caso se han previsto soluciones que otorgan el contrato

⁵³ Aunque la normativa comunitaria no lo califica, sino solamente señala algunos de los criterios a considerar. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, manifiesta haber superado la distinción entre subasta y concurso por el de «oferta económicamente más ventajosa» «para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la económicamente más ventajosa), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación» (E. M., apartado 4). Ésa es, al menos, la justificación que da el legislador.

⁵⁴ Artículo 17.7 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

⁵⁵ En este sentido, el anuncio de licitación realizado por Noruega en el DOUE C 166/49, de 7-7-2005, apartado 7.

al licitador que haya ofrecido un mayor número de plazas⁵⁶. En fin, en otras ocasiones tan sólo se exige que *«las ofertas presentadas por las empresas concursantes deben especificar la cantidad solicitada en concepto de compensación por explotación del servicio correspondiente»*⁵⁷, añadiendo alguna otra precisión.

Los otros aspectos a destacar son las tarifas y los horarios. La fórmula estándar utilizada en este supuesto es la siguiente: *«las ofertas presentadas especificarán los precios y las condiciones correspondientes. Los precios deberán establecerse de acuerdo con las obligaciones de servicio público publicadas»*⁵⁸; o *«las ofertas presentadas deberán especificar las tarifas previstas de conformidad con las obligaciones de servicio público publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas n.º...»*. Debe tenerse en cuenta que estas obligaciones se definen con el carácter de mínimos, por tanto pueden ser mejorados en la licitación pública. Éste es el sentido de la expresión *«de conformidad con las obligaciones»*, esto es, respetando aquel mínimo, tal y como ya se explicó en el capítulo segundo.

3.4. El procedimiento de urgencia

Puede darse la situación de que una vez que se haya adjudicado el servicio en exclusiva se produzca una *«interrupción súbita»* del mismo. La necesaria garantía de la continuidad y regularidad en esta prestación esencial justifica que la normativa prevea un procedimiento de urgencia tendente a afrontar provisionalmente esa anomalía del servicio⁵⁹. En este caso, los Estados miembros podrán *«seleccionar por mutuo acuerdo»* a la compañía

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Por ejemplo, el concurso convocado por Francia para la explotación de servicios aéreos regulares entre Toulon-Hyères y Lyon-Saint-Exupéry, DOUE C 24/28, de 28-1-2004, apartado 6.

⁵⁸ Anuncio de licitación de servicios regulares en Noruega, DOUE C 254/5, de 14-10-2004.

⁵⁹ Artículo 16.12 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

aérea para que opere en esa ruta, es decir, podrá contratar directamente a aquélla.

Teniendo en cuenta el carácter excepcional de todas aquellas medidas que limitan la libre prestación de servicios, es lógico que una solución de esta naturaleza venga acompañada de una serie de cautelas. La primera y más importante es la del presupuesto de hecho legitimante del uso de esta vía: una ruta adjudicada en exclusiva en la que se produce una interrupción súbita del servicio. Ello implica una paralización repentina del servicio, es decir, no previsible o esperada; en caso contrario, se deslegitimaría la medida adoptada. Por tal motivo, es normal que una vez tomada la decisión, ésta tenga que comunicarse tanto a la Comisión europea como a los Estados miembros interesados explicando los «*motivos*» que llevaron a aquel Estado a adoptar dicha medida.

La referida decisión, tal y como se ha dicho, permitirá al Estado seleccionar por «*mutuo acuerdo*» a la empresa comunitaria que sea merecedora de esa adjudicación, aunque respetando los principios de transparencia y no discriminación. Ahora bien, dándose el presupuesto de hecho legitimante y seleccionando a una compañía aérea comunitaria, es difícil poder controlar la aplicación de tales principios. Corresponderá a la legislación interna de cada Estado establecer medidas tendentes a hacer operativo este principio, por ejemplo, estableciendo un número mínimo de consultas.

El reconocimiento de un derecho a compensación por la asunción de las obligaciones de servicio público se somete a las reglas generales previstas para este sector, y que serán estudiadas en otro lugar.

Asimismo, la provisionalidad de la medida queda patente tanto por el plazo de duración previsto para prestar dicho servicio, como máximo siete meses no renovables, como por la necesidad de convocar una nueva licitación pública para reconocer el derecho de exclusiva.

Como es lógico, la adopción de una medida de esta entidad puede ser objeto de control. Ya se señaló que esta decisión debe ser comunicada tanto a la Comisión como a los Estados miem-

bros interesados. En cualquier caso, se puede acordar la suspensión de la licitación si se considera que no se dan los requisitos expuestos para acudir a esta vía o se incumple en cualquier otro modo el Derecho comunitario.

4. El gestor del servicio

4.1. ¿Quién puede ser gestor del servicio?

Desde el punto de vista subjetivo, el gestor del servicio debe reunir una serie de requisitos. El más importante es que debe tratarse de una empresa aérea comunitaria con una licencia de explotación válida expedida por cualquier Estado miembro. Esto se desprende del objeto de la normativa⁶⁰, de las referencias específicas cuando se regulan este tipo de obligaciones⁶¹ y de las puntualizaciones recogidas en los diferentes anuncios de licitación. Aquella licencia se define por la normativa comunitaria como la autorización concedida por la autoridad competente para la concesión a una empresa, por la que se le permite prestar servicios aéreos en las condiciones que figuren en la misma⁶².

De esta forma, cualquier compañía aérea comunitaria podrá asumir, a través de los dos cauces analizados, las obligaciones impuestas por un Estado miembro en relación con una ruta aérea. El principio de no discriminación impedirá que se niegue esa posibilidad aunque el Estado miembro que impone las obligaciones y el que ha otorgado la licencia de explotación sean diferentes.

⁶⁰ El artículo 1 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 señala que «el presente Reglamento regula la concesión de licencias a compañías aéreas comunitarias, el derecho de las compañías aéreas comunitarias a explotar servicios aéreos intracomunitarios y la fijación de precios de los servicios aéreos intracomunitarios».

⁶¹ El artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 cuando se refiere a la licitación pública para adjudicar las obligaciones se refiere en varios apartados a la «compañía aérea comunitaria» (art. 16, apartados 7, 8, 9, 10 y 12, entre otras referencias).

⁶² Artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) 1008/2008.

4.2. Los deberes del gestor del servicio

A. La prestación del servicio con cumplimiento de las obligaciones impuestas

La primera y principal obligación de las compañías aéreas que operen en una determinada ruta sometida a las obligaciones de servicio público es el cumplimiento efectivo de las mismas. Esas obligaciones, como se sabe, afectan a la regularidad y continuidad de esos servicios, a su capacidad o a los precios que se ofrecen a los usuarios, en los términos y con el alcance que han sido definidas con claridad por cada Estado miembro. Esto es así independientemente de la vía utilizada para asumir tales obligaciones.

En el caso de la aceptación voluntaria, como ya sabemos, la Administración lleva a cabo una labor de verificación previa sobre los planes de explotación para ver en qué medida se cumplen con esas obligaciones. De tal modo que «si ninguna compañía aérea comunitaria hubiera iniciado o pudiera demostrar que está a punto de iniciar servicios aéreos regulares sostenibles en una ruta *de conformidad con las obligaciones de servicio público que se hayan establecido*», se legitima a los Estados miembros a acudir a la vía de la licitación pública para que aquéllas puedan ser cumplidas. Para que no quepa la menor duda, de ser utilizada esta segunda vía, los diferentes anuncios de los concursos, se encargan de recordar que el objeto del concurso son los servicios aéreos regulares en una determinada ruta *«de acuerdo con las obligaciones de servicio público impuestas»*.

Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones se establecen diversos mecanismos, tales como penalidades por incumplimiento, sanciones administrativas o la necesidad de comunicar con carácter previo el abandono del servicio con una anticipación mínima. Algunos de estos mecanismos ya fueron explicados, centrémonos ahora en los que no han sido objeto de atención hasta el momento.

B. El deber de información

En algunos casos los acuerdos por los que se imponen las obligaciones de servicio público establecen el deber que tienen las compañías aéreas de suministrar información⁶³. Este deber se impone tanto en beneficio de los usuarios como de la Administración. En el primer caso, obligándolas a difundir información fiable y completa sobre los horarios, tarifas o cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para el usuario. Puede, incluso, que se exija la utilización de determinados canales de distribución (Amadeus o GDS). En el segundo caso, el Estado miembro puede obligar a la compañía aérea a que remita periódicamente un informe sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas⁶⁴.

En los Acuerdos gubernamentales por los que se imponen tales obligaciones en nuestro país se impone expresamente este deber a las compañías que operen en las rutas afectadas por aquéllas. Por tratarse del último de ellos, aquel por el que se establecieron aquellas obligaciones en la ruta Almería-Sevilla:

«Las compañías aéreas deberán facilitar al Ministerio de Fomento los resultados estadísticos de cada temporada de tráfico, un mes después de su conclusión, y los datos periódicos relativos a la evolución

⁶³ Este deber debe verse como una manifestación de la regulación por razón de servicio público; una aproximación a su significado y alcance en MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en *Derecho de la Regulación Económica*, t. I, *op. cit.*, pp. 184-194; todo ello sin perjuicio de su consideración como una técnica administrativa general de ordenación o policía proyectada en este caso en un sector concreto, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

⁶⁴ Un ejemplo de este tipo de obligación puede encontrarse en la Comunicación de la Comisión de 10 de julio de 2002, por la que se informa de la imposición por parte de Finlandia de obligaciones de servicio público a los servicios regulares entre Mariehamn (MHQ) y Stockholm/Arlanda (ARN) (2002/C 164/07, DOUE C 164/18, de 10-7-2002).

del tráfico, número de pasajeros transportados, vuelos realizados e ingresos de pasaje y todos aquellos datos económicos que permitan determinar el cumplimiento de lo establecido en este Acuerdo»⁶⁵.

C. *El preaviso para abandonar el servicio*

El carácter esencial de la prestación que se satisface a través de la imposición de las obligaciones de servicio público obligará a establecer algunas cautelas para garantizar aquellas obligaciones. Por tal motivo, tal y como ya vimos, se impone a los operadores aéreos la obligación de comunicar con una antelación mínima de seis meses su intención de abandonar el servicio, incluido España. Este deber y dicho plazo no derivan de la normativa comunitaria, sino de la normativa dictada por los diferentes Estados miembros en el momento de imponer tales obligaciones.

El incumplimiento de dicho deber, así como el de suspender repentinamente el servicio, vendrá tipificado por la legislación de los diferentes Estados miembros como sanción administrativa⁶⁶.

5. La extinción del servicio

Una cosa es la extinción de la necesidad que justifica la existencia de las obligaciones de servicio público (requisito de necesidad), cuyo examen se realizó en el capítulo primero, y otra diferente las concretas causas por las que puede extinguirse el encargo mediante el cual se gestionan estas obligaciones. En esen-

⁶⁵ Apartado octavo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2009 por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta Almería-Sevilla; en el mismo sentido, apartado sexto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, que declara obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Canarias, y el apartado quinto del Acuerdo de 21 de noviembre de 2003 por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Baleares, todos ellos citados anteriormente.

⁶⁶ La referencia a la potestad sancionadora se expuso en el cap. 2.

cia el «contrato» puede extinguirse por su cumplimiento, por su renuncia aceptada por la Administración o por su incumpliendo.

El cumplimiento se producirá cuando el transportista aéreo haya desarrollado el objeto del contrato, la explotación de la ruta aérea determinada con sujeción a las obligaciones de servicio público impuestas y dentro del plazo previsto (o sus prórrogas). Nada singular en relación con el cumplimiento de un contrato en el sentido finalista que tiene en el Derecho comunitario.

En relación con la renuncia del contrato, tal y como se adelantó con anterioridad, ésta se somete a una serie de requisitos: a) su comunicación previa a la Administración dentro de un plazo mínimo, y b) su aceptación por la Administración. Si se dan esas circunstancias puede liberarse de la obligación sin consecuencias indemnizatorias. Esta exigencia no viene establecida en la normativa, sino que es un contenido que deriva del contenido del pliego de condiciones convocando los diferentes concursos.

Por su parte, la extinción puede generarse por un incumplimiento del contrato. Debe entenderse que cualquier incumplimiento no genera una extinción del contrato, de ahí la previsión de las penalidades correspondientes por incumplimiento, de forma que ante dichas situaciones el contratista deba abonar una cuantía económica. Éste es el sentido que debe darse a la expresión las sanciones en caso de incumplimiento al que alude el artículo 17.3.d) del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

El incumplimiento determinante de la extinción hace referencia a patologías graves que ponen en peligro el fin público que satisface el reconocimiento del derecho de exclusiva. El procedimiento para afrontar dicho incumplimiento se deja a lo que cada Estado miembro determine. En cualquier caso, deberá garantizarse la audiencia previa a la compañía aérea antes de adoptar dicha situación, así como la adopción de las medidas cautelares necesarias para que el servicio no se interrumpa. En este sentido, el Acuerdo por el que se establecen obligaciones de servicio público para Canarias dispone que la Comisión Mixta creada para velar por el cumplimiento del Acuerdo puede crear un comité integrado por dos representantes del Ministerio de Fomento y

dos del Gobierno de Canarias para dar una adecuada respuesta ante las interrupciones graves del servicio (apartado quinto del Acuerdo de 2006); asimismo, se prevé que el Ministerio de Fomento pueda adoptar las medidas que sean precisas para el restablecimiento de los servicios ante interrupciones graves⁶⁷. Al mismo tiempo que se impone a todas las empresas que prestan obligaciones de servicio público reanudar el servicio lo más rápido posible (apartado 2.7 del Acuerdo de 2006).

⁶⁷ Apartado noveno del Acuerdo de 2006 citado.

Capítulo Cuarto

La compensación de las obligaciones de servicio público

1. La doctrina «Altmark» en la financiación de los servicios de interés económico general

1.1. La situación pre-Altmark en el sector aéreo

En 1984, la Comisión europea estableció unas directrices para evaluar las posibles ayudas de Estado en el sector de la aviación como parte de su segundo Memorando sobre aviación civil¹. Durante los años 1991 y 1992 llevó a cabo una encuesta que desembocó en el «Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la evaluación del esquema de ayudas establecido a favor de los transportistas aéreos comunitarios» en donde se ponía de manifiesto la existencia de este tipo de ayudas en dicho sector².

Entre tanto, en el año 1992 se publicó, como ya nos consta, el tercer paquete de medidas liberalizadoras, en donde se encontraba el Reglamento (CEE) 2408/92, que regulaba, al hilo del acceso al mercado de las compañías aéreas comunitarias, el marco para imponer obligaciones de servicio público. En este contexto se reconocía la posibilidad de que el operador aéreo que hubiera sido seleccionado en licitación pública fuera compensado por asumir aquellas obligaciones.

Con el fin de abordar las futuras regulaciones en el sector, la Comisión europea nombró un Comité de expertos que elaboró

¹ Anexo IV del Memorando n.º 2, sobre aviación civil, «Avance hacia el desarrollo de una política comunitaria sobre el transporte aéreo», COM (84) 72 final.

² Doc. SEC (92) 431 final, de 19 de marzo de 1992.

un informe en el que, entre otros aspectos, recomendó la elaboración de unas nuevas directrices para las ayudas de Estado en el transporte aéreo. Siguiendo esa recomendación, la Comisión publicó en 1994 las «Directrices comunitarias sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del Acuerdo del EEE a las ayudas de Estado en el sector de la aviación»³.

Entre las ayudas previstas en dichas Directrices se encuentran las subvenciones directas para hacer frente a las pérdidas sufridas por las compañías aéreas en su gestión, tal y como había revelado el informe del año 1992 citado. Estas ayudas se consideran, con carácter general, contrarias al Tratado, salvo en dos supuestos: a) la compensación por obligaciones de servicio público, y b) las ayudas de carácter social.

La compensación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo se enmarcan dentro de la normativa vigente en ese momento [el Reglamento (CEE) 2408/92]. Para la Comisión europea, aquéllas sólo son posibles cuando se ha seleccionado al operador en pública licitación, tal y como exigía (y exige) la normativa (apartado 18 de las Directrices). Si ésta es correctamente aplicada, el reembolso de los déficit al operador aéreo seleccionado no puede ser considerado como una ayuda. Esto es así porque la esencia de la ayuda es otorgar una ventaja al beneficiario, lo que no se produce cuando tan

³ DOUE C 350, de 10-12-1994. Sobre el valor jurídico de estas y otras directrices, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005, recaída en el asunto T-17/02, caso *Fred Olsen*, señaló en relación a las existentes en el sector marítimo que «no pueden calificarse como normas jurídicas que vinculen a la Administración en todos los casos» (apartado 193 de la Sentencia). Asimismo, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005 (asunto T-349/03, caso *Corsica Ferries France SAS*) señaló que «según la jurisprudencia, la Comisión está vinculada por las directrices y las comunicaciones adoptadas en materia de control de ayudas de Estado en la medida en que no se aparten de las normas del Tratado y sean aceptadas por los Estados miembros» (apartado 139, con cita de la jurisprudencia al respecto). Por su parte, la Decisión de la Comisión europea 2004/393/CE, de 12 de febrero de 2004, considera a tales directrices como una especie del denominado «soft law» (nota 108 de la Decisión). Sobre este fenómeno, ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario», *RAP*, n.º 154, 2001, pp. 63-94; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., *El soft law administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

sólo se compensan las pérdidas ocasionadas por asumir las obligaciones de servicio público impuestas y el operador ha sido seleccionado con criterios objetivos.

Por otro lado, ante una indebida aplicación de la normativa que pudiera desvirtuar su finalidad, las directrices recuerdan tanto la responsabilidad de los Estados miembros de revisar sus decisiones al respecto como el poder de investigación que puede desarrollar la propia Comisión europea. A ello nos referimos ya en el capítulo primero de esta obra. Esas facultades revisoras reconocidas por el Derecho derivado lo son sin perjuicio de las facultades en el control de las ayudas de Estado atribuidas directamente a favor de la Comisión por el Tratado. Dicha situación se daría, por ejemplo, cuando el Estado miembro no ha elegido la mejor oferta, teniendo en cuenta que, a juicio de dicha institución, el nivel de compensación es el criterio de selección más importante a valorar. Si la compensación no ha sido aún pagada, la Comisión tendría que ordenar la suspensión de dicho pago.

Asimismo, la compensación de las pérdidas en las que hubieran incurrido las compañías aéreas sin seguir aquel procedimiento previsto en la normativa aérea deben seguir el cauce general de control de las ayudas de Estado. Esto mismo sucedería cuando la compensación no se ha calculado sobre la base de los criterios previstos en la normativa aérea. No obstante, debe tenerse en cuenta que el marco de referencia de las Directrices era el Reglamento (CEE) 2408/92.

La otra forma de compensación compatible con el Tratado son las ayudas de carácter social garantizadas a los consumidores individuales (art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento UE), que pueden aparecer en determinadas rutas aéreas. Ello puede afectar a determinada categoría de pasajeros, como a las que se generalizan a los residentes de una determinada región, como se expondrá en este capítulo.

Siguiendo la interpretación contenida en las Directrices comentadas, la Decisión 6/110/CE declaró incompatibles con el Tratado las ayudas otorgadas por la Ley de la Región de Cerdeña de 20 de enero de 1994 a las empresas aéreas que explotaban

determinadas rutas, al considerar que tales subvenciones directas a la explotación de rutas aéreas regionales no se encuadraban en ninguno de los dos supuestos expuestos (obligaciones de servicio público o ayudas sociales). En otros casos, la Comisión ha encontrado otra fundamentación para entender compatibles las ayudas otorgadas por los aeropuertos regionales a favor de compañías aéreas con el fin de favorecer el desarrollo de determinadas rutas: las ayudas de puesta en marcha. Éstas se presentan como una realidad nueva no contemplada en las Directrices del año 1994, que ante su creciente aumento, generó unas Directrices específicas. Más adelante abordaremos su relación con el objeto de estudio.

1.2. Formulación y consolidación de la doctrina

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, recaída en el caso *Altmark Trans GmbH* (asunto C-280/00) —en adelante *Sentencia Altmark*—, abordó la naturaleza de las compensaciones recibidas por las empresas encargadas de los servicios económicos de interés general⁴. En ella se afirma que tales compensaciones no pueden ser consideradas como ayudas de Estado, de modo que no están sujetas al artículo 87, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento UE (antes 92.1)⁵. Apoyándose en una

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ a la hora de determinar el carácter compensable o no de las obligaciones de servicio público propone diferenciar entre obligaciones generales (no indemnizables) y las especiales (indemnizables), al tener estas últimas una naturaleza ablatoria (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Servicio público, servicio universal y obligaciones de servicio público...», *op. cit.*, pp. 50-51).

⁵ En dicho precepto se establecen los siguientes requisitos: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia. Sobre este particular es clave la obra de FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993; también CALVO CARAVACA, L., *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea. Análisis y perspectivas*, Murcia, 1991; CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 669 y ss., con amplia referencia bibliográfica; ARPIO SANTACRUZ, J. L., *Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de*

jurisprudencia anterior señala que⁶ «si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto de empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 92 (hoy 87), apartado 1, del Tratado» (apartado 87 de la Sentencia)⁷. Para otro sector del transporte, la normativa ha definido tales compensaciones como «toda ventaja, especialmente de carácter financiero, concedida directa o indirectamente por una autoridad pública mediante recursos públicos durante el período de ejecución de una obligación de servicio público o en relación con ese período»⁸.

la Competencia, Aranzadi, Pamplona, 2000; GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E., *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*, Civitas, Madrid, 2002; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento», en *Estudios de Derecho público económico*, op. cit., pp. 779 y ss.; ESTOA PÉREZ, A., *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006. En particular sobre estas ayudas en el sector aéreo, GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho administrativo aeronáutico*, op. cit., pp. 706 a 721.

⁶ Estas Sentencias del Tribunal de Justicia son la de 7 de febrero de 1985, asunto 240/83, caso ADBHU, y la de 22 de noviembre de 2001, asunto C 53/00, caso Ferring.

⁷ Con carácter previo a dicha Sentencia se mantuvieron posiciones diferentes en torno a la naturaleza por las compensaciones por razón de los servicios de interés económico general. Estas posturas fueron:

— *Consideración como ayudas de Estado*: fue la posición mantenida en las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997, asunto T-106/95, caso FFSA, y de 10 de mayo de 2000, asunto T-46/97, caso SIC, y la defendida en las dos conclusiones del AG Léger en el caso Altmark.

— *Solución compensatoria*: es la adoptada por la Sentencia Ferring antes citada.

— *Solución quid pro quo*: elaborada por el AG Jacobs en las conclusiones del asunto GEMO. Éste defendió la aplicación de las soluciones anteriores dependiendo de las diferentes situaciones que podían aparecer. De este modo, la solución compensatoria (Ferring) se aplicaría en el supuesto de que existiera una relación «directa y manifiesta» entre la financiación concedida y las obligaciones de interés general impuestas, como las establecidas mediante contrato a través de una licitación pública; en cambio, si no existe aquella relación directa y manifiesta se tratará de una ayuda de Estado.

⁸ Artículo 2.g) del Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transpor-

Para que esa compensación no tenga la consideración de ayuda de Estado debe reunir una serie de requisitos, a saber⁹:

«— en primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente;

— en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente;

— en tercer lugar, que la compensación no supera 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 por la ejecución de estas obligaciones;

— en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones».

Siempre y cuando las compensaciones cumplan con los citados requisitos, las aportaciones son la contraprestación por asumir las obligaciones de servicio público y no serán ayudas de Estado. En caso contrario, sí serán consideradas como tales, al igual que el exceso de financiación¹⁰. Esta doctrina jurisprudencial ha sido ampliamente reiterada, siendo una construcción consolidada en la materia¹¹.

te de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 1191/69 y (CEE) 1107/70 del Consejo.

⁹ Apartados 89 a 92 y fallo de la Sentencia *Altmark*.

¹⁰ En este sentido la Sentencia de 22 de noviembre de 2001, asunto C 53/00, caso *Ferring*, apartados 27, 32 y 33.

¹¹ Esta sentencia, así como la doctrina que se ha consolidado con posterioridad a ella, ha sido ampliamente comentada. Sin ánimo exhaustivo, MEROLA, M., y MEDINA, C.: «De l'arrêt *Ferring* à l'arrêt *Altmark*: continuité ou revirement dans l'approche du

A la vista de la doctrina expuesta, la Comisión europea ha elaborado una aportación complementaria. De esta forma, el cuadro resultante en cuanto a las compensaciones por las misiones de servicio público sería el siguiente:

a) Las compensaciones que cumplen con los requisitos *Altmark* no tienen la consideración de ayudas de Estado, siendo la contraprestación por la asunción de las obligaciones de servicio público asumidas.

b) Las compensaciones por servicio público que son ayudas de Estado. A su vez dentro de ellas se pueden diferenciar dos modalidades:

— Las que se entienden compatibles con el Tratado y no quedan sometidas al requisito de notificación previa. Éstas son las previstas en la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 (2005/842/CE)¹².

financement des services publics», *Cahiers de droit européen*, vol. 39, n.º 5-6, 2003, pp. 639 y ss.; ACIERNO, S., y BAQUERO CRUZ, J., «La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 9, Civitas, Madrid, 2004, pp. 169 y ss.; BRACQ, S., «Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 40, n.º 1, 2004, pp. 33 y ss.; BOISSARD, B., «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue du Droit Public*, n.º 4, 2004, pp. 1173 y ss.; DEREATTI, C., «Un'importante decisione della Commissione sul tema del finanziamento dei servizi di interesse economico generale», *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 19-2, 2005, pp. 319 y ss.; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., «Ayudas de estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 237, 2005, pp. 35 y ss. Para una visión de conjunto, MONTERO PASCUAL, J. J. (coord.), *La financiación de las obligaciones de servicio público*, *op. cit.* En particular en esa obra sobre el transporte aéreo, aunque pronunciándose sobre el derogado Reglamento (CE) 2408/92 y con un enfoque diferente al que se expone en el presente trabajo, DEIANA, M., «La financiación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo», *op. cit.*, pp. 135 y ss.

¹² Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DOUE L 312/67, de 29-11-2005). Se excluye de su ámbito el sector del transporte terrestre (art. 2.2 *in fine* de la Decisión).

— Las que pueden ser consideradas compatibles pero tienen que ser notificadas con carácter previo a la Comisión. Son las que se someten al *Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (2005/C 297/04)¹³.

Por lo que respecta al transporte aéreo, la Decisión de 28 de noviembre de 2005 citada se preocupa por precisar que «los umbrales aplicables a la compensación por servicio público en los sectores del transporte aéreo y marítimo deben, en principio, ser idénticos a los aplicables con carácter general. No obstante, en los casos específicos de compensación por servicio público a conexiones aéreas o marítimas con islas y aeropuertos y puertos que constituyan un servicio de interés económico general, a tenor del artículo 86, apartado 2, del Tratado, es más pertinente establecer también umbrales alternativos basados en el número medio anual de pasajeros más acordes con la realidad económica de estas actividades».

El umbral general de compensación se sitúa en una cantidad inferior a los 30 millones de euros anuales [apartado a) del art. 2 de la Decisión]. Esta previsión general se matiza para el supuesto de islas y aeropuertos con determinados niveles de tráfico de la siguiente forma¹⁴:

¹³ DOUE C 297/4, de 29-11-2005. Se excluye el sector de los transportes y del servicio público de radiodifusión. En concreto el apartado I (Objeto y ámbito de aplicación), apartado 3, señala: «el presente marco se aplica a las compensaciones por servicio público concedidas a empresas en relación con actividades sujetas a las normas del Tratado CE a excepción de los sectores de los transportes y del servicio público, de radiodifusión contemplados en la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión». La Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio) n.º 328/05/COL, de 20 de noviembre de 2005, por la que se modifica por quincuagésima tercera vez las normas procesales y sustantivas en el ámbito de las ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo 18C: «Ayudas estatales en forma de compensación por servicio público» (DOUE L 109/44, de 26-4-2007), aplica la doctrina *Altmark* a los Estados integrantes de dicha Asociación, reconociendo que se acogen al Marco comunitario porque la Decisión no ha sido incorporada aún al Acuerdo EEE (Espacio Económico Europeo). Forman parte de la AELC Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. El EEE está formado por los países integrantes de la Unión Europea más los países de la AELC, menos Suiza.

¹⁴ Artículo 2 de la Decisión de 28 de noviembre de 2005.

a) compensaciones por servicio público a conexiones aéreas (o marítimas) con islas en las que el tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de servicio de interés económico general no hubiere superado los 300.000 pasajeros;

b) compensaciones por servicio público en aeropuertos (y puertos) cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de servicio económico de interés general no hubiere superado 1.000.000 de pasajeros en el caso de los aeropuertos y 300.000 pasajeros en el caso de los puertos».

Asimismo, la misma Decisión aclara que «sólo se aplicará a las ayudas estatales en compensación por servicio público concedidas a las empresas relacionadas con servicios de interés económico general contempladas en el artículo 86, apartado 2, del Tratado, y que se atengan, cuando estos actos sean aplicables, al Reglamento (CEE) n.º 2408/92», es decir, donde se regulaban las obligaciones de servicio público.

1.3. Su plasmación en la normativa aérea

Como se ha adelantado, la normativa aérea anterior había previsto la posibilidad genérica de que los Estados pudieran reconocer a favor del licitador una compensación económica¹⁵. De esta forma, en los diferentes anuncios de licitación se hacía una mención expresa a este extremo, en el sentido de especificar si los participantes solicitaban o no indemnización y su cuantía.

Tras la elaboración de la doctrina *Altmark* expuesta y aprovechando la modificación y refundición de la normativa aérea,

¹⁵ En concreto el artículo 4.1.f) del Reglamento (CEE) 2408/92, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso a las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, establecía que el fallo de la licitación contendría, entre otros, el coste de la compensación que fuera necesario aportar por el Estado o Estados miembros interesados, si fuese necesario.

se han incorporado al Derecho positivo comunitario europeo para este sector los requisitos exigidos para que aquellas compensaciones no sean consideradas como ayudas de Estado. De esta forma, entre el contenido exigido al anuncio de licitación y al subsiguiente contrato que se formalice se encuentra la fijación de los «parámetros, objetivos y transparentes sobre cuya base se calculará, si procede, la indemnización por ejecución de las obligaciones de servicios público»¹⁶.

Asimismo, coherente con la jurisprudencia expuesta, se precisa que «dicha indemnización no podrá exceder del importe necesario para cubrir los costes netos derivados de la ejecución de cada obligación de servicio público, teniendo en cuenta los correspondientes ingresos conservados por el operador y unos beneficios razonables»¹⁷. El punto de partida es que las obligaciones han sido establecidas de forma clara tanto en el acto de imposición como en el contrato por el que se encomienda la prestación del servicio de interés económico general, para respetar el requisito del acto de atribución del poder público en los términos expuestos.

El cuarto de los requisitos de la doctrina *Altmark* no plantea problemas en este supuesto, dado que el mismo hace referencia al caso en que la atribución no se haya efectuado en el marco de un procedimiento de licitación pública. Esta situación no puede darse legalmente, dado que la atribución del servicio en el transporte aéreo debe hacerse, precisamente, a través de la licitación regulada en la normativa comunitaria. En otras palabras, el supuesto supletorio previsto en la doctrina que se viene considerando no es de aplicación al transporte aéreo en la medida en que tal posibilidad iría en contra del procedimiento previsto normativamente para encargar la gestión del servicio de interés económico general.

¹⁶ Artículo 17.3.e) del Reglamento (CE) 1008/2008, que recoge el segundo de los requisitos de la Sentencia *Altmark*.

¹⁷ Artículo 17.8 del Reglamento (CE) 1008/2008, que recoge el tercero de los requisitos de la Sentencia *Altmark*. Igualmente, en relación con esta cuestión, la normativa exige que la comunicación que debe remitirse a la Comisión en relación con la licitación consten las indemnizaciones solicitadas en las ofertas.

A la vista de los datos normativos y doctrina citada, la compensación analizada en el transporte aéreo vendría caracterizada por las siguientes notas:

- a) Plena asunción de los requisitos *Altmark*.
- b) Carácter potestativo de la indemnización-compensación. No es consustancial al encargo del servicio, es decir, se puede adjudicar sin la referida compensación.
- c) Carácter limitativo de la ayuda. Sólo cubre los «costes netos» teniendo en cuenta los ingresos y un beneficio razonable.
- d) Desde el punto de vista teleológico, la compensación está vinculada «a la ejecución de cada obligación de servicio público».

Quedaría por matizar cómo se inserta en el modelo reseñado la Decisión de 28 de noviembre de 2005 (2005/842/CE) estudiada en el apartado anterior, que expresamente somete, entre otros, al transporte aéreo a su ámbito de aplicación. El principal problema que se plantea es que se establecen en ella unos límites cuantitativos generales que se matizan para el caso de conexiones con islas, ¿se siguen aplicando tales criterios después de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) que incorpora la doctrina *Altmark*?

La respuesta debe ser negativa, al menos en parte. Por lo que respecta a los límites cuantitativos de tráfico, al no preverse expresamente en aquella normativa, no pueden ser utilizados. Han sido desplazados por el Derecho derivado. Sin embargo, los conceptos para determinar el *quantum* de la compensación sí lo son. Ello porque la referida normativa utiliza unos conceptos que no define, sino que los da por supuesto al enmarcarse en el acervo generado por *Altmark*. A esta cuestión se dedica el siguiente epígrafe.

2. Los conceptos retributivos clave

2.1. El importe de la financiación y sus límites

Reflejando el tercero de los requisitos *Altmark*, la normativa aérea impone que el importe de la compensación no puede

exceder del necesario para cubrir los *costes netos* derivados de la ejecución de cada obligación de servicio público, teniendo en cuenta los correspondientes *ingresos conservados* por el operador aéreo y unos *beneficios razonables*, en términos similares a los recogidos previamente por la normativa del transporte terrestre¹⁸. El importe de esa compensación se entiende en un sentido amplio, comprensivo de cualquier beneficio concedido por el Estado o a cargo de los recursos estatales¹⁹.

Asimismo, la compensación debe aplicarse a la financiación del servicio de interés económico general (carácter teleológico). Esto podría resultar una obviedad, pero no lo es. Se está operando en un mercado abierto, el transporte aéreo, y puede darse el caso de que la compañía aérea seleccionada para gestionar el servicio de interés económico general realice operaciones de mercado en otras rutas aéreas. Por ello, habrá que evitar que la compensación obtenida se aplique efectivamente a los costes ocasionados por las obligaciones de servicio público y no se deriven a otras actividades que pueda tener la misma compañía. El medio de evitar esas subvenciones cruzadas es utilizar el principio ya generalizado de separación contable que refleje los costes y beneficios asociados al servicio de interés económico general y al resto de actividades de la compañía aérea²⁰.

¹⁸ Artículo 17.8 del Reglamento (CE) 1008/2008. El tercero de los requisitos *Altmark* señala que «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 por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace con falsear la competencia al reforzar su posición competitiva». En este sentido, el Reglamento (CE) 1370/2007 estableció para el sector del transporte terrestre que «ninguna compensación puede exceder en caso alguno del importe necesario para cubrir la incidencia financiera neta en los costes e ingresos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público teniendo en cuenta los ingresos correspondientes conservados por el operador de servicio público y la existencia de unos beneficios razonables» [art. 4.1.a) del Reglamento 1370/2007].

¹⁹ Artículo 5.1 de la Decisión 2005/842/CE.

²⁰ Artículo 5.5 de la Decisión 2005/842/CE. Con carácter general sobre el principio de separación, en sentido amplio (contable, funcional, patrimonial), en el

Admitida la licitud de la compensación, la mayor preocupación consiste en que aquélla se mantenga dentro de esos límites. La razón de esta cautela se debe a que la financiación excesiva también constituye una ayuda de Estado incompatible con el Tratado y que no está justificada por el servicio público. Así se expresa la jurisprudencia, la normativa y las Directrices interpretativas de la Comisión europea. Tanto esta institución como los Estados miembros deben velar para que dicho exceso no se produzca y si se produce tomar las medidas necesarias para conseguir el reembolso. Sin embargo, la Decisión 2005/842/CE, ya citada, establece un matiz que corrige el excesivo rigor que supondría la aplicación de dicha medida, al permitir que si el exceso de compensación no supera el 10% del importe de la compensación anual, podrá trasladarse al año siguiente y descontarse del importe de la compensación que debería pagarse en ese período²¹.

En definitiva, la compensación debe abarcar todos los elementos que el Estado pone en manos del operador aéreo; se debe aplicar precisamente a financiar esa actividad y no debe ser excesiva para no convertirse en una ayuda de Estado.

2.2. La determinación de los conceptos

Ante la ausencia de referencias explícitas en la normativa aérea, para calcular el coste neto de las obligaciones de servicio público

ámbito de los servicios de interés económico general, ARIÑO ORTIZ, G., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *La competencia en sectores regulados*, op. cit., pp. 15 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, t. I., op. cit., pp. 251 y ss.; *idem*, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación», op. cit., pp. 170 a 177; FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op. cit., pp. 471 y ss.; VILLAR ROJAS, F.J., «El principio de separación entre el regulador y los gestores como garantía de la libre competencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2000», *REDETI*, n.º 9, 2000, pp. 141 y ss.; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Los servicios de interés económico general*, op. cit., pp. 363 y ss.

²¹ Artículo 6 de la Decisión 2005/842/CE. En el mismo sentido para el espacio de la AELC, la Decisión n.º 328/05/COL de su Órgano de Vigilancia.

en el transporte aéreo se puede utilizar como referencia la fórmula utilizada para el cálculo de la compensación en el transporte terrestre y los criterios contenidos en la Decisión 2005/842/CE.

Ese coste neto vendría a ser el resultado de la siguiente operación: 1) se determina el coste derivado de la ejecución de tales obligaciones; 2) de ese coste se restan tanto los ingresos derivados por las tarifas percibidas por el operador aéreo como cualquier otra incidencia financiera positiva surgida de la explotación; 3) a la cantidad resultante se le suma el beneficio razonable²². Para el cálculo de los costes e ingresos se utilizarán los principios contables y fiscales que se encuentren vigentes²³.

Los costes que pueden tenerse en cuenta son todos aquellos en los que el gestor incurra como consecuencia del funcionamiento del servicio de interés económico general²⁴. Esta regla se aplica incluso en el caso de que esa compañía aérea explotara otras rutas sometidas a libre competencia. Dentro de los costes asociados al servicio de interés económico general podrán cubrirse los costes variables en que se hubieran podido incurrir, así como una contribución proporcional a los costes fijos comunes y de otras actividades y un beneficio razonable²⁵. También podrán tenerse en cuenta las inversiones en infraestructuras si son necesarias para el funcionamiento del servicio.

En el cálculo de los ingresos se tendrán en cuenta, al menos, todos los procedentes de la explotación del servicio económico de interés general²⁶. También se deberán incluir en los ingresos los derechos de exclusiva o beneficios reconocidos por un Estado cuando explote servicios de la misma naturaleza y obtenga unos beneficios superiores a los razonables. Asimismo, el Estado miembro puede decidir si los beneficios procedentes de otras

²² Anexo del Reglamento (CE) 1370/2007.

²³ Anexo del Reglamento (CE) 1370/2007 y artículo 5.1 de la Decisión 2005/842/CE.

²⁴ Artículo 5.2 de la Decisión 2005/842/CE.

²⁵ Artículo 5.4 de la Decisión 2005/842/CE. En el mismo sentido el Anexo del Reglamento (CE) 1370/2007 ya citado.

²⁶ Artículo 5.3 de la Decisión 2005/842/CE.

actividades ajenas al servicio encargado deben asignarse, total o parcialmente, a la financiación del mismo.

Como se ha señalado, la explotación del servicio permite la obtención de un beneficio razonable, que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la compensación que se reconozca. Éste se define como un tipo de remuneración de los fondos propios que tenga en cuenta el riesgo o la inexistencia del mismo, soportado por la empresa por la intervención del Estado si este último concede derechos exclusivos o especiales, como es el caso (encargo para explotar la ruta en exclusiva). El beneficio no podrá superar el tipo medio registrado en el sector durante los últimos años.

3. El régimen de compensación por residencia

3.1. *El carácter autónomo de las subvenciones o bonificaciones por residencia*

Ya se ha señalado que entre las diferentes obligaciones que pueden imponerse a los operadores aéreos se encuentra el establecimiento de tarifas máximas. Sin embargo, esa limitación de la compañía aérea a la hora de fijar los precios por sus servicios puede venir acompañada de otras medidas que favorezcan la movilidad de los residentes en determinados territorios, realizando bonificaciones en aquéllas. Como se expuso al comienzo del capítulo, la Comisión europea en las Directrices del año 1994 entendió que tales ayudas eran compatibles con el Tratado por tratarse de ayudas sociales que beneficiaban directamente a los consumidores finales.

En este sentido, los actos de imposición de las obligaciones dejan claro esa diferencia y compatibilidad. En tal sentido y a título meramente informativo, cabe destacar la previsión contenida en el acto por el que se imponen obligaciones de servicio público en algunos servicios aéreos en Portugal que, después de establecer cuáles van a ser las tarifas en dichos servicios, señala: *«los residentes desde hace al menos seis meses en la Región Autónoma*

de las Azores, en las islas con conexión directa con el continente o con Funchal, así como los residentes en la Región Autónoma de Madeira, se beneficiarán de un descuento del 33 % sobre el valor de la tarifa pública de clase económica, sin restricciones»²⁷. En otro supuesto, simplemente se prevé una tarifa general y una tarifa reducida para los residentes. Es la fórmula utilizada por Francia en algún supuesto al señalar frente a la tarifa máxima de 80 euros fijada para una determinada ruta que «deberá proponerse una tarifa de 66 euros a los pasajeros con residencia principal en Saint-Martin (parte francesa)»²⁸.

En el caso de España los acuerdos por los que se imponen obligaciones de servicio público tanto para los servicios aéreos en Canarias y Baleares se encargan de precisar que «en las tarifas de los servicios aéreos regulares de las rutas especificadas (...) a los ciudadanos españoles y demás Estados miembros de la Unión Europea residentes en los territorios respectivos, les serán de aplicación las reducciones tarifarias subvencionadas determinadas en la legislación vigente». Es decir, que una cosa es la tarifa como obligación de servicio público y otra diferente la deducción por razón de residencia.

De esta forma, las tarifas máximas por razón de servicio público y las subvenciones o bonificaciones de tarifas pueden coexistir porque tienen un diferente fundamento jurídico. En el primer caso (las tarifas) se encuadra en la propia dinámica del servicio público, como limitación a la libertad del operador aéreo de fijarlas libremente en condiciones de mercado. Sin embargo, las sub-

²⁷ Comunicación de la Comisión con arreglo al procedimiento previsto en la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo. Imposición de obligaciones modificadas de servicio público a determinados servicios aéreos regulares en Portugal, apartado 2, letra b) (2005/C 105/07, DOUE C 105/25, de 30-4-2005).

²⁸ Imposición de obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares entre Pointe-à-Pitre y Saint-Martin Grand Case, apartado 2.4 (2003/C 172/05, DOUE C172/18, de 22-7-2003). En sentido similar para los pasajeros con residencia en La Désirade, Les Saintes o Marie-Galante, en la que frente a la tarifa general de 50 euros se impone una de 20 euros para los residentes (imposición por Francia de obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares entre Pointe-à-Pitre, por una parte, y La Désirade, Les Saintes y Marie-Galante, por otra, 2003/C 172/03, DOUE de 22-7-2003).

venciones o bonificaciones por residencia tratan de compensar la mayor dificultad por parte de los residentes en unos determinados territorios, debido a razones de insularidad, lejanía o ambas a la vez, de acceder a tales servicios.

El resultado es que podría existir una ruta con obligaciones de servicio público en que no existieran bonificaciones por residencia o, por el contrario, que existieran dichas bonificaciones sin que se hayan impuesto obligaciones de servicio público. En palabras de VILLAR ROJAS, al referirse al concreto aspecto de la insularidad como elemento modulador del régimen tarifario, «esta circunstancia, que tiene el máximo reconocimiento jurídico, constitucional (art. 138.2) y comunitario (arts. 158 y 299.2), legitima tanto la imposición de obligaciones de servicio público y, con ellas, la reaparición de la potestad tarifaria (transporte marítimo y aéreos), como el establecimiento de sistemas de compensación económica (básicamente, ayudas de Estado), con los que se compense el coste específico que acarrea la insularidad»²⁹.

La compensación por razón de residencia ha tenido y tiene un amplio reconocimiento en nuestro Ordenamiento jurídico. La existencia de dos archipiélagos, uno de ellos configurado como Región ultraperiférica, y dos ciudades autónomas en el norte de África justifican la existencia de este tipo de ayuda social.

3.2. Reconocimiento y evolución normativa en España

El Decreto-ley 22/1964, de 14 de julio, sobre subvenciones a las líneas de Canarias, Ifni y Sahara español, reconoció tempranamente la subvención al transporte de viajeros a favor de los residentes en tales territorios, limitando en aquel momento sólo a los españoles y en relación con los vuelos que los enlazaban con la península. La cuantía de la subvención ascendía al 33% del precio de los pasajes. El fundamento que daba aquella norma era

²⁹ VILLAR ROJAS, E. J., «Las tarifas y el hecho insular», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. 244.

reducir las elevaciones ocasionadas en las tarifas en beneficio de los usuarios para facilitar los intercambios y la relación con esos territorios, especialmente «con los españoles que tenían una relación forzosa con ellas»³⁰.

Hay que esperar a la llegada de la democracia para que otra norma reconociera aquellas subvenciones, esta vez justificada en la «conveniencia de asegurar el cumplimiento de la unidad del ordenamiento jurídico». A ello respondía el Real Decreto 3269/1982, de 12 de noviembre, regulador de las certificaciones de residencia y liquidaciones para subvenciones al tráfico regular entre la península, Canarias y Baleares. Esta norma estableció «un tratamiento uniforme al procedimiento para obtener la reducción de tarifas en los transportes de que se trata, así como al control y justificación de las subvenciones por parte de las compañías aéreas o navieras». El citado Real Decreto fue objeto de diversas modificaciones³¹.

Unos años más tarde, la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, extendió dicho beneficio a los residentes no españoles en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla, miembros de la entonces Comunidad Económica Europea³². Este cambio normativo se produjo a instancias de la Comisión europea, al entender que el circunscribir dichas bonificaciones sólo a los nacionales españoles residentes en los territorios afectados era contrario a las disposiciones del Tratado

³⁰ Literalmente la Exposición de Motivos señalaba: «El tope máximo de tarifas vigentes, aprobado para el tráfico aéreo interior, ha venido recogiendo íntegramente los diversos aumentos originados por el encarecimiento de algunos componentes del coste del servicio. Como consecuencia de los aludidos incrementos, los nuevos precios resultan para el usuario notoriamente elevados en los enlaces de la Península con las Provincias de Canarias, Ifni y Sahara español, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de facilitar el intercambio y la relación con dichas provincias, especialmente en el transporte de los españoles que tengan una relación forzosa con ellas, por lo cual es llegado el momento de rectificar en parte estas elevaciones reduciendo la tarifa para los mismos al nivel que se estima adecuado».

³¹ En este sentido, las motivadas por el Real Decreto 255/1989, de 17 de febrero; el Real Decreto 1291/1999, de 23 de julio, y el Real Decreto 1316/2001, de 30 de noviembre.

³² Disposiciones adicionales primera a tercera.

CEE³³. La cuantía de la bonificación prevista era el 33% del importe para los trayectos directos entre el archipiélago canario, Ceuta y Melilla y el resto del territorio nacional; y del 10% para los trayectos interinsulares en el archipiélago canario.

La siguiente disposición que se refirió a la materia, aunque circunscrita al territorio canario, sería la Ley estatal 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias. Su artículo 6 mantenía la cuantía de la bonificación en los mismos términos que han sido expuestos en el párrafo anterior, aunque añadía la habilitación al Gobierno de la Nación para que, oído el Gobierno de Canarias, pudiera modificar la cuantía de dichas reducciones o reemplazar el citado régimen por otro sistema de compensación en función de la evolución del mercado de servicios de transporte aéreo. Ese cambio no puede suponer ni una disminución de la ayuda prestada ni un deterioro en la calidad del servicio prestado.

El artículo 165 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, reiteró aquella autorización al Gobierno de la Nación para modificar la cuantía de las subvenciones, en este caso para los residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla³⁴. No obstante, a diferencia de lo

³³ Decisión de la Comisión de 22 de junio de 1987 relativa a las reducciones de tarifas de los transportes aéreo y marítimo reservadas exclusivamente a los residentes españoles en las islas Canarias y Baleares (87/359/CEE). De este modo, concluía la citada Decisión, que eran contrarias al apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 7 del Tratado CEE, las siguientes disposiciones: a) el artículo 1 del Decreto-ley español, n.º 22/62, «subvención a los enlaces aéreos con las provincias de Canarias»; b) el artículo 1 de la Ley española n.º 46/81, «bonificación en tarifas a españoles residentes en Baleares»; c) el artículo 1 del Real Decreto español n.º 3269/82, «certificaciones de residencia a efectos de bonificaciones en tarifas y liquidaciones para subvenciones al tráfico regular entre la Península, Canarias y Baleares».

³⁴ Este precepto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Parlamento de Canarias, recurso que fue resuelto por la STC 67/2005, de 15 de marzo. El Tribunal decidió que el recurso había perdido su objeto por los cambios normativos producidos con posterioridad. El motivo esgrimido era la vulneración de la DA 3.ª CE, al entender que el transporte se encuentra dentro del régimen económico y fiscal de Canarias y se había omitido el informe previo del Parlamento de

que venía siendo habitual, dicho precepto estableció unos topes máximos de deducción³⁵. Entre tanto, al igual que había sucedido para Canarias, la Ley 30/1998, de 29 de julio, del Régimen Especial de las Illes Balears, estableció para este territorio el mismo porcentaje de reducción (33%) en sus conexiones aéreas con el resto del territorio nacional, así como la habilitación al Gobierno de la Nación para modificar aquella cuantía, previa audiencia del Gobierno balear.

El Real Decreto 1316/2001, de 30 de noviembre, por el que se regula la bonificación en las tarifas de los servicios regulares de transporte aéreo y marítimo para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y las Illes Balears, así como en las ciudades de Ceuta y Melilla, refundió en un solo texto las diferentes ayudas existentes para las zonas extrapeninsulares³⁶, suprimiendo, igualmente, los límites cuantitativos establecidos en el artículo 165 de la Ley 13/1996. En su redacción inicial el citado Real Decreto estableció la reducción de las tarifas de los servicios regulares de transporte aéreo en los siguientes términos: a) para los residentes en la Comunidad Autónoma de Canarias y las islas Baleares, el 33% del importe correspondiente a trayectos directos entre dichas Comunidades Autónomas y el resto de territorio nacional, así como en los desplazamientos interinsulares intracomunitarios, y b) para los residentes en Ceuta y Melilla,

Canarias en la reforma normativa llevada a cabo por el Estado. No obstante, tal y como se indicó, el recurso se desestimó por haber perdido su objeto.

³⁵ Esos topes eran: en el desplazamiento entre Canarias y el resto del territorio nacional, 10.000 pesetas ida o vuelta y 20.000 pesetas ida y vuelta; en el desplazamiento entre Baleares y el resto del territorio nacional, 2.800 pesetas ida o vuelta y 3.500 pesetas ida y vuelta; en el desplazamiento entre Ceuta y Melilla y el resto del territorio nacional, 3.500 pesetas ida o vuelta y 7.000 pesetas ida y vuelta. Estos límites fueron objeto de modificación. En concreto, por Real Decreto 200/1997, de 7 de febrero, sobre subvenciones al transporte aéreo para residentes en Baleares, Ceuta y Melilla; después por Real Decreto 254/1997, de 21 de febrero, sobre subvenciones al transporte aéreo para residentes en Canarias; y por Reales Decretos 1745/1998 y 1746/1998, ambos de 31 e julio, sobre subvenciones al transporte aéreo interinsular para residentes en Canarias y Baleares.

³⁶ Real Decreto modificado por los Reales Decretos 207/2005, de 25 de febrero, y 1340/2007, de 11 de octubre.

el mismo porcentaje para los desplazamiento entre esas ciudades y el resto del territorio nacional. El Real Decreto 207/2005, de 25 de febrero, aumentó la deducción del 33 al 38%.

La autorización al Gobierno para modificar la cuantía de las subvenciones prevista en el artículo 165 de la citada Ley 13/1996 se ha venido reproduciendo en otras leyes posteriores³⁷. La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, incrementó al 45% el porcentaje de la reducción en las tarifas de los servicios de transporte aéreo (y marítimo) para los viajes entre los citados territorios y el resto del territorio nacional, y a un 45% la de transporte aéreo en los viajes interinsulares. A su vez, la Ley 42/2006, de 28 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, incrementó el referido porcentaje al 50%, tanto para los viajes con el resto del territorio como para los vuelos interinsulares. Estos porcentajes se declararon de vigencia indefinida por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

4. Aspectos generales del régimen jurídico previsto en el Real Decreto 1316/2001

4.1. Beneficiarios: acreditación de la condición de residente

El Real Decreto 1316/2001 citado refundió la diversidad de normas reglamentarias que regulaban las bonificaciones por residencia en el transporte aéreo y marítimo³⁸. En esencia su obje-

³⁷ En este sentido, por las Leyes 66/1997, 50/1998, 55/1999, 14/2000, 24/2001, 62/2003, 2/2004, 30/2005, 42/2006, 51/2007, 2/2008 y 26/2009.

³⁸ Esta norma derogó el Real Decreto 255/1989, de 17 de febrero, sobre certificaciones de residencia a efectos de bonificaciones en tarifas y liquidaciones para subvenciones al tráfico regular entre las Canarias, Ceuta, Melilla y Baleares con el resto del territorio nacional; el Real Decreto 1291/1999, de 23 de julio, por el que se modifica parcialmente el anterior; el Real Decreto 200/1997, de 7 de febrero, sobre subvenciones al transporte aéreo para residentes en Canarias; el Real Decreto 1745/1998, de 31 de julio, sobre subvenciones al transporte aéreo interinsular

to es hacer efectivo el porcentaje de reducción por residencia en las tarifas. Para ello regula la forma de acreditar aquella residencia, armoniza el sistema de determinación del importe de la bonificación, suprime los anteriores límites cuantitativos y establece los sistemas de comprobación y control de la liquidación de las ayudas³⁹.

para residentes en Canarias, excepto el artículo segundo; el Real Decreto 1746/1998, de 31 de julio, sobre subvenciones al transporte aéreo interinsular para residentes en las islas Baleares, excepto el artículo segundo, y, en general, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el Real Decreto 1316/2001. A su vez, este Real Decreto ha sido modificado por los Reales Decretos 207/2005, de 25 de febrero, y 1340/2007, de 11 de octubre. Centrado en este régimen, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Los servicios de transporte aéreo como servicios de interés general. La bonificación en las tarifas en los servicios regulares de transporte aéreo para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y de las Islas Baleares y en las ciudades de Ceuta y Melilla. Las ayudas al transporte aéreo de mercancías. Las llamadas obligaciones de servicio público», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, *op. cit.*, pp. 529 y ss.

Los preceptos no derogados de los Reales Decretos 1745/1998 y 1746/1998 se refieren a sendas comisiones de seguimiento compuestas por dos representantes del Ministerio de Fomento (que serán el Director general de Aviación Civil, quien actuará como Presidente, y el Subdirector general de Explotación del Transporte Aéreo de su centro directivo, que actuará como Secretario, con voz y sin voto), un representante del Ministerio de Economía y Hacienda y otro del Ministerio de Administraciones Públicas, estos últimos con categoría, al menos, de Subdirector general. Sus funciones serán llevar a cabo el seguimiento de la evolución del número de títulos de transporte con derecho a subvención, así como del importe total de las bonificaciones, e informará a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en el caso de que se produjeran variaciones importantes que pudieran dar lugar a una insuficiencia de crédito en la partida de gasto correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado.

³⁹ La STS de 3 de noviembre de 2003 (Ref. Iustel: §217764) resolvió el recurso directo presentado contra el Real Decreto por la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE). Uno de los argumentos que fueron utilizados para justificar la impugnación fue el trato discriminatorio de la referida norma respecto al sector aéreo, lo que, a juicio de los demandantes, se ponía de manifiesto en los siguientes extremos: a) importe de la bonificación, que en el transporte aéreo se aplica a la tarifa publicada por las empresas aéreas, en tanto que en el transporte marítimo se aplica a la tarifa efectivamente cobrada; b) los requisitos que se han de observar para la comprobación de la identidad; c) la documentación exigida en el procedimiento de liquidación, y d) el tiempo dentro del cual la liquidación se hace efectiva (mensual en el transporte aéreo, *ex art.* 7.1, y trimestral en el marítimo, *ex art.* 11.1 del Real Decreto). El Tribunal Supremo rechazó todos los posible vicios de legalidad

Los beneficiarios de estas ayudas serán los ciudadanos tanto de los Estados miembros de la Unión Europea como de los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que acrediten su residencia en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla. Se entenderán por residentes las personas que se encuentren inscritas en el padrón municipal de cualquiera de los municipios comprendidos en los citados territorios, así como las personas que sean diputados o senadores electos en algunas de dichas circunscripciones (art. 1). La acreditación de dicha residencia se llevará a cabo para los ciudadanos españoles a través del documento nacional de identidad⁴⁰ o, si fuera menor de catorce años y no contara con el mismo, mediante el certificado expedido por el ayuntamiento en el que residan. El resto de personas beneficiarias la

por infracción del principio de igualdad, recordando al efecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Después de afirmar que el tratamiento diferenciado entre ambos sectores deriva de la propia ley, niega que, a pesar de las diferencias existentes entre ambos sectores, exista un trato discriminatorio por las siguientes razones: a) porque se producen respecto de situaciones que no pueden considerarse iguales, o dicho en otras palabras, no ha demostrado ANAVE que las circunstancias concurrentes en el transporte marítimo sean las mismas que en el transporte aéreo; b) porque encuentran una justificación objetiva y razonable directamente vinculada con las diferencias existentes entre una forma y otra de transporte, y c) porque las diferencias reales denunciadas no conducen a resultados más gravosos o desmedidos en perjuicio del tráfico marítimo, por el contrario puede afirmarse respecto de ellas la existencia de proporcionalidad entre los distintos medios empleados en uno y otro supuesto y la finalidad perseguida, que es la de acreditar la condición de residente (FJ 9.º).

⁴⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de las islas Baleares número 111/2005, de 15 de marzo (AC 2005/694, civil), confirmatoria de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, acepta la interpretación finalista que aplicó el Tribunal *a quo* a la hora de acreditar la residencia. El caso que ocasionó el fallo se debió a que la compañía *Air Berlin* denegó el descuento por residencia a uno de sus clientes por no presentar el DNI, tal y como señala la normativa, aunque el cliente exhibió su pasaporte, el carné de conducir y un certificado de residencia. Tanto la Sentencia de instancia como el Tribunal que resolvió la apelación consideraron que dicho cliente tenía derecho a la deducción por residencia y que los documentos que presentó en el momento del embarque eran suficientes para practicar el descuento, en el caso de autos, 32,34 euros. Además, se admitió una indemnización por daño moral por importe de 100 euros. Al margen de lo anecdótico de la cuantía que se discutía, lo importante de esta Sentencia es la interpretación finalista que aplicaron los Tribunales en este supuesto al objeto de acreditar la residencia.

acreditarán a través del certificado de registro expedido por el Registro Central de Extranjeros, acompañado del documento nacional de identidad o del pasaporte en vigor. Los miembros del Congreso o Senado lo podrán acreditar mediante la presentación de la credencial de las correspondientes cámaras donde conste el nombre y apellidos, documento nacional de identidad y la circunscripción del diputado o senador electo (art. 3).

En el momento de la emisión de los billetes, las compañías aéreas, sus delegaciones o agencias comprobarán los documentos anteriores y anotarán en los correspondientes títulos de transporte una serie de datos, tales como el número del documento nacional de identidad o número de identidad del extranjero; fecha de nacimiento en caso de menores de catorce años sin DNI; código del municipio o circunscripción electoral; identificación codificada del tipo de documento utilizado para acreditar la residencia. Para ello se utilizan unos modelos que vienen pre-determinados normativamente. Esos mismos datos deberán ser objeto de registro cuando los billetes se emitan a través de medios electrónicos y no sea posible confirmar directamente el requisito de residencia, sin perjuicio de la comprobación de dicho requisito en el momento de la facturación o embarque (art. 6).

En el momento de la facturación con carácter previo al embarque, las compañías aéreas comprobarán la identidad del beneficiario cuyo nombre figure en el billete. En relación con ello, todas las personas que viajen con un billete aéreo bonificado deberán ir provistas con los documentos acreditativos de la residencia, los cuales pueden ser requeridos por las compañías aéreas y órganos administrativos competentes. En los casos en que aquellas personas no puedan acreditar aquella residencia o no coincidan sus datos con los del billete, no se podrá efectuar el viaje correspondiente, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades (art. 8, apartados 1 y 2).

Con el fin de dar cumplimiento a los requisitos de identificación, las compañías aéreas, sus delegaciones o agentes elaborarán los procedimientos a seguir con tal fin, comunicándolos a la Dirección General de Aviación Civil para su control (art. 8.3).

4.2. El importe de la bonificación

Tal y como se adelantó, el importe de la bonificación en las tarifas aéreas es del 50%, según ha quedado fijado por la Ley de Presupuestos⁴¹. La bonificación se aplica a las tarifas por los «trayectos directos» de ida o de ida y vuelta entre las Comunidades Autónomas de Canarias, Baleares y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, tanto para las conexiones con el resto del territorio nacional como para las conexiones interinsulares. La normativa entiende por trayecto directo el realizado desde un aeropuerto como punto de origen en los territorios citados con el resto del territorio nacional y viceversa. En el caso de Ceuta y Melilla se exige que los aeropuertos de destino sean los de Málaga, Jerez o Sevilla, lo cual resulta una limitación injustificada.

Aparte de los requisitos señalados, para aplicar estas bonificaciones deben tenerse en cuenta, además, los siguientes:

a) En principio, es necesario que se trate de vuelos sin escalas intermedias, y si las tiene, su duración no puede superar las doce horas, salvo que se produzca por razones de carácter técnico o fuerza mayor.

b) Los cupones de vuelo de cada tramo de viaje comprendido en un trayecto directo debe estar incluido en un único billete, anotada y cerrada la reserva de vuelo.

c) En cuanto a las tarifas sobre las que se aplica la bonificación cabe destacar que:

— Se entiende por tarifa los precios que deberán pagar los pasajeros a las compañías aéreas o sus agentes de transporte por su transporte y el de su equipaje en los servicios aéreos, así como las condiciones de aplicación de dichos precios, incluida la remuneración y las condiciones ofrecidas a los agentes, otros servicios auxiliares y, en su caso, los cargos por emisión.

— También se incluyen los impuestos, tasas y cánones aplicables, salvo la tasa por el uso de la infraestructura y la tasa de

⁴¹ Asimismo el artículo 2 del Real Decreto 1316/2001.

seguridad. Estas tarifas deberán estar registradas ante la Dirección General de Aviación Civil, identificadas con un código de base de tarifa y, en su caso, además por un código de índice de cargo. Sobre la exclusión de las tasas referidas de los conceptos subvencionables se volverá en el capítulo siguiente.

— En caso de que las tarifas incluyan gastos de emisión, la bonificación se aplicará sobre dichas tarifas, indicando los códigos anteriores y el importe correspondiente a cada uno de ellos.

— La bonificación no se aplicará en las reemisiones de billetes.

— En ningún supuesto se podrá subvencionar el mayor importe que sobre las tarifas básicas registradas supongan los precios de las tarifas de clase superior en los servicios de transporte aéreo, ni tampoco se aplicará la bonificación de las tarifas en los billetes que incluyan trayectos fuera del territorio nacional. Se entiende que la tarifa básica es la tarifa plenamente flexible más baja para los vuelos de ida o ida y vuelta registrada por una compañía aérea.

4.3. Control administrativo

La Administración controlará la aplicación de las bonificaciones practicadas por las compañías de transporte. El órgano gestor de las bonificaciones en el transporte aéreo es la Dirección General de Aviación Civil, dentro del Ministerio de Fomento. Por su parte, la inspección y control del cumplimiento de los requisitos para la percepción y reintegro a las empresas aéreas de las bonificaciones corresponde a los Ministerios de Fomento y Hacienda (art. 4).

Este control no sólo se lleva a cabo a través del procedimiento de liquidación, sino, además, mediante la realización de inspecciones periódicas. Estas inspecciones afectarán tanto a los procedimientos establecidos por las compañías aéreas para acreditar la identidad como a la documentación sobre los cupones de vuelo, según muestreo aleatorio (art. 9).

En el caso que tales inspecciones pongan de relieve el incumplimiento o la ineficacia de los procedimientos establecidos por

las compañías aéreas, el órgano gestor podrá decidir que todas o algunas de las certificaciones mensuales se sometan al procedimiento de comprobación documental (art. 9).

4.4. *El procedimiento de liquidación*

La liquidación a las empresas de las bonificaciones practicadas en las tarifas se realiza a través del procedimiento previsto en el artículo 7 del Real Decreto comentado. Para proceder a aquella liquidación, las empresas de transporte deberán emitir una certificación por meses naturales vencidos siguiendo un modelo predeterminado. Para ello dispondrán de un plazo de seis meses a partir del mes siguiente al que corresponde la liquidación.

Asimismo, las compañías deberán presentar en soporte informático los ficheros de los vuelos mensuales y de tarifas básicas, siguiendo igualmente un modelo predeterminado. Una vez recibidos, la Administración dispone de un plazo de diez días para acordar la admisión o no dichos datos para su posterior proceso.

Una vez admitidos dichos datos, la comprobación de los mismos se realizará en un plazo de treinta días. En el caso de que el órgano gestor detecte incorrecciones o errores, otorgará un plazo de treinta días naturales para que se proceda a la subsanación. Transcurrido dicho plazo, los importes de la subvención que no hayan sido corregidos o subsanados se deducirán de la liquidación.

Cuando los errores o incorrecciones finalmente deducidos representen un porcentaje superior al 5% del total de los cupones de vuelo incluidos en el fichero mensual, se llevará a cabo una comprobación documental de los mismos siguiendo unos criterios⁴².

⁴² Estos criterios son:

1. Se realizará muestreo aleatorio proporcional al volumen total de los cupones de vuelo contenidos en el fichero mensual, una vez deducidos los errores según el párrafo a), que proporcione estadísticamente un nivel de confianza

Concluida la fase de control, se iniciará el procedimiento de pago de las liquidaciones mensuales. Para ello las compañías aéreas deberán remitir certificados mensuales para cada uno de los conceptos presupuestados geográficamente delimitados de Canarias e Inter Canarias, de Baleares o Inter Baleares y de Ceuta/Melilla. En esos certificados se indicará el número de cupones de vuelo y el importe de la subvención en cada uno de ellos, así como los importes de los errores detectados y aceptados por las empresas. Las compañías deberán conservar la documentación relativa a los cupones de vuelo bonificados a disposición de la Intervención General del Estado durante un período de cuatro años.

5. Las ayudas de puesta en marcha: ¿alternativa a las obligaciones de servicio público?

5.1. *Un marco confuso*

Las Directrices sobre ayudas de Estado en materia de aviación civil del año 1994 tan sólo permiten la compatibilidad de las ayudas en este ámbito en dos supuestos: la compensación por obligaciones de servicio público y las ayudas de carácter social. Pues bien, este marco de referencia resultó ser insuficiente ante una nueva realidad, la práctica realizada por los gestores aeroportuarios y las autoridades locales en un doble sentido: a) las ayudas destinadas al desarrollo y crecimiento de los aeropuertos regionales, y b) las ayudas otorgadas a las compañías aéreas de bajo cos-

— suficiente. Las compañías aéreas deberán presentar la documentación resultante del muestreo aleatorio, en el plazo máximo de treinta días desde su requerimiento.

2. Los cupones de vuelo no presentados, así como los errores que pudieran detectarse en la comprobación documental, que se realizará en el plazo máximo de un mes, serán comunicados a la compañía aérea, para que en el plazo de quince días se proceda a su subsanación.

3. Transcurrido dicho plazo, si el resultado del muestreo arroja un índice de error inferior o igual a un 5% de los documentos, se deducirá el importe de la bonificación de dichos errores de la certificación correspondiente. Si el índice de error fuese superior al 5%, se extrapolará al total de la liquidación mensual que corresponda, en el porcentaje de error resultante del muestreo.

te (*low cost*) para crear nuevas rutas desde los aeropuertos regionales.

La primera vez que la Comisión europea admitió la compatibilidad de las ayudas de puesta en marcha con las disposiciones del Tratado fue en la Decisión de 12 de febrero de 2004, *relativa a las ventajas otorgadas por la Región Valona y Brussels South Charleroi Airport a la compañía aérea Ryanair con ocasión de su instalación en Charleroi*⁴³. Éste se convirtió en el *leading case* a partir del cual la Comisión europea abordó esta nueva situación, sirviéndole de criterio en los casos posteriores⁴⁴ y, en particular, en la elaboración 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*⁴⁵. Aunque la *Decisión Charleroi* sería anulada por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2008 (asunto T-196/04), su doctrina, que inspiró las referidas Directrices, puede seguir siendo considerada. La razón de ello es que la citada Sentencia anuló la Decisión por infringir el principio del inversor privado en una economía de mercado, pero no se pronunció sobre el modelo o la interpretación seguida por la Comisión para considerar compatibles con el Tratado aquellas ayudas en abstracto⁴⁶.

⁴³ Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 2004 (2004/393/CE), DOUE de L 137/1, 30-4-2004. Anulada por Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2008, asunto T-196/04, caso *Ryanair Ltd*. El apartado 356 de esta Decisión reconoce explícitamente la aplicación por primera vez de esta doctrina en los siguientes términos: «Por ello, la presente decisión acepta, por primera vez en el transporte aéreo, el principio de la ayuda a la puesta en marcha garantizando el respeto de las normas habituales sobre las ayudas estatales».

⁴⁴ Por ejemplo, la Decisión de 20 de octubre de 2005 (2005/351/CE), DOUE de 30-4-2005, en el asunto *Intermediación Aérea, S.L.*

⁴⁵ Comunicación de la Comisión (2005/C 312/01), DOUE de 9-12-2005. Aunque en las Directrices se introducen matizaciones a la Decisión *Charleroi*.

⁴⁶ La Decisión se anula porque la Comisión europea realizó una valoración por separado de las ventajas obtenidas por Ryanair de la Región Valona y de la entidad gestora del aeropuerto (BSCA), que a su vez estaba controlada por la primera. Ese análisis por separado de las ayudas obtenidas es lo que determina la vulneración del principio de un inversor privado en una economía de mercado, lo que desencadena la nulidad de aquella Decisión. Otro análisis de estos documentos, PETIT LAVALL, M.^aV., «Las Directrices 2005 de la Comisión europea sobre ayudas públicas al sector

Tras el caso *Charleroi*, la Comisión europea tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el establecimiento de obligaciones de servicio público y las ayudas de puesta en marcha, a raíz de la Decisión de 20 de octubre de 2005 *relativa al régimen de ayudas ejecutado por el Reino de España a favor de la compañía aérea Intermediación Aérea, S. L. (2005/852/CE) —Intermed—*.

En este caso la Comisión tuvo que estudiar un convenio suscrito entre la Generalitat de Catalunya, la Diputación de Girona, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación y los representantes de *Intermed*. Este convenio canalizaba una serie de ayudas a favor de dicha empresa para el desarrollo de la ruta Girona-Madrid-Girona. Para elegir la empresa, la Generalitat puso en conocimiento mediante carta dirigida a diferentes compañías aéreas su iniciativa, invitándolas a formular ofertas o a que se declararan dispuestas a organizar dicho vuelo. Sólo contestó *Intermed*, la empresa con la que se suscribió aquel convenio. Las ayudas consistían, fundamentalmente, en la entrega de unas cuantías económicas y el apoyo a través de campañas publicitarias durante un período de aproximadamente tres años. La denuncia ante la Comisión se formuló por otra compañía aérea que prestaba sus servicios en la misma ruta sin financiación pública. Con la denuncia, el pago de las ayudas quedó suspendido y los vuelos también, ante la imposibilidad de la empresa de hacer frente a los costes que conllevaba la explotación. La empresa denunciante también suspendió sus vuelos.

aéreo tras las Decisiones Ryanair e Intermed», *Derecho de los Negocios*, n.º 182, 2005, pp. 7 y ss.; KRISTOFERITSCH, H., y SIGNES DE MESA, J. I., «El futuro de las aerolíneas de bajo coste (a propósito de la decisión Chaleroi y las Directrices sobre la financiación de aeropuertos y puesta en marcha de nuevas rutas)», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 20, 2006, pp. 535-554; FERNÁNDEZ TORRES, I., «El caso Charleroi y las Directrices de 2005 a examen tras la Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2008: El problema del inversor privado», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense*, 2009/22, febrero de 2009, 34 pp.; ORRU, E., «The public financing for the construction and operation of airport infrastructures», en *Estudios sobre Derecho y Economía del Transporte...*, *op. cit.*, pp. 968 y ss.

En las alegaciones realizadas por el Ministerio de Fomento a la Comisión se reconoce que la citada ruta no se encontraba declarada como servicio público y que no se respetaron los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento (CEE) 2408/92, norma vigente en aquel momento. Es más, el Ministerio había rechazado la solicitud de la Generalitat para que se declarara dicha ruta como servicio público, al entender que no existían motivos suficientes para aplicar dicha disposición.

A pesar de dicho reconocimiento, las autoridades españolas realizaron una defensa de las medidas adoptadas desde una perspectiva material. A su juicio y a pesar de reconocer que no se había aplicado aquella disposición comunitaria, se defendió una noción material de servicio público, en el sentido de que se cumplía con los requisitos establecidos en dicha norma. Se llegó a afirmar que *«la ausencia de declaración formal de obligaciones de servicio público no afecta en modo alguno al carácter de servicio público de la ruta en cuestión»*⁴⁷. Además, las autoridades españolas sostuvieron que la citada ruta era importante para el desarrollo económico de la región⁴⁸.

Frente al planteamiento de las autoridades españolas, la Comisión, por el contrario, afirmó que:

«la única manera de establecer obligaciones de servicio público en el sector del transporte aéreo es aplicando lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 2408/92. En este Reglamento, el Consejo establece normas uniformes y no discriminatorias para la concesión de derechos de tráfico aéreo en las rutas en las que se han impuesto obligaciones de servicio público. Los criterios de cálculo de la compensación están claramente establecidos. Un reembolso calculado de

⁴⁷ Apartado 36 de la Decisión (2005/351/CE) exponiendo cuál era la posición del Ministerio de Fomento. Ello puede estar en línea con la opinión de algunos autores que optan por una defensa material de los servicios de interés económico general, posición en la que no sería necesaria el acto de poder público que otorga el servicio, en este sentido GARCÍA DE COCA, J.A., «Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸ Apartado 34 de la Decisión (2005/351/CE) en la que se expone el parecer de las autoridades españolas.

conformidad con el artículo 4, apartado 1, de dicho Reglamento hubiese permitido presumir, salvo indicación en contrario, que la compañía aérea no obtuvo ventajas financieras»⁴⁹.

No existiendo dicha presunción, aplica la doctrina *Altmark* para verificar si se cumplen con sus requisitos, llegando también a una conclusión negativa. De esta forma, *«la Comisión constata por tanto que en el presente caso se incumplen todos los requisitos de la sentencia Altmark. A la luz de las anteriores consideraciones, la medida entraña una ventaja para el beneficiario»⁵⁰.*

Para la Comisión europea la única forma posible de conceder esa ayuda como compensación de un servicio de interés económico general es respetando dicha normativa. Por ello, insiste en que:

«El procedimiento previsto en el artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 está indisociablemente unido a la ayuda (...) no se puede considerar compatible una ayuda cuyas modalidades de concesión no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 2408/92»⁵¹. Desde esta perspectiva, *«las ayudas en cuestión no pueden considerarse compatibles con el artículo 86, apartado 2, del Tratado»⁵².*

En otras palabras, las ayudas previstas en aquel convenio a favor de la empresa aérea no podían verse como la compensación por las obligaciones de servicio público asumidas, dado que se había incumplido la normativa aérea que establece la forma en que se imponen las obligaciones de servicio público y la forma en que deben compensarse económicamente las mismas, en su caso.

Sin embargo, siendo ello así, la Comisión se plantea si es posible encontrar una salida a dichas ayudas, y lo hace entendiendo que se pueden asimilar a las ayudas de puesta en marcha, con apoyo en la Decisión *Charleroi* antes citada. Se abre así una posibilidad alternativa a las obligaciones de servicio público que puede conseguir un resultado similar: la existencia de servicios aéreos

⁴⁹ Apartado 55 de la Decisión (2005/351/CE).

⁵⁰ Apartado 73 de la Decisión (2005/351/CE).

⁵¹ Apartado 99 de la Decisión (2005/351/CE).

⁵² Apartado 100 de la Decisión (2005/351/CE).

suficientes en una determinada ruta. ¿Cuáles son los requisitos para que la financiación de dicha ruta aérea sea compatible con el Tratado?

Con los precedentes expuestos la Comisión europea afrontó un marco general de referencia, a través de las Directrices citadas, documento en donde quedan plasmados los requisitos necesarios para entender compatibles con el Tratado las ayudas a la financiación de nuevas rutas. En esas Directrices se afinan algunos aspectos que habían sido utilizados en las Decisiones precedentes. Se presentan como un complemento a las del año 1994, que persiguen abordar dos fenómenos nuevos generados por la propia liberalización del transporte aéreo. De una parte, la irrupción de las compañías de bajo coste en el mercado; de otra parte, la actitud de los aeropuertos a la hora de atraer nuevas rutas aéreas, para lo que no dudan en otorgar ventajas a los operadores aéreos. Por lo que interesa a este estudio, la exposición se centrará en las ayudas de puesta en marcha por la relación que puedan guardar con las obligaciones de servicio público.

A modo de justificación de este tipo de ayudas, las Directrices destacan que *«las compañías aéreas no están siempre dispuestas, a falta de incentivos para ello, a asumir el riesgo que supone la apertura de rutas desde aeropuertos desconocidos y que no han sido probados»*. Se produce una cierta similitud con la propia definición de las obligaciones de servicio público, en el sentido que el empresario no asumiría unos riesgos valorando solamente su propio interés comercial. Por tal motivo, la Comisión se manifiesta favorable al apoyo de tales ayudas siempre que se cumpla con una serie de requisitos.

5.2. *Requisitos de las ayudas de puesta en marcha*

A. *Definición previa de una estrategia de desarrollo y sus características*

a. Sistema o regímenes de ayudas, no ayudas individuales

La Comisión europea desea que las ayudas de puesta en marcha respondan a un régimen previamente determinado, eludien-

do así el modelo de ayuda puntual o de caso por caso («La Comisión invita a los Estados miembros a que notifiquen, en lugar de ayudas individuales, regímenes de ayudas, que permiten una mayor coherencia territorial»)⁵³. Las autoridades competentes de cada Estado miembro deben elaborar un «proyecto» que defina con carácter previo la ruta, las cuantías y duración de las ayudas. Este proyecto debe ser objeto de publicación con una antelación suficiente para que sea conocido por todos los operadores aéreos y, de esta forma, éstos puedan participar en el acceso a dichos beneficios⁵⁴. Se habla, desde esta perspectiva, de que «la primera condición para que pueda concederse una ayuda de puesta en marcha es que ésta forme parte de un proyecto de desarrollo aeroportuario coherente y refleje la voluntad de aumentar la rentabilidad de infraestructuras que no siempre son rentables»⁵⁵.

Las autoridades comunitarias hacen un llamamiento a la planificación previa. A que el Estado miembro cuente con un modelo de desarrollo aeroportuario que permita el progreso de una determinada región. Puede decirse que aunque el establecimiento de las obligaciones de servicio y las ayudas de puesta en marcha pueden generar el mismo efecto, la existencia de unos servicios aéreos, desde el punto de vista teleológico, pueden diferenciarse.

b. Su objeto: nuevas rutas o frecuencias

El objeto de dichas ayudas es la creación de nuevas rutas o de nuevas frecuencias aéreas⁵⁶. El alcance de esta limitación debe ser objeto de matización, ya que es más amplia que la mera coinci-

⁵³ Apartado 81 de las Directrices (2005/C 312/01).

⁵⁴ Apartado 79, letra h), de las Directrices (2005/C 312/01).

⁵⁵ Apartado 106 de la Decisión de 20 de octubre de 2005 (2005/351/CE), asunto *Intermed*. En esta misma Decisión se insiste en dicha idea al poner de manifiesto cómo «no se ha informado a la Comisión de la existencia de un proyecto de las actividades aeroportuarias» [apartado 109 de la Decisión (2005/351/CE), caso *Intermed*].

⁵⁶ Apartado 79, letra c), de las Directrices (2005/C 312/01).

dencia con la ruta o frecuencia que ya exista. Evidentemente, en este supuesto la limitación despliega todos sus efectos, pero su alcance es mayor.

Tampoco procederá la ayuda cuando existan servicios aéreos que, aunque no exista una coincidencia de ruta o frecuencia, se dirijan a un aeropuerto de la misma ciudad, aglomeración o sistema aeroportuario. Tampoco cuando las necesidades de transporte estén cubiertas por los servicios ferroviarios de gran velocidad según esos mismos criterios, aunque no existan servicios aéreos. En este caso existe un transporte alternativo comparable con el ofrecido a través de los servicios aéreos. Se evita así la competencia desleal entre uno y otro modo de transporte. Esta incidencia sobre las otras rutas deberá ser analizada por la autoridad nacional correspondiente a la vista del plan de negocio presentado por la compañía aérea interesada⁵⁷.

c. Viabilidad económica futura de la ruta o frecuencia

Las ayudas de puesta en marcha tienen sentido si, una vez que desaparece la financiación pública, la ruta sigue siendo viable en el futuro⁵⁸. Este extremo debe ser comprobado por la autoridad nacional correspondiente a partir del plan de negocio presentado por la compañía aérea interesada⁵⁹. Las Directrices analizadas no concretan cuál es el tiempo que debe seguir en funcionamiento esa ruta aérea tras la expiración de la financiación pública, utilizando un concepto jurídico indeterminado, un «*período sustancial tras la extinción de la ayuda*»⁶⁰. En cualquier caso, parece deducirse que entre los compromisos asumidos y concretados en el plan de negocio de la compañía aérea se debe indicar el plazo que la compañía aérea se debe comprometer a desarrollar su actividad en el aeropuerto afectado⁶¹.

⁵⁷ Apartado 79, letra i) *in fine*, de las Directrices (2005/C 312/01).

⁵⁸ Apartado 79, letra d), de las Directrices (2005/C 312/01).

⁵⁹ Apartado 79, letra i), de las Directrices (2005/C 312/01).

⁶⁰ Apartado 79, letra i), de las Directrices (2005/C 312/01).

⁶¹ Apartado 79, letra f), párrafo tercero, de las Directrices (2005/C 312/01).

Para que la ayuda cumpla con su finalidad de incentivo se pueden establecer mecanismos correctores que permitan disminuir la ayuda a medida que aumenta el tráfico⁶². De esta forma, si se produjera el cumplimiento de los objetivos de rentabilidad o del número de pasajeros a transportar, incluso antes del plazo inicialmente pactado, se pondría fin a la ayuda⁶³.

d. Temporalidad de la ayuda. Su carácter decreciente

Otra de las características de las ayudas de puesta en marcha es su naturaleza temporal y decreciente («*las ayudas de puesta en marcha deberán ser decrecientes y estar limitadas en el tiempo*»)⁶⁴. Para ello la Comisión baraja dos criterios, dependiendo de si se trata o no de una región ultraperiférica (o de baja densidad de población).

Con carácter general los plazos y los porcentajes a aplicar son los siguientes⁶⁵:

- El plazo máximo no podrá superar los tres años.
- La cuantía no podrá superar ningún año el 50% de los costes subvencionales.
- No podrá exceder del 30% de la media global de los costes subvencionales durante todo el período de vigencia.

En el caso de las regiones ultraperiféricas o de baja densidad de población se matizan las características, al igual que sucede en las obligaciones de servicio público. Sus características son las siguientes⁶⁶:

- El plazo máximo no podrá superar los cinco años.
- La cuantía no podrá ser superior al 50% de los costes anuales subvencionales.

⁶² Apartado 79, letra g), de las Directrices (2005/C 312/01).

⁶³ Apartado 79, letra f), párrafo tercero, de las Directrices (2005/C 312/01).

⁶⁴ Apartado 79, letra d), de las Directrices (2005/C 312/01).

⁶⁵ Apartado 79, letra f), de las Directrices (2005/C312/01).

⁶⁶ Apartado 79, letra f), de las Directrices (2005/C312/01).

— No podrá superar el 40% de la media global de los costes subvencionales en todo el período de vigencia.

— Si la ayuda se otorga efectivamente por cinco años, se podrá mantener el nivel del 50% de la cuantía de los costes subvencionales durante los tres primeros años.

A la hora de determinar el plazo de duración de la ayuda deberá tenerse en cuenta el período que la compañía aérea se compromete a prestar los servicios aéreos en el aeropuerto afectado según el plan de negocio presentado⁶⁷.

A modo de recapitulación, las ayudas de puesta en marcha deben responder a un modelo de desarrollo aeroportuario previamente determinado por las autoridades nacionales, que permitan la creación de nuevas rutas o frecuencias aéreas, que deben ser viables económicamente cuando las ayudas públicas finalicen, ayudas que serán en todo caso temporales y de aplicación decreciente en el tiempo.

B. *Los protagonistas. El papel central de los aeropuertos regionales*

En las ayudas de puesta en marcha se puede diferenciar entre el beneficiario de la ayuda, el benefactor y la existencia de un punto de conexión, que es la presencia de un aeropuerto regional.

El beneficiario de la ayuda debe ser una empresa aérea con una licencia válida expedida por un Estado miembro de conformidad con la normativa comunitaria, hoy el Reglamento (CE) 1008/2008⁶⁸. En consecuencia, cualquier compañía aérea con

⁶⁷ «En todo caso, el período durante el cual se conceda una compañía una ayuda de puesta en marcha deberá ser sustancialmente inferior al período en el que la compañía se comprometa a ejercer sus actividades en el aeropuerto en cuestión...». Apartado 79, letra f), apartado tercero, de las Directrices (2005/C312/01).

⁶⁸ En este sentido el apartado 79, letra a), de las Directrices (2005/C312/01). El Reglamento (CE) 1008/2008 derogó, entre otros, al Reglamento (CEE) 2407/92 sobre la concesión de licencias a compañías aéreas.

una licencia válida para la prestación de servicios aéreos en la Comunidad puede participar para acogerse a este tipo de ayudas.

Respecto del benefactor, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal de Justicia a la hora de interpretar el requisito de la imputabilidad estatal de la ayuda y el sentido amplio que le otorga. Por tanto, cabe dentro de dicha noción cualquier Administración pública de carácter territorial o instrumental, los organismos o instituciones creados para gestionar los fondos públicos, las empresas públicas o privadas controladas por las Administraciones públicas; en fin, cualquier entidad que canalice aquellos fondos públicos independientemente de su forma⁶⁹. Dentro de las entidades que pueden actuar como benefactores, por la importancia que adquieren en esta materia, se encuentran los entes gestores de los aeropuertos y, en particular, los aeropuertos regionales.

La presencia de un aeropuerto regional es esencial en las ayudas de puesta en marcha. Para que la ayuda sea viable, entre otros requisitos, debe conectar un aeropuerto regional de la categoría C o D con otro aeropuerto de la Unión, aunque excepcionalmente podría cubrir también aeropuertos de categoría B cuando uno de los aeropuertos está en una zona desfavorecida⁷⁰.

La clasificación de los aeropuertos por parte de la Comisión a los efectos de las Directrices está en función del volumen anual de pasajeros y va desde las categorías⁷¹ A, grandes aeropuertos

⁶⁹ Vid. al respecto la bibliografía citada en el capítulo anterior.

⁷⁰ Apartado 79, letra b), de las Directrices (2005/312/01).

⁷¹ Apartado 15 de las Directrices (2005/C312/01). En los apartados 12 a 14 la Comisión da cuenta de otros criterios de clasificación utilizados por otras instancias comunitarias, pero entiende que existe una coincidencia entre ellas. Se ha criticado la desconexión entre la clasificación interna a efectos de distribución de competencias que pivota sobre la noción de aeropuerto de interés general (los de competencia estatal) y las utilizadas por el Derecho comunitario basadas en volumen de pasajeros y carga. Cfr. PETIT LAVALL, M.³ V., «La gestión de los aeropuertos...», *op. cit.*, p. 20; HUGUET MONFORT, J., «Apuntes sobre la liberalización de la gestión de los aeropuertos españoles», en *Estudios sobre Derecho y Economía del Transporte...*, *op. cit.*, p. 643. Sobre los criterios de distribución de competencias en materia aeroportuaria, ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.; SANZ GANDASEGUI, F., «La distribución de competencias entre el

comunitarios (más de 10 millones); B, aeropuertos nacionales (entre 5 y 10 millones); C, grandes aeropuertos regionales (entre 1 y 5 millones), hasta los de categoría D, pequeños aeropuertos regionales (inferior al millón).

También aquí se contempla una singularidad para las regiones ultraperiféricas, en el sentido de permitir conexiones con terceros países⁷².

Las razones para potenciar la creación de estas nuevas rutas desde los aeropuertos regionales son varias:

— Es positivo para luchar contra la congestión de los grandes *hub* aeroportuarios⁷³.

— Contribuye a desarrollar infraestructuras aeroportuaria infrautilizadas.

— Puede favorecer el desarrollo económico de la región.

— Otorga un instrumento complementario en las regiones ultraperiféricas que estén penalizadas por un déficit de accesibilidad.

Estado y las Comunidades Autónomas en materia aeronáutica», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, *op. cit.*, pp. 210-221. En particular sobre el escaso papel de las entidades territoriales no estatales en la materia, ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos*, *op. cit.*, pp. 81 y 131 y ss.; SÁNCHEZ PAVÓN, B., «La participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de los aeropuertos de interés general», en *Estudios sobre Derecho y Economía del Transporte...*, *op. cit.*, pp. 994 y ss. Uno de los aspectos que se propone mejorar la Unión Europea es precisamente la planificación aeroportuaria introduciendo unas directrices de mejores prácticas para fomentar la coordinación de los planes aeroportuarios y planes de utilización del suelo más completos —apartado 6.2 de la Comunicación (2006) 819 final, de 24 de enero de 2007, ya citada—.

⁷² Apartado 79, letra b), de las Directrices (2005/312/01).

⁷³ Uno de los factores que contribuye a la estrategia comercial de las *low cost* a partir de aeropuertos regionales pretende superar las barreras de acceso en los aeropuertos principales. Casi de forma visionaria lo había puesto de manifiesto DOGANIS, R., *La empresa aeroportuaria*, Paraninfo, Madrid, 1995 (traducción de *Airport business*, 1992), pp. 44-45. Este desvío de tráfico se ve como algo positivo para el desarrollo económico de las regiones y la lucha contra la congestión de los *hub* aeroportuarios (Dictamen del Comité de las Regiones sobre el futuro de los aeropuertos europeos, 2007/C 305/03, DOUE de 15-12-2007).

C. Los costes subvencionables

No todos los gastos ocasionados por la creación de la nueva ruta o frecuencia son subvencionables⁷⁴. Éstos quedan limitados a los costes suplementarios de puesta en marcha vinculados a la inauguración de la misma. Costes que el transportista no hubiera podido soportar si se siguiera un ritmo normal de explotación. Desde dicha perspectiva se guarda una cierta similitud con las obligaciones de servicio público (obligaciones que el empresario no asumiría teniendo en cuenta su interés comercial). Entre estos gastos cabe incluir los de mercadotecnia o publicidad, así como los gastos de instalación de la compañía aérea en el aeropuerto.

Quedan fuera aquellos gastos de explotación habituales, tales como los de arrendamiento y amortización de aeronaves, compra de carburante, remuneración de tripulación, tasas aeroportuarias o la restauración (*catering*). Uno de los aspectos más significativos es la exclusión expresa de las tasas aeroportuarias como elemento a subvencionar, una práctica que tanto la Comisión europea como los Tribunales de Justicia han considerado contraria a las normas de la competencia⁷⁵. También aquí se produce una cier-

⁷⁴ Apartado 79, letra e), de las Directrices (2005/312/01).

⁷⁵ En el caso particular de las ayudas de puesta en marcha, en la Decisión del caso *Charleroi* la Comisión consideró contrarias a Derecho las reducciones de las tasas de aterrizaje y los descuentos generales practicados en favor de Ryanair (art. 1 de la citada Decisión). Aunque dicha práctica ilegal de los Estados miembros se engloba en un contexto más amplio del que ha dado cuenta VILLAR ROJAS, F., «Los descuentos en las tarifas por el uso de puertos y aeropuertos: una práctica controvertida», *REDETI*, n.º 28, 2007, pp. 91-110. No es de extrañar que para poner coto a estas prácticas y establecer un marco comunitario común en donde las tasas aeroportuarias respondan a los costes por el uso y la prestación de los servicios se haya aprobado la Directiva 2009/12/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias. Aunque dicha disposición será de aplicación a los aeropuertos cuyo tráfico comercial anual sea igual o superior a cinco millones de viajeros, así como el aeropuerto de mayor movimiento de viajeros de cada Estado miembro (art. 1.2). La Directiva deberá estar en vigor a más tardar el 15 de marzo de 2011 (art. 13). La mayoría de los aeropuertos regionales no quedarán, por razón del volumen de tráfico, afectados por esta Directiva. En particular sobre las tasas aeroportuarias antes de la citada Directiva, GARCÍA SANZ, F. J., «Las tasas

ta coincidencia con las obligaciones de servicio público, dado que los impuestos tampoco pueden correr a cargo de la compensación otorgada por dicha razón⁷⁶.

D. Las garantías: publicidad, concurrencia y transparencia

El sistema o régimen de ayudas que establezcan los Estados miembros deben respetar una serie de principios, tales como la publicidad, la concurrencia y la transparencia. Según se adelantó, la Comisión europea prefiere que los Estados miembros comuniquen regímenes o sistemas de ayudas más que ayudas *ad hoc*. La exigencia de publicidad afecta a distintas fases:

a) Antes de su establecimiento debe comunicarse a la Comisión europea⁷⁷.

b) Una vez establecida se debe publicar con la suficiente antelación para que las compañías aéreas interesadas puedan proponer sus servicios⁷⁸.

c) Después de ser otorgadas, los Estados miembros deberán publicar para cada aeropuerto una lista de las rutas beneficiadas. Además deberá indicarse la fuente de la financiación pública, la compañía beneficiaria, la cuantía de la ayuda entregada y el número de pasajeros afectados⁷⁹.

Asimismo, entre las garantías que los Estados miembros deben establecer, además de las previstas en la Directiva sobre contratación pública, otros procedimientos que permitan reaccionar con-

aeronáuticas y la financiación de las infraestructuras aeroportuarias», *Régimen jurídico del transporte aéreo*, op. cit., pp. 505 y ss.; GONZÁLEZ SANFIEL, A., «Cánones y tarifas portuarias y aeroportuarias», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, op. cit., pp. 135 y ss.

⁷⁶ Cfr. cap. 2. Aunque así lo ha señalado alguna Sentencia, dado que las tasas aeroportuarias no son impuestos, la exclusión podría ser matizada en este último caso. En el capítulo siguiente se hace una crítica a la configuración actual de las tasas aeroportuarias y su incidencia negativa sobre las obligaciones de servicio público.

⁷⁷ Apartado 81 de las Directrices (2005/312/01).

⁷⁸ Apartado 79, letra h), de las Directrices (2005/312/01).

⁷⁹ Apartado 79, letra j), de las Directrices (2005/312/01).

tra una aplicación discriminatoria de tales ayudas. Por último, en caso de incumplir los compromisos asumidos por los beneficiarios, los Estados miembros deben contar con un régimen sancionador y un sistema de recuperación de tales ayudas⁸⁰.

Todos estos mecanismos pretenden asegurar la transparencia global del sistema: que las ayudas se conozcan; que todos puedan acceder a ellas; que se sepa a quién se ha dado, cuánto y dónde; que se permita reaccionar contra las situaciones discriminatorias; que se pueda sancionar al infractor y recuperar las ayudas, tal y como sucede en las obligaciones de servicio público.

5.3. *Relación de las ayudas de puesta en marcha con las obligaciones de servicio público*

A. *Incompatibilidad con otras ayudas, en especial con las derivadas de obligaciones de servicio público*

Las ayudas de puesta en marcha son incompatibles con cualquier otro tipo de ayudas. Aunque respondan a finalidades diferentes, la Comisión ha entendido que no pueden tener carácter acumulativo.

En primer lugar, no cabe que el beneficiario pueda recibir ayudas con la misma finalidad, aunque provengan de otras instituciones.

En segundo lugar, tampoco es posible la aplicación de ayudas de carácter social, entendiendo por aquéllas las que van destinadas a determinadas categorías de pasajeros.

En tercer lugar, y lo más importante a estos efectos, es que no cabe la aplicación simultánea de las obligaciones de servicio público y las ayudas de puesta en marcha. Ambas se excluyen recíprocamente. Esto es más evidente cuando la ruta se ha reservado mediante licitación a un operador aéreo y recibe una com-

⁸⁰ Apartados k) (recursos) y l) (sanciones) de las Directrices (2005/312/01).

pensación económica por las obligaciones de servicio público asumidas mediante dicho contrato⁸¹.

Lo más criticable de esta configuración es la exclusión de las ayudas sociales para determinadas categorías de pasajeros, que como ya sabemos en el caso de las obligaciones de servicio público sí son compatibles. Es más, la aplicación de estas ayudas no queda condicionada, como se expuso, a la existencia de aquellas obligaciones. Esta penalización es contraria a los intereses de los usuarios del transporte aéreo en las zonas circundantes a los aeropuertos regionales o zonas desfavorecidas. No existe ningún problema para reconocer esa compatibilidad, máxime cuando responden también a finalidades diferentes. Esto resulta más evidente cuando puedan existir varias compañías beneficiarias de las ayudas de puesta en marcha en un aeropuerto regional.

Las medidas económicas para favorecer a los empresarios aéreos no tendrían que haber perjudicado los intereses de los usuarios en los que concurren aquellas circunstancias de protección social en dichas zonas, tales como enfermos, ancianos o residentes en general.

B. *Obligaciones de servicio público y ayudas de puesta en marcha: semejanzas y diferencias*

Las páginas anteriores permiten abordar los puntos en común y opuestos que tienen las obligaciones consideradas y las ayudas de puesta en marcha. La finalidad es conseguir una mejor delimitación de los supuestos en los que operan una y otra técnicas. Sin perjuicio de las que han quedado ya expuestas en el apartado anterior, las semejanzas pueden ordenarse a partir de los siguientes criterios:

a) *Su finalidad, proveer servicios aéreos en una ruta:* ambas tienen como finalidad proveer de servicios aéreos a las zonas con difi-

⁸¹ Así se recoge con claridad en el apartado 80 de las Directrices (2005/312/01). Cfr. cap. 3.

cultades para la consolidación de estos servicios. En uno y otro caso, la competencia en la prestación de los servicios es deficiente o nula. Ambas buscan obtener una cierta estabilidad en la provisión de esos servicios aéreos.

b) *Un trato privilegiado por parte de los poderes públicos*: en los dos casos ese poder público adopta una serie de medidas que benefician o privilegian a unos operadores aéreos frente a otros. El operador aéreo consigue así una ventaja que de otra manera no conseguiría. E, incluso, puede generar una exclusividad en la prestación, *de iure* en el caso de las obligaciones de servicio público cuando lo hace a través de contrato o *de facto* en el supuesto de las ayudas de puesta en marcha. En virtud de estas últimas, una vez instalada una empresa no es rentable, ni siquiera obteniendo las ayudas, que otra empresa pueda ofrecer sus servicios, lo que generará una situación en la que ningún otro competidor se instale (no existe cuota de mercado suficiente).

c) *Asunción de obligaciones por el beneficiario*: como contrapartida a esos beneficios, las empresas aéreas afectadas en ambos supuestos asumen una serie de obligaciones de las que deben responder ante el poder público. Unas obligaciones que no asumirían en ningún caso si no se estableciera dicho sistema.

d) *Temporalidad de las medidas*: es otra de sus notas comunes, teniendo incluso duraciones similares. En las obligaciones estudiadas el plazo máximo es de cuatro años, frente a los tres de las ayudas de puesta en marcha. En el caso de las regiones ultraperiféricas o desfavorecidas la duración se eleva a cinco años.

e) *Transitoriedad de la solución*: las dos situaciones buscan que una vez que desaparezca el régimen de restricción de la competencia, el mercado pueda mantener aquella ruta sin necesidad de auxilios o beneficios públicos.

f) *Tratamiento singular para las regiones ultraperiféricas o desfavorecidas*: lo que afecta a la duración de las ayudas, a su intensidad o a la relajación de algunos requisitos.

Frente a las semejanzas expuestas es posible reconocer varias diferencias entre unas y otras, que pueden ser sistematizadas de la siguiente manera:

a) *La estrategia para su establecimiento*: en las obligaciones de servicio público existe una valoración del requisito de esencialidad que otorga una solución puntual (a una ruta aérea), lejos de realizar una valoración global sobre todas las necesidades de obligaciones de servicio público existentes. Por el contrario, las ayudas de puesta en marcha exigen la realización de un proyecto de desarrollo aeroportuario previo, de una planificación que evalúe las necesidades de establecer la ruta desde un planteamiento global y no sólo puesta en relación con una ruta concreta. Es un programa más ambicioso económico y de estrategia empresarial.

b) *El tipo de ruta al que afectan*: en el caso de las obligaciones de servicio público son rutas que ya existen, pero el nivel de prestación de servicios es insuficiente para garantizar un nivel adecuado. En cambio, las ayudas de puesta en marcha son para abrir nuevas rutas o frecuencias.

c) *La clase de aeropuerto al que conectan*: las obligaciones serviciales no quedan circunscritas, al menos desde el punto de vista formal, a los aeropuertos regionales; mientras que las ayudas de puesta en marcha sólo son admisibles teniendo como punto de conexión un aeropuerto de esa naturaleza.

d) *Los gastos compensables*: si se comparan los gastos que cubren una y otra ayuda se aprecia con claridad su distinto alcance. Así, por ejemplo, las obligaciones analizadas permiten sufragar, en general, todos los costes vinculados o necesarios para la prestación del servicio de interés económico general. En consecuencia, la compensación cubriría una parte de los costes por gasto de tripulación o carburante, costes que están vedados en el caso de las ayudas de puesta en marcha.

e) *Compatibilidad con otras ayudas*: las obligaciones de servicio público son compatibles con la existencia de ayudas de carácter social dirigida a colectivos determinados de personas, al contrario que las ayudas de puesta en marcha que no admiten otro tipo de ayudas.

f) *La existencia de ayuda*: desde el punto de vista jurídico, e incluso teórico, las obligaciones serviciales podrían existir sin que se reconociera al operador aéreo una compensación. Esto es así aunque se reconociera el derecho a explotar la ruta en exclusividad. La compensación es una posibilidad, no una exigencia. Sin

embargo, en las ayudas de puesta en marcha sin las ventajas económicas no existe servicio aéreo. En la práctica, sin embargo, muchas de las rutas sometidas a las obligaciones de servicio aéreo se prestan en exclusividad y con compensación económica.

Los datos anteriores permiten dar un paso más en la delimitación de estas dos figuras. La cuestión a resolver es cuándo sería adecuado usar una u otra técnica.

C. *¿El carácter alternativo de las ayudas de puesta en marcha?: su posible compatibilidad en diferentes rutas*

A partir del régimen de las obligaciones de servicio público y de las ayudas de puesta en marcha que ha sido expuesto, sus semejanzas y sus diferencias, es posible afrontar mejor el análisis del posible uso de ambas medidas desde una aeropuerto regional.

La característica más notable a estos efectos es el carácter de solución puntual y estructural que tienen las obligaciones de servicio público: proveer servicios aéreos adecuados en una ruta aérea cuando el mercado no lo hace. Tal es así, que existen pequeños aeropuertos que sólo sobreviven gracias a la existencia de tales obligaciones. Su actividad se reduce a servir a la compañía aérea que presta esos servicios, tal como sucede en algunos aeropuertos remotos de Escocia o Irlanda⁸². No existe nada estratégico en su aplicación, sino tan sólo la solución a un problema concreto de comunicación por vía aérea.

Por el contrario, las ayudas de puesta en marcha exigen el diseño previo de una estrategia de desarrollo aeroportuario. Evidentemente, esto no fue así en sus manifestaciones iniciales, res-

⁸² «En cierta medida, la subvención de los servicios aéreos en el marco de obligaciones de servicio público puede interpretarse como una ayuda indirecta a un aeropuerto. Algunos aeropuertos remotos de Escocia o Irlanda dependen casi exclusivamente de las subvenciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público», *Study on competition between airports and the application of State Aid Rules*, Cranfield University, 2002, 5-27 de septiembre de 2002.

pondiendo más bien a la voluntad comercial de las compañías de bajo coste que a los planteamientos de los gestores aeroportuarios a quienes se les proponía dicha posibilidad. Sin embargo, una vez pasado ese momento de incertidumbre que genera toda situación nueva, la Comisión exige un régimen de ayudas que responda a un modelo de desarrollo aeroportuario. Desde este planteamiento, este tipo de ayudas no sólo está posibilitando crear comunicaciones suficientes, sino que opera como motor de desarrollo económico y territorial de la zona en la que se crea esa nueva ruta.

La principal diferencia entre las obligaciones de servicio público y las ayudas de puesta en marcha es que las primeras tienen un efecto estructural para una determinada región. Afectan a zonas en las que sin tales obligaciones las comunicaciones aéreas no podrían ser satisfechas. Aunque en hipótesis se puede revisar la necesidad, la experiencia demuestra que se prolongan en el tiempo a través de distintas prórrogas. En definitiva, el mercado no se repone, las causas que determinaron su aplicación siguen estando presentes con los años. Ello se observa con evidencia en las regiones ultraperiféricas.

En cambio, las ayudas de puesta en marcha pretenden abrir nuevos mercados. Ciertamente, ello puede contribuir igualmente al desarrollo de aeropuertos regionales y su zona de influencia, sin embargo, responde más a una estrategia comercial de los operadores aéreos y aeroportuarios que a la satisfacción de una necesidad colectiva de los ciudadanos que viven en esa región. Transcurridos los plazos en los que se hayan comprometido por razón de la ayuda recibida a prestar sus servicios, pueden abandonar ese mercado sin garantía alguna para los ciudadanos de que se mantengan los servicios aéreos. Esto es precisamente lo que evita el establecimiento de obligaciones de servicio público: garantizar más allá de las estrategias comerciales de los operadores la satisfacción de una necesidad pública, la garantía de unos servicios suficientes para los ciudadanos de las zonas en donde el puro mercado no satisface aquella necesidad de movilidad por vía aérea.

Llegados a este punto debe darse un paso más. Antes se expuso que las ayudas de puesta en marcha y las obligaciones aquí consideradas son incompatibles. Esta idea debe ser objeto de matización. La incompatibilidad debe ser en la misma ruta o entre rutas coincidentes. Es decir, que no puede haber ni una misma ruta en la que el operador aéreo acumule ambos privilegios, ni en una misma ruta pueden existir servicios aéreos, unos sometidos a aquellas obligaciones y otros beneficiados con aquellas ayudas. Desde este planteamiento cabe defender la posibilidad de que desde un aeropuerto regional sea posible la convivencia de rutas de obligaciones de servicio público y de rutas con ayudas de puesta en marcha. Existirían, no obstante, una serie de límites. El resultado final arroja el siguiente cuadro:

- a) Es posible que desde un aeropuerto regional se presten servicios aéreos, unos sometidos a las obligaciones estudiadas y otros beneficiados con ayudas de puesta en marcha. Hay que tener en cuenta que estas últimas pretenden abrir nuevas rutas.
- b) Las rutas aéreas no pueden coincidir.
- c) Los operadores aéreos no pueden ser los mismos.

La combinación del establecimiento de obligaciones de servicio público y ayudas de puesta en marcha desde un mismo aeropuerto regional no puede ser rechazada con planteamientos apriorísticos. Sobre todo, teniendo en cuenta el carácter de detonador económico y social que estas posibilidades permiten a los aeropuertos regionales y a las zonas desfavorecidas. Lo importante es que las reglas sean claras y transparentes, y que todos puedan acceder a dichos beneficios en condiciones de igualdad, consiguiendo el citado desarrollo de una región⁸³.

⁸³ El beneficio para las regiones afectadas tiene tal entidad que no sorprende la posición favorable a la existencia de estas ayudas por parte del Comité de las Regiones (Dictamen de iniciativa del Comité de las Regiones sobre el tema «Las compañías de bajo coste y el desarrollo territorial» —2004/C 318/02, DOUE de 22-12-2004—).

Capítulo Quinto

El impacto de la normativa aeroportuaria

1. La noción de «aeropuerto regional»: una idea de ida y vuelta

1.1. Clave en la regulación derogada

A nivel comunitario los aeropuertos son definidos como «*todo terreno específicamente acondicionado para el aterrizaje, el despegue y las maniobras de aeronaves, con las instalaciones anexas que esas operaciones pueden comportar para las necesidades del tráfico y el servicio de aeronaves, así como las instalaciones necesarias para asistir a los servicios comerciales*»¹.

¹ Artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2009/12/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias. En el mismo sentido, el artículo 2, letra a), de 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. Sin embargo, el Reglamento (CE) 1008/2008 utiliza una noción más simple y en donde no destaca las características de aterrizaje o despegue, al menos expresamente, al definirlo como «cualquier zona de un Estado miembro especialmente adaptado a los servicios aéreos» (art. 2.7).

Por su parte, se entiende por entidad gestora del aeropuerto a «la entidad que, conjuntamente o no con otras actividades y en virtud de las disposiciones nacionales legales, reglamentarias o contractuales, tenga por misión la administración y la gestión de las infraestructuras aeroportuarias o de redes aeroportuarias y la coordinación y control de las actividades de los distintos operadores presentes en el aeropuerto o en la red aeroportuaria de que se trate» (art. 2, apartado 2, de la Directiva 2008/12/CE). Con anterioridad tuve ya la oportunidad de aproximarme a este tema (GONZÁLEZ SANFIEL, A., *La regulación de los aeropuertos*, La Laguna, 2000, inédito). Entre las diferentes acciones que pretende acometer la Unión Europea en este sector cabe destacar las contenidas en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones —COM (2006) 819 final, de 24 de enero de 2007—.

Entre las diferentes categorías existentes para este tipo de infraestructuras, la noción de aeropuerto regional jugaba un papel destacado en el derogado Reglamento (CEE) 2408/92 a la hora de imponer las obligaciones de servicio público². Aquél se definía por contraposición a los aeropuertos calificados con la categoría 1, recogidos en un anexo del citado Reglamento, que venían a ser los aeropuertos más importantes del espacio económico europeo. De esta manera, para la definición de la ruta aérea era necesario un punto de conexión con un aeropuerto de una zona periférica, en desarrollo o en «una ruta aérea de baja densidad de tráfico que sirva un aeropuerto regional de su territorio...»³. La estrecha

² Esta norma entendía por «aeropuerto regional» cualquier aeropuerto distinto de los que figuran en la lista del Anexo I como aeropuertos de categoría 1 [art. 2, letra l), del derogado Reglamento (CEE) 2408/1992]. Los aeropuertos españoles con esta categoría recogidos en dicho Anexo eran: Palma-Mallorca, Madrid-Barajas, Málaga y Las Palmas. En cuanto a diversos modelos de propiedad y gestión de los aeropuertos, BETANCORT, O., y RENDEIRO, R., «Modelos de propiedad y gestión de aeropuertos: el caso español», *Un Balance*, n.º 80 extra, año XVIII, Colegio de Economistas de Madrid, España, 1998, pp. 425-430; ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho aéreo, op. cit.*, pp. 96-99.

En nuestro país, la mejor explicación del régimen de los aeropuertos ha venido de la mano de José ESTEVE PARDO, quien realiza una aportación novedosa y crítica sobre el modelo aeroportuario español, siendo una referencia imprescindible para aproximarse al sector (*Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001). Según el autor, las principales disfunciones del modelo son la falta de conexión con el entorno territorial y la falta de distinción entre gestión y regulación (pp. 81 y ss.). Lo primero se debe al enfoque absolutamente estatal del funcionamiento de AENA, sin presencia de otros sectores implicados. Lo segundo también por la diversidad de funciones que asume dicha entidad, que no se limita a ser un puro gestor aeroportuario.

Con otro enfoque, PARADA VÁZQUEZ, J. D., *La relación jurídica aeronáutica*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 337-440; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «El régimen jurídico de los aeropuertos», en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 819-922; PETIT LAVALL, M.ª V., «La gestión de los aeropuertos españoles», *REDA*, n.º 133, 2007, pp. 29 y ss. Desde la perspectiva de su repercusión urbanística, VILLAR ROJAS, F., «Las infraestructuras del transporte: puertos y aeropuertos (infraestructuras y urbanismo)», *REDETI*, n.º 30, 2007, pp. 67 y ss.; MAYOR MENÉNDEZ, P., «Régimen jurídico de la construcción, conservación y ampliación de los aeropuertos. Los planes especiales», en *Régimen jurídico del transporte aéreo, op. cit.*, pp. 397 y ss.

³ Artículo 4.1.a) del derogado Reglamento (CEE) 2408/1992.

vinculación entre las obligaciones de servicio público y los aeropuertos regionales quedaba reflejada en la propia Exposición de Motivos del citado Reglamento, cuando señalaba que «es necesario establecer disposiciones especiales, en determinados casos, sobre obligaciones de servicio público necesarias para el mantenimiento de servicios aéreos adecuados a *regiones nacionales*».

Evidentemente, estos criterios geográficos no eran exclusivos para llevar a cabo la valoración del requisito de necesidad, pero junto con el resto (expuestos en el capítulo primero) debían tenerse en cuenta por el Estado miembro cuando establecía aquellas obligaciones. Puede decirse que la relación entre aeropuerto regional y zona periférica o en desarrollo era muy estrecha, puesto que los mismos se situaban precisamente en dichas zonas. Su definición, por otra parte, era bastante amplia, dado que lo hacían por contraposición a los de categoría 1, muy limitados en la normativa.

En esas condiciones, la existencia de un aeropuerto regional ha sido un factor decisivo para el establecimiento y éxito de la imposición de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo, tal y como demuestra su praxis.

Ello no significa que el otro aeropuerto implicado en la definición de una ruta aérea sometida a obligaciones de servicio público no pudiera ser, como ocurre hoy, un aeropuerto de categoría 1 o un aeropuerto económicamente relevante a nivel comunitario. Evidentemente ello era posible —y lo es hoy— siempre que el otro aeropuerto fuese un aeropuerto regional o en zonas periféricas o en desarrollo. El panorama cambia, al menos formalmente, cuando la reforma llevada a cabo por el Reglamento (CE) 1008/2008 abandona la referencia a los aeropuertos regionales.

1.2. Su abandono en la reforma

En efecto, la reforma de las normas sobre explotación de los servicios aéreos ha prescindido de la referencia a los aeropuertos

regionales para establecer las obligaciones de servicio público. No es ya un posible criterio geográfico para definir aquella ruta aérea. Los aeropuertos regionales, como criterio jurídico, han desaparecido de forma consciente de la normativa reguladora de los servicios aéreos al objeto de imponer aquellas obligaciones⁴.

Su supresión ha sido consecuencia de una actuación deliberada, fruto de las enmiendas del Parlamento europeo a la propuesta presentada inicialmente por la Comisión europea, que seguía utilizando la referencia a los aeropuertos regionales⁵. Estas enmiendas fueron las números 3 (al art. 2, punto 15), 37 (al art. 16, apartado 1, párrafo 1) y la enmienda 53 (al anexo II, definición de aeropuertos regionales a los efectos del artículo 16)⁶.

La Comisión europea, aparte de mantener aquella referencia en la propuesta inicial, quiso delimitar su noción introduciendo dos criterios. El primero era de carácter cuantitativo, referido al volumen de tráfico de pasajeros o flete. El segundo era de naturaleza geográfica, si el aeropuerto estaba situado en una isla de un Estado miembro⁷.

Sin embargo, el Parlamento europeo no compartía ese planteamiento, enmendando todos aquellos preceptos que hacían referencia a la naturaleza regional del aeropuerto como criterio definitorio para imponer las obligaciones de servicio público. La justificación dada en la enmienda número 37 al artículo clave en

⁴ Se ha suprimido su referencia en los requisitos para el establecimiento de las obligaciones de servicio público (art. 16); también ha desaparecido de la tabla de conceptos (art. 2), al igual que se ha prescindido del anexo que definía los aeropuertos de categoría 1, lista que era utilizada para definir, por contraposición, aquel tipo de aeropuertos.

⁵ COM (2006) 396, de 18-07-2006, Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (refundición).

⁶ Informe sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (refundición) de 11-05-2007, A6-0178/2007.

⁷ Anexo II del documento COM (2006) 396, citado en nota anterior. El volumen anual utilizado era no superar los 900.000 movimientos de pasajeros ni las 50.000 toneladas de flete.

la regulación de tales obligaciones expresa el porqué de la necesidad de eludir dicha exigencia:

«Dado que el propósito declarado de una obligación de servicio público es prestar servicios en una ruta aérea considerada esencial para el desarrollo económico de la región, todo aeropuerto que dé servicio en una región necesitada de desarrollo económico debería considerarse idóneo para una ruta sujeta a obligación de servicio público. Toda definición de aeropuerto regional para fines de obligaciones de servicio público incluirá algunos aeropuertos de regiones económicamente viables y excluirá algunos aeropuertos de regiones necesitadas de apoyo económico o social. Por ello, debería evitarse el término aeropuerto regional. Además, es muy importante la inclusión de aeropuertos que dan servicio a regiones con necesidades sociales.

A los aeropuertos, al igual que a las compañías aéreas, también les concierne la imposición de la obligación de servicio público. En este ámbito deben tener los mismos derechos en materia de consulta»⁸.

A la vista de dicha justificación, queda claro el rechazo del Parlamento europeo a la petrificación de la noción de aeropuerto regional en cuanto criterio para el establecimiento de las obligaciones de servicio público. El riesgo de que esa predeterminación normativa pudiera excluir la posibilidad de que las regiones verdaderamente necesitadas lo hicieran, llevó a eludir aquel concepto. La decisión final viene marcada por un cierto planteamiento pragmático y un enfoque social, frente al simple desarrollo del mercado. En este caso, el acento social prevaleció frente al aspecto comercial o, si se prefiere, a una posible distorsión de la competencia en el mercado aéreo.

La Posición Común (CE) 18/2008, de 18 de abril de 2008 (2008/C 129 E/01), incorpora aquellos cambios, que permanecerán ya invariables hasta la aprobación del Reglamento (CE) 1008/2008.

⁸ Una justificación parecida se utiliza en las enmiendas números 3 y 53.

Ahora bien, aunque la idea de aeropuerto regional no sea un criterio jurídico-formal para el establecimiento de las obligaciones de servicio público, no significa que sea algo carente de efectos. Su importancia está ligada a las ayudas de Estado para la financiación de este tipo de infraestructura y las denominadas ayudas de puesta en marcha de nuevas rutas aéreas desde este tipo de aeropuertos, cuestión a la que ya nos hemos referido en el capítulo anterior.

2. Consecuencias de las obligaciones de servicio público sobre los slots

2.1. Un derecho de acceso a la infraestructura

Para que las compañías aéreas puedan aterrizar o despegar de un concreto aeropuerto en un tiempo determinado necesitan obtener un permiso del poder público que se denomina *slot* o franja horaria aeroportuaria⁹. La asignación de estos derechos puede entenderse como un fenómeno de autorregulación¹⁰, dado que se siguen los criterios establecidos por el propio sector a través de la IATA (*Internacional Air Transport Association*), plasmados en la *Worldwide Scheduling Guidelines* o Directrices Mundiales de

⁹ Sobre estos derechos GOH, J., *European air transport law and competition*, Jhon Wiley & Sons Ltd., England, 1997, pp. 165-177; ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos...*, op. cit., pp. 61-68 y 108-111; GÓMEZ PUENTE, M., «La coordinación aeroportuaria: naturaleza y régimen jurídico de las franjas horarias (*slots*)», en *Régimen Jurídico del transporte aéreo*, op. cit., pp. 433 y ss.; *idem*, *Derecho Administrativo aeronáutico*, op. cit., pp. 5 y ss.; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo...*, op. cit., pp. 105 y ss.; PETIT LAVALL, M.²V., *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, op. cit., pp. 120 y ss.

¹⁰ Sobre esta técnica, ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, op. cit., pp. 1267-1312; DARNACULETA I GARDELLA, M. M., *Derecho Público y autorregulación: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005; *idem*, «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación económica», en *Derecho de la Regulación Económica*, I, *Fundamentos e instituciones de la Regulación*, op. cit., pp. 631-667.

Programación, que se actualizan periódicamente. Estos criterios influyen, a su vez, en las normativas nacionales y comunitaria europea, lo que permite una estandarización mundial de la forma en que dichos derechos son reconocidos por parte de los diferentes Estados. Así ha sucedido con el Reglamento (CEE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a las normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, norma que ha sido objeto de diversas modificaciones, de las cuales la más importante se ha llevado a cabo a través del Reglamento (CEE) 793/2004¹¹.

El sistema descansa fundamentalmente sobre dos principios. De una parte, el respeto a los derechos reconocidos en la temporada anterior (*grandfather rights*)¹²; de otra parte, la necesidad de que las compañías acrediten un cierto porcentaje de uso sobre los derechos asignados para poder renovarlos en la siguiente temporada, de tal manera que de no alcanzar un mínimo de uso se perdería el derecho (*use it or lose it*). La razón para respetar esos «derechos adquiridos» se ha justificado tanto desde el punto de vista de los pasajeros como de las compañías aéreas. En el primer caso, porque, se dice, se consigue una cierta estabilidad, continuidad y calidad cada vez mayor en la prestación del servicio debido a las inversiones comerciales realizadas por el operador. Desde la pers-

¹¹ La Comunicación de la Comisión de 15-11-2007, COM (2007) 704 final, sobre la aplicación del Reglamento (CE) 793/2004, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, realiza la siguiente valoración sobre el efecto de la reforma: 1) las normas sobre nuevo entrante apenas parece repercutir en la competencia dentro de los aeropuertos comunitarios y en el uso óptimo de su limitada capacidad; 2) hay indicios de que las correspondientes disposiciones del Reglamento (sobre el papel del coordinador) aún no se han aplicado de manera homogénea y coherente en todos los Estados miembros; 3) las directrices locales se prestan a una mayor flexibilidad de adaptación a las condiciones locales para una mejor utilización de las franjas disponibles en los aeropuertos congestionados, siempre que se adecuen a lo dispuesto en el Reglamento; 4) la introducción de sanciones disuasorias o de medidas equivalentes para prevenir abusos ha fomentado una mejor utilización de la capacidad actual.

¹² Así se reconoce desde la propia Exposición de Motivos del Reglamento (CE) 95/93: «considerando que el sistema actual contempla los derechos adquiridos».

pectiva de las compañías aéreas la razón se debe al incentivo para utilizar dichas franjas horarias de forma que la red que está desarrollando no se vea afectada por un exceso de reasignaciones forzadas e imprevisibles que pondrían en peligro su propia inversión y eficacia¹³.

La combinación de estos principios explica la fuerte implantación de las antiguas compañías de bandera en los aeropuertos más importantes. A partir de dicho *hub* las compañías desarrollan una estrategia radial, es decir, concentran sus rutas en un aeropuerto principal y a partir de ellos redistribuyen sus vuelos al resto de aeropuertos (por ejemplo, Iberia en la T-4 de Madrid-Barajas o British Airways en Heathrow).

La fuerte implantación de una compañía aérea en un aeropuerto, la acaparación de los *slots* más rentables y determinadas prácticas anticompetitivas (*slots* en cartera, control de *slots* a través de compañías filiales, etc.) dificultan o impiden directamente que los nuevos entrantes puedan acceder a tales aeropuertos, buscando otras alternativas, al mismo tiempo que genera una situación de congestión aeroportuaria. Por ello, desde planteamientos económicos se ha dicho que el modelo actual de reparto de estos derechos es «la más formidable barrera de acceso al mercado»¹⁴. En efecto,

¹³ Apartado 16 de la Exposición de Motivos de la propuesta de modificación del Reglamento 95/93 COM (2001) 335 final.

¹⁴ GOH, J., *European air transport law and competition*, *op. cit.*, p. 176; en el mismo sentido MARÍN, P. L., «La desregulación del transporte aéreo en Europa y sus efectos sobre la estructura del mercado», en *Regulación y competencia en la economía española*, Civitas, Madrid, 1995, p. 143; NICOLINI, J. P., y TORRES, R., «La asignación de espacios en los aeropuertos», en la *Regulación del transporte en España*, Civitas, Madrid, 1996, p. 133. En un sentido similar se critica la falta de visión empresarial y perspectiva económica de los aeropuertos a la hora de proyectar sus inversiones en infraestructuras, desconectadas de las estrategias de las compañías aéreas, así como de la aplicación de criterios empresariales en la gestión. En este sentido, DOGANIS, R., *La empresa aeroportuaria*, Paraninfo, Madrid, 1995 (traducción de *Airport business*, 1992); Airports - *Dawn of a New Era*, Boston Consulting Group, abril de 2004; RUIZ DE VILLA, A. B., y DÍAZ OLARIAGA, O., «Enfoques de mercado en la gestión aeroportuaria», en *Estudios sobre Derecho y Economía del Transporte...*, *op. cit.*, pp. 953 y ss.

la posesión de estos derechos en un concreto aeropuerto se convierte en la auténtica llave de acceso al mercado¹⁵.

En tanto no existen problemas para acceder a dichos derechos y las compañías pueden obtenerlos según sus preferencias, el sistema se caracteriza por la voluntariedad o autorregulación. Cuando surgen las dificultades, la normativa comunitaria, acogiendo las Directrices IATA, diferencia dos niveles de actuación: la facilitación de horarios y la coordinación¹⁶. En el primer caso (aeropuerto con horarios facilitados) existen dificultades o problemas

¹⁵ Desde planteamientos económicos se critica que en la asignación de *slots* no rijan criterios de eficiencia económica, proponiéndose en algunos casos incluso la subasta como mecanismo de asignación de tales derechos, tal y como se había producido en algunos aeropuertos norteamericanos, no con mucho éxito dicho sea de paso. En cualquier caso, esa preocupación también llegó a la Comisión europea. Con vistas a una reforma de los mecanismos previstos en el Reglamento (CE) 95/93 encargó un Estudio a una consultora inglesa que en su amplio informe se manifestaba contrario a los mecanismos previstos en dicha normativa y proponía la introducción de mecanismos de mercado para asignar tales derechos, como la subasta. La Comisión, dada la revolución que supondría alterar el principio *grandfather right* en la asignación de tales derechos, mantuvo una posición de prudencia y continuidad del modelo realizando algunos ajustes, pero sin replantearse el modelo. Cfr. *Study to assess the effects of different slot allocation schemes. A final Report for the European Commission*, NERA (National Economic Research Associates), enero de 2004, London, 402 pp. En los planteamientos que se realizan existe cierto paralelismo con lo acontecido en las telecomunicaciones, la asignación de las licencias mediante subasta o concurso. Sobre esta cuestión ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Pros y contras de los métodos de adjudicación», *Cuenta y Razón del Pensamiento Actual*, n.º 17, 2000, pp. 84-99.

¹⁶ Estas referencias sustituyen a las anteriores de aeropuerto coordinado y aeropuerto totalmente coordinado. El Real Decreto-ley 15/2001, de 2 de noviembre, llevó a cabo la declaración de aeropuertos coordinados y totalmente coordinados de la red aeroportuaria española. Ahora, el aeropuerto con horarios facilitados se define como un aeropuerto donde exista un riesgo de congestión en determinados períodos del día, de la semana o del año que pueda evitarse mediante la cooperación voluntaria entre compañías aéreas y donde se haya designado un facilitador de horarios para simplificar las operaciones de las compañías aéreas que presten servicio en ese aeropuerto o tenga intención de hacerlo —art. 2, letra i), del Reglamento (CE) 95/93—; por su parte, un aeropuerto coordinado es aquel en el cual, para aterrizar o despegar, las compañías aéreas y cualquier otro operador de una aeronave tiene que tener una franja horaria asignada por un coordinador, con excepción de los vuelos de Estado, los aterrizajes de emergencia y los vuelos con fines humanitarios —art. 2, letra g), del Reglamento (CE) 95/93—. El artículo 4 del Reglamento regula ambos órganos.

de congestión en ciertos períodos del día, de la semana o del año que se pueden solventar a partir de acuerdos voluntarios entre las compañías bajo la supervisión del facilitador. En el segundo caso (aeropuerto coordinado), la situación es más crítica, ya que se dan problemas de capacidad para al menos un período de programación. Ello genera la obligación del Estado miembro, tras realizar los estudios pertinentes¹⁷, de designar al aeropuerto como coordinado, de tal modo que los *slots* sólo pueden ser asignados por el coordinador del aeropuerto¹⁸. Dicha operación se realiza a partir de unos parámetros de coordinación establecidos por cada Estado miembro con antelación a la asignación de aquellos derechos¹⁹. En realidad se asignan «series de franjas horarias»²⁰, entendiéndose por tales un mínimo de cinco franjas solicitadas para un período de programación a la misma hora, regularmente, el mismo día de la semana y asignada de esa forma o, si ello no fuera posible, aproximadamente a la misma hora.

La posibilidad de intercambio de estos derechos entre las diferentes compañías aéreas una vez son asignados²¹ ha contribuido a que éstas entiendan que ostentan auténticos derechos de propiedad sobre los *slots*, lo que las lleva incluso a contabilizarlos en sus activos²². Frente a dicha concepción ha reaccionado la reforma operada a través del Reglamento (CE) 793/2004, atajando

¹⁷ Artículo 3.3 del Reglamento (CE) 95/93.

¹⁸ Artículo 4.5 del Reglamento (CE) 95/93.

¹⁹ El artículo 6 del Reglamento (CE) 95/93 se refiere a los parámetros de coordinación. Estos parámetros son definidos como «la expresión en términos operativos de toda la capacidad disponible en un aeropuerto para asignarla en franjas durante cada período de coordinación, que reflejará todos los factores técnicos, operativos y medioambientales que influyen e el funcionamiento de la infraestructura aeroportuaria y de sus subsistemas» —art. 2, letra m), del Reglamento (CE) 95/93—.

²⁰ Artículo 8 en relación con el artículo 2, letra k), ambos del Reglamento (CE) 95/93.

²¹ El artículo 8 bis del Reglamento (CE) 95/93 mantiene la posibilidad de transferencia de los *slots*.

²² ESTEVE PARDO realiza una interesante reflexión, comparando lo acontecido en el proceso de asignación de *slots* y el denominado mercado del agua, sobre el mercado de títulos jurídico-administrativos, destacando a la vista de los supuestos

cualquier atisbo de propiedad y reforzando la idea de que se trata de derechos otorgados por el poder público. Por tal motivo, se modifica el concepto normativo que pasa de ser una referencia temporal a configurarse como un *«permiso dado por un coordinador de conformidad con el presente Reglamento para utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria con fines de aterrizaje y despegue en una fecha y hora determinadas asignadas por un coordinador de conformidad con el presente Reglamento, para la prestación de un servicio aéreo en un aeropuerto coordinado»*²³.

Al margen de los problemas o discusiones que estos derechos adquieran desde la perspectiva del Derecho interno, lo que, como advierte ESTEVE PARDO, estará limitado por la cultura jurídica de cada país²⁴, lo cierto es que los *slots* pueden ser vistos como una manifestación del derecho de acceso a una instalación esencial

citados cómo pueden diferenciarse dos fases, una administrativa de asignación de los derechos y otra privada posterior que permite su tráfico jurídico (ESTEVE PARDO, J., «El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente», *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo Baquer, op. cit.*, pp. 744 y ss.).

²³ Artículo 2, letra a), del Reglamento (CE) 95/93 según la redacción dada por Reglamento (CE) 793/2004. Antes de dicha reforma el *slot* se definía como *«la hora prevista de llegada o salida disponible o asignada a un movimiento de aeronave, en una fecha determinada y en un aeropuerto coordinado según las condiciones contempladas en el presente Reglamento»*. En los antecedentes de la Propuesta de Reglamento que dio lugar al Reglamento (CE) 793/2004, la Comisión se pronunciaba expresamente sobre la naturaleza jurídica de los *slots*. En el apartado b) de dichos antecedentes, intitulado naturaleza jurídica de las franjas horarias, se contiene la justificación de los cambios que van a introducirse sobre esta cuestión, manifestando una posición clara sobre el alejamiento de cualquier atisbo de propiedad sobre estos derechos: *«algunas compañías aéreas han pretendido que las franjas horarias eran activos de su propiedad... es a todas luces necesario aclarar la personalidad jurídica de las franjas horarias a fin de crear una base sólida para el sistema de asignación... el presente Reglamento estipula que las franjas horarias constituyen derechos de acceso a la infraestructura en momentos específicos del día durante los períodos de programación. De esta manera se deja claro que las franjas horarias no son derechos de propiedad... las franjas horarias se asignan como bienes públicos, sobre la base de unas normas determinadas...»*.

²⁴ *«El régimen y naturaleza jurídica de los slots dista mucho de estar claro, entre otras razones porque la regulación unitaria que establece la normativa europea ha de ser modulada luego, y de forma decisiva, por las diferentes culturas nacionales»* (ESTEVE PARDO, J.,

para la competencia, en el sentido explicado por VILLAR ROJAS²⁵. Es decir, «una instalación o infraestructura sin la cual las empresas de la competencia no podrían ejercer sus servicios al público»²⁶, generando «una situación de dependencia económica» que puede «oponerse a la aparición de todo tipo de competencia efectiva»²⁷. De esta forma, tal y como afirma el Tribunal de Primera Instancia, «las instalaciones de los aeropuertos [de París] constituyen una facilidad esencial en el sentido de que su utilización es indispensable para la prestación de dichos servicios»²⁸. En otras palabras, sin slot no existe mercado aéreo posible. Lo relevante, independientemente de la configuración jurídica concreta que otorgue cada Estado miembro, es que las compañías aéreas puedan obtener estos derechos de aterrizaje y despegue para poder prestar sus servicios y que la liberalización sea efectiva²⁹.

...men jurídico de los aeropuertos..., op. cit., p. 109). Para GÓMEZ PUENTE se trata de autorizaciones operativas, regladas, por operación y mixtas («La coordinación aeroportuaria...», op. cit., pp. 502-503).

²⁵ La mejor explicación sobre esta doctrina en VILLAR ROJAS, F., *Las instalaciones esenciales para la competencia (Un estudio de Derecho Público Económico)*, op. cit., in totum. En particular, sobre los aeropuertos (y puertos) afirma el autor que «no puede desconocerse una importante aportación de las autoridades europeas: la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales, a partir de la libertad de prestación de servicios, para afirmar el derecho de acceso a bienes indispensables sin contar con un reconocimiento normativo expreso. Es el caso del derecho de acceso y de uso de los puertos y aeropuertos de interés comunitario, como garantía necesaria de la libre prestación de servicios de transporte marítimo y aéreo, con independencia de su régimen de propiedad. Su condición esencial deriva de que son instalaciones de difícil duplicación o sustitución, en realidad monopolios naturales en su ámbito geográfico sin los cuales el transporte aéreo y marítimo resulta imposible. Sin duda, se trata de una aportación de enorme trascendencia» (idem, pp. 86-87).

²⁶ Decisión de la Comisión 94/119/CE, de 21-12-1993, sobre el puerto de Rodby.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6-4-1995 (caso *Magill*), apartado 24.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2000, asunto T-128/98, caso *Aéroports de Paris*, confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2002, asunto C-82/02 P, aunque refiriéndose al acceso de los servicios de asistencia en tierra.

²⁹ Es un típico problema de acceso a lo que se ha denominado cuello de botella, de la que da cuenta CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, op. cit., pp. 182 y ss.

Como cierre del sistema, en línea con otro de sus principios rectores, se prevé la pérdida del derecho si éste no es usado efectivamente³⁰. Los derechos caducados ingresarían a formar parte de un fondo de reserva para su posterior reasignación entre el resto de compañías aéreas interesadas. Todo ello, evidentemente, sin perjuicio de las sanciones que ello pueda acarrear³¹.

La aproximación realizada era necesaria para conocer qué consecuencias tiene la imposición de obligaciones de servicio público en una determinada ruta sobre estos singulares derechos, sobre todo en aquellos que se encuentran en una situación de congestión.

2.2. Reserva de slots para rutas con obligaciones de servicio público

La normativa comunitaria reguladora de los *slots* permite que los Estados miembros reserven estos derechos a favor de algunas compañías aéreas cuando existan rutas sometidas a obligaciones de servicio público. El uso de esta posibilidad ha sido real, motivo por el cual se ha mantenido tras la reforma de la normativa aérea³². Sin embargo, su configuración no se encuentra exenta de dificultades.

³⁰ El artículo 10 del Reglamento (CE) 95/93 regula el fondo de reserva de franjas horarias.

³¹ Uno de los aspectos que fortaleció la reforma fue la intimación a los Estados miembros para que establecieran un régimen sancionador adecuado que luchara contra las prácticas abusivas de las empresas. La Comunicación de la Comisión del año 2007 ya citada sobre la aplicación del Reglamento 793/2004 pone de manifiesto que, aunque los Estados miembros no han impuesto sanciones por este motivo, la sola existencia de dicho régimen sancionador ha generado una mayor diligencia por parte de las compañías aéreas a la hora de ejercer tales derechos. El Real Decreto-ley 15/2001, de 2 de noviembre, llevó a cabo la regulación del régimen sancionador en materia de *slot* en nuestro país, regulación que quedó derogada y sustituida por la efectuada mediante Ley 21/2003, de 8 de julio, de Seguridad Aérea. En concreto, el artículo 49 de la citada Ley tipifica las infracciones en relación con la coordinación de los aeropuertos y la utilización de las franjas horarias.

³² La reforma suprime la posibilidad de reserva para los denominados servicios regionales y lo circunscribe únicamente a los supuestos de existencia de obligaciones de servicio público.

En primer lugar, la previsión lo que trata de garantizar es que en los aeropuertos coordinados, es decir, los puntos clave de la red con problemas de congestión aeroportuaria, se consigan esos derechos. Como los *slots* se necesitan en cada uno de los aeropuertos que definen la ruta aérea, de nada serviría la existencia de esas obligaciones si después no se obtienen tales derechos en los aeropuertos principales para su conexión con las zonas desfavorecidas, distantes o con problemas de conexiones.

Ahora bien, la medida comentada se configura como una mera posibilidad por parte del Estado miembro del aeropuerto coordinado (*«podrán»*, señala la norma). De esta manera se generan dos consecuencias. De una parte, una amplia discrecionalidad en manos de las autoridades aeroportuarias para dar efectividad a esta medida. De otra parte, puede frustrar la finalidad perseguida con las obligaciones de servicio público en esa concreta ruta aérea. Contra ello pretendió reaccionar el Parlamento europeo presentando una enmienda que perseguía cambiar ese carácter potestativo por otro imperativo (*«deberán»*). Sin embargo, el alcance real de dicha enmienda era nulo, ya que, si bien proponía la modificación de naturaleza, al mismo tiempo limitaba sus efectos a los *slots* existentes en el fondo de reserva de franjas horarias. Con ello no se aseguraba el acceso a aquellos derechos, dado el reducido número y calidad de los existentes en ese fondo. En cualquier caso, la aceptación de la enmienda hubiera generado más consecuencias negativas para la efectividad de las obligaciones de servicio público.

El verdadero cambio hubiera sido establecer el carácter imperativo de la reserva cuando existan rutas sometidas a obligaciones de servicio público sin vinculación con el fondo de reserva. Puede resultar un tanto contradictorio que un Estado que somete una ruta a este tipo de obligaciones después no adopte todas las medidas necesarias para garantizar la efectividad de sus propios actos, en este caso, asegurando la reserva de *slots* necesarios para que los servicios aéreos puedan desarrollarse en esa ruta. Está claro que con el rechazo de la enmienda del Parlamento europeo la Comisión no quiso establecer el carácter imperativo, dejándolo en manos de lo que decida cada Estado miembro. Ahora bien, la

razonabilidad es un principio jurídico que obliga a mantener un comportamiento coherente en la actuación del poder público³³. Este razonamiento resulta evidente cuando los aeropuertos implicados pertenezcan al mismo Estado miembro. En el caso de que el otro aeropuerto pertenezca a otro Estado, si la fase de consulta previa a la imposición de las obligaciones se realiza con rigor, también podría defenderse la garantía de estos derechos. Sea como fuere, la Comisión no quiso defender la imperatividad de la reserva de estos derechos para las obligaciones de servicio público, dado que con ello también puede alterar las reglas para servicios que se prestan en competencia.

En algunos de los acuerdos por los que se han impuesto obligaciones de servicio público, al menos al amparo del derogado Reglamento (CEE) 2408/92, se hacen referencias al artículo 9 del Reglamento 95/93, que prevé la posibilidad de reserva de *slots* para esas rutas. La forma de hacerlo difiere. En unos casos se recuerda la disposición normativa, es decir, la posibilidad de que se reserven dichas frecuencias horarias³⁴. En otros se adelanta que se han solicitado dichos derechos del coordinador y se advierte que el cumplimiento de los horarios es «a condición de que se pueda disponer de las franjas horarias correspondientes»³⁵. Aunque en algún caso se da la circunstancia, menos frecuente, que se indi-

³³ Sobre el principio de razonabilidad aplicado al legislador, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.

³⁴ En este sentido, la fórmula utilizada es la siguiente: «Con arreglo al artículo 9 del Reglamento (CE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias aeroportuarias en los aeropuertos comunitarios, modificado por el Reglamento (CE) 793/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, los organismos competentes podrán reservar franjas horarias para la prestación de los servicios conforme a las modalidades previstas en el presente documento», Comunicación de la Comisión sobre imposición por Italia de obligaciones de servicio público a los servicios aéreos regulares interiores (2007/C 228/04), en la ruta aérea Cuneo Levaldigi-Roma Fiumicino y viceversa, DOUE de 28-9-2007.

³⁵ Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión sobre imposición de obligaciones de servicio público con arreglo al Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo relativas a servicios aéreos regulares dentro de Alemania (2007/C 149/07), en la ruta aérea entre Erfurt y Múnich, DOUE de 3-7-2007.

que expresamente que algunas franjas horarias están reservadas. Así se ha hecho en algún anuncio en los siguientes términos:

«Cabe indicar que algunas franjas horarias están reservadas en el aeropuerto de París (Orly)-Lannion, en virtud del artículo 9 del Reglamento (CEE) n.º 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios. Las compañías aéreas interesadas podrán solicitar información sobre las franjas horarias al coordinador de los aeropuertos parisinos»³⁶.

La derogación del Reglamento (CEE) 2408/92 y su sustitución por el Reglamento (CE) 1008/2008 ha modificado la información a publicar en el DOUE, debiendo estar ahora a la proporcionada por cada Estado miembro a través de los medios internos que establezcan, tanto sobre este extremo como otros³⁷. En definitiva, la complejidad del sistema de imposición de las obligaciones de servicio público en una ruta aérea al final queda condicionado por un elemento operativo en el funcionamiento de los aeropuertos, por una cuestión técnica que puede llegar a frustrar el juicio de esencialidad que encierra la declaración de aquellas obligaciones.

2.3. Licitación pública ante insuficiencia de slots en rutas con obligaciones de servicio público: un supuesto complementario

La normativa comunitaria reguladora de las franjas horarias introduce un supuesto específico para recurrir a la licitación de la ruta que complementa el que ya se analizó. De darse una inexistencia de operadores aéreos que asuman las obligaciones de

³⁶ Comunicación de la Comisión sobre obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares del interior de Francia (2002/C 298/08), en la ruta aérea Lannion-París (Orly), DOUE de 30-11-2002.

³⁷ *Vid.* cap. 1.

servicio público impuestas en una determinada ruta, el Estado miembro puede licitar a nivel comunitario la adjudicación de un contrato que otorga un derecho de explotación en exclusiva para esa ruta. Éste es el acto de poder público para encomendar la prestación de este servicio de interés económico general, según se explicó³⁸. El supuesto que ahora se comenta parte de una realidad diferente al que, de manera normal, se exige para recurrir al contrato como mecanismo de atribución de este servicio de interés económico general, en concreto³⁹:

«En caso de que más de una compañía aérea comunitaria esté interesada en prestar servicios en dicha ruta aérea (sometida a obligaciones de servicio público) y no haya podido obtener franjas horarias situadas dentro de un margen de una hora antes o después de los horarios solicitados al coordinador, se recurrirá a los procedimientos de licitación establecidos en las letras d) a g) y en la letra i) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE), n.º 2408/92 para la utilización de las franjas horarias mencionadas en el apartado 1».

Con carácter previo deben realizarse dos puntualizaciones: a) la ruta aérea a que se refiere dicho precepto es aquella que está sometida a obligaciones de servicio público, y b) la mención al derogado Reglamento (CEE) 2408/92 es hoy a los artículos 16 y 17 del Reglamento (CE) 1008/2008.

La diferencia de presupuestos de hecho es clara: en el Reglamento (CE) 1008/2008 para acudir a la adjudicación del contrato mediante licitación debe darse una inexistencia de servicios; ninguna empresa aérea está interesada en explotar dichos servicios aéreos, de ahí que se recurra al contrato para adjudicar el derecho de explotación en exclusiva con la eventual compensación económica. En cambio, la situación descrita en el Reglamento (CE) 95/93 es otra diferente. Ahora, varias compañías aéreas están interesadas en prestar sus servicios en la ruta sometida a obligaciones de servicio público, sin embargo, no existen slots

³⁸ Vid. cap. 3.

³⁹ Artículo 9.2 del Reglamento (CE) 95/93.

suficientes para satisfacer la demanda de las compañías interesadas. Hay compañías aéreas, pero no *slots* para todas ellas. Para solventar este problema se recurre, igualmente, a la licitación comunitaria para adjudicar el contrato, lo que permitirá explotar en exclusiva esa ruta aérea con su correspondiente franja horaria. La licitación no sólo consigue la explotación en exclusiva de la ruta, sino que lo hace con su correspondiente *slot*.

Todo ello dentro de un contexto limitado de existencia de franjas horarias: se trata del acceso a unas franjas horarias reservadas por el coordinador para la explotación de las rutas aéreas sometidas a obligaciones de servicio público, pero insuficientes para satisfacer la demanda de todas las compañías interesadas. Además, dentro de unos parámetros temporales concretos, en particular, *«dentro del margen de una hora antes o después de los horarios solicitados al coordinador» «para la utilización de las franjas horarias mencionadas en el apartado 1»* (las reservadas para obligaciones de servicio público). En definitiva, los elementos a destacar son los siguientes:

a) Existe un aeropuerto coordinado que ha reservado unas franjas aéreas para rutas sometidas a obligaciones de servicio público.

b) Varias compañías aéreas están interesadas en prestar sus servicios en dichas rutas.

c) Dentro de ese contexto de reserva, el coordinador no puede otorgar *slots* dentro de un margen de una hora antes o después de los horarios que las compañías aéreas le han solicitado para esa ruta con obligaciones de servicio público.

d) Se licita la ruta aérea con su correspondiente *slot* para otorgar la explotación en exclusiva de la misma, todo ello mediante los requisitos generales previstos en el Reglamento (CE) 1008/2008 que fueron analizados en el capítulo tercero.

Lo que cambia en este caso es el presupuesto de hecho determinante para recurrir al contrato. Los requisitos del mismo y los de la licitación previa que debe seguirse se someten a las previsiones ya estudiadas del Reglamento (CE) 1008/2008. De esta

forma se completa el cuadro en que procede la licitación para adjudicar al contrato:

a) Como consecuencia de la inexistencia de operadores aéreos en dicha ruta con obligaciones de servicio público.

b) Ante la pluralidad de interesados, cuando sus demandas no son cubiertas por la disponibilidad de *slots* en un aeropuerto coordinado para las rutas con obligaciones de servicio público.

El resultado final en ambos casos es el mismo: la atribución mediante un acto del poder público de un servicio de interés económico general para esa ruta aérea.

2.4. Neutralización del pase al fondo de reserva

La presencia de las obligaciones de servicio público afecta también al funcionamiento del denominado fondo de reserva. El principio «úsalo o piérdelo» (*use it or lose it*) que caracteriza el proceso de asignación de estos derechos, al que se hizo referencia con anterioridad, exige que el transportista aéreo utilice estos derechos en un porcentaje determinado (el 80%), debiendo acreditarlo para que se le puedan asignar de nuevo en la temporada siguiente. Si no puede demostrar ese uso, el transportista perderá las franjas que constituyan la serie para la siguiente temporada, ingresando éstas en el denominado fondo de reserva de franjas horarias para su reasignación entre los operadores que lo soliciten.

No obstante, la rigidez de la norma se suaviza al permitir que el transportista pueda esgrimir una serie de causas que le permitan justificar un porcentaje inferior de uso sin perder el derecho a la asignación en la temporada siguiente⁴⁰. Se trata de circunstancias que afectan al uso de dichas franjas horarias y que escapan a la voluntad de la compañía aérea. Esa falta de culpabilidad se pone de manifiesto en las expresiones utilizadas por la normativa, tales como «*circunstancias imprevisibles e inevitables*» o que le

⁴⁰ Artículo 10.4 del Reglamento (CE) 95/93.

«resulte práctica o técnicamente imposible efectuar sus operaciones». Algunas tienen que ver con el propio funcionamiento de los aeropuertos debido al cierre del mismo o del espacio aéreo, o a las alteraciones graves de las operaciones producidas en un aeropuerto que inciden en el funcionamiento de otro. También por acciones que van encaminadas a paralizar dichos servicios, supuesto en el que puede encuadrarse una situación de huelga. Incluso situaciones financieras graves de la compañía que la obligue a realizar una reestructuración financiera. Todas ellas justificarían un nivel inferior de uso sin originar la pérdida de estos singulares derechos.

Junto a dichas causas, la reforma del Reglamento (CE) 95/93 llevada a cabo por el Reglamento (CE) 793/2004 introdujo una nueva que tiene que ver con las obligaciones de servicio público. En concreto afecta a la existencia de acciones judiciales con motivo de la aplicación del artículo 9, es decir, el que prevé la reserva de franjas horarias en aeropuertos coordinados para rutas sometidas a obligaciones de servicio público que supongan una suspensión temporal de las operaciones en dicha ruta⁴¹.

Esta nueva causa se introdujo tardíamente en el proceso de elaboración de la reforma. Ni se encontraba en la normativa anterior ni tampoco aparecía en la propuesta inicial de la reforma efectuada por el Reglamento (CE) 793/2004⁴². Tampoco fue introducida por una enmienda del Parlamento europeo, ni siquiera existía en la propuesta modificada⁴³. En cualquier caso, aparece por primera vez en la Posición Común n.º 22/2004, de 19 de febrero, permaneciendo así hasta su aprobación efectiva. En cuanto a los elementos configuradores de su aplicación, se pueden destacar los siguientes:

- a) La existencia de un proceso judicial.
- b) El objeto de dicho proceso debe versar sobre la aplicación del artículo 9 del Reglamento (CE) 95/93. Ello tendrá que

⁴¹ Artículo 10.4, letra d), del Reglamento (CE) 95/93.

⁴² COM (2001) 335 final.

⁴³ COM (2002) 623 final.

ver, esencialmente, con la posible asignación indebida de tales derechos por parte del coordinador a favor de alguna compañía aérea en contra de los intereses de otra.

c) La falta de uso debe traer causa precisamente de la existencia de dicho proceso. Ello apunta a la posible suspensión cautelar de la asignación del *slot* y, con ello, a la posibilidad de prestar sus servicios en esa ruta. En cualquier caso, existe una vinculación entre la paralización de las actividades y ese concreto pleito.

A la vista de dicha configuración, está por ver si los tribunales darán más preferencia al operador lesionado en el proceso de asignación de *slot* o al gestor del servicio en dicha ruta. En ambas situaciones concurren intereses públicos a proteger: la competencia en el primer caso; la propia existencia de esos servicios y los derechos de los usuarios en el segundo⁴⁴. Porque, incluso en el caso de la indebida asignación y existencia de mejor derecho en el demandante, lo cierto es que la existencia de las obligaciones de servicio público en dicha ruta son incuestionables. Dar la razón al demandante (el que con mejor derecho no ha obtenido el *slot*) protege la libre competencia en la prestación del servicio; mantener el servicio, la propia existencia de las obligaciones de servicio público en esa ruta. Sea como fuere, de acordarse aquella suspensión, el operador aéreo tiene una causa de justificación para mantener aquellos derechos en el supuesto de que sus pretensiones sean reconocidas por los tribunales.

3. **La incidencia negativa de las tasas aeroportuarias sobre la finalidad de servicio público**

3.1. **Status questionis: sobrecoste del precio final**

Entre las finalidades buscadas por el Reglamento (CE) 1008/2008 es que todos los conceptos que deba pagar el pasaje-

⁴⁴ Sobre la técnica de ponderación de intereses públicos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.², *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ro tengan su reflejo en el precio final. El artículo 12 de la citada norma es claro al respecto: las tarifas, fletes, impuestos, tasas de aeropuerto, así como otros cánones, recargos o derechos, tales como los relacionados con la seguridad extrínseca o el combustible, deben comunicarse al usuario de una manera clara y transparente al final del proceso de reserva, cualquiera que sea el medio utilizado (por ejemplo, a través de Internet).

En el caso de las tarifas como obligación de servicio público, una parte de las tasas aeroportuarias, acepción utilizada en sentido amplio⁴⁵, se incorporan a la estructura de la propia tarifa, mientras que otras quedan fuera de la misma y se liquidan aparte. Así se pone de manifiesto en los diferentes Acuerdos por los que se imponen aquellas obligaciones en nuestro país: *«la tarifa incluye, también, la remuneración y las condiciones ofrecidas a las agencias y, en su caso, el cargo por emisión de billete registrado ante la Dirección General de Aviación Civil, así como las tasas e impuestos con excepción de la tasa por el uso de las infraestructuras y la tasa de seguridad»*.

⁴⁵ El Derecho comunitario diferencia las tasas aeroportuarias en sentido estricto de las tasas derivadas por la prestación de servicios de la navegación aérea y por la prestación de servicios de asistencia en tierra, cada una de ellas con su propia normativa. Las tasas aeroportuarias se regulan en la Directiva 2009/12/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias; las derivadas por la prestación de servicios de navegación aérea en el Reglamento (CE) 1794/2006 de la Comisión, de 6 de diciembre de 2006, por el que se establece un sistema común de tarificación de los servicios de navegación aérea. Y los servicios de asistencia en tierra en la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativo al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad. A ello se suma las tasas percibidas para financiar la asistencia a pasajeros discapacitados y pasajeros con movilidad reducida reguladas en el Reglamento (CE) 1107/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

En sentido estricto para el Derecho comunitario se entiende por tasa aeroportuaria «toda exacción percibida en beneficio de la entidad gestora del aeropuerto y a cargo de los usuarios del aeropuerto, abonada a cambio del uso de las instalaciones y los servicios prestados exclusivamente por la entidad gestora del aeropuerto y relacionados con el aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de aeronaves y el tratamiento de los pasajeros y la carga» (art. 2.5 de la Directiva 2009/12/CE citada).

De este modo, «el precio final del contrato de transporte, incluirá desglosado los siguientes conceptos: el precio de la tarifa, la tasa por el uso de las infraestructuras y la tasa de seguridad»⁴⁶.

En el supuesto de que existan modificaciones en las tasas de aterrizaje, aproximación o la tarifa por el uso de la red de ayuda a la navegación aérea en la Ley de Presupuestos Generales del Estado o en su normativa específica, «se trasladarán a la tarifa, ponderando dicha variaciones hasta un máximo de un 3% de participación en la estructura de costes para cada uno de los tres conceptos anteriores»⁴⁷.

Asimismo, en coherencia con esa configuración restrictiva, la normativa sobre compensación por razón de residencia excluye la posibilidad de que sean compensadas las tasas por el uso de infraestructura y la de seguridad⁴⁸. De ello deriva la siguiente situación:

— Dentro de la tarifa como obligación de servicio público quedan incorporadas, entre otras, las tasas de aterrizaje, aproxima-

⁴⁶ Acuerdos por los que se imponen obligaciones de servicio público en nuestro país ya citados. En relación con los costes motivados por los servicios de navegación aérea el Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, recoge en su Exposición de Motivos una crítica al elevado sobre coste derivado del alto salario de los controladores aéreos: «La Dirección General de Aviación Civil ha puesto de manifiesto que los actuales costes de navegación aérea de AENA son los más elevados del entorno europeo. Los informes emitidos por dicho centro directivo señalan una paulatina desviación de las magnitudes económicas de AENA, que se viene traduciendo en un continuo incremento de los costes de prestación del servicio, en una baja productividad por controlador y en el incremento desmedido de los costes de estos empleados públicos en comparación con los restantes controladores europeos, hasta hacer de la tarifa nacional que se cobra a las compañías aéreas la más cara de Europa, y del coste por hora por controlador aéreo, el más caro del continente».

⁴⁷ Acuerdos por los que se imponen obligaciones de servicio público en nuestro país ya citados.

⁴⁸ Artículo 2.4 del Real Decreto 1316/2001, de 30 de noviembre, por el que se regula la bonificación en las tarifas de los servicios regulares de transporte aéreo y marítimo para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y las Illes Balears y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

ción y por el uso de la red de ayuda a la navegación aérea. Las variaciones de estas tasas se trasladan a la tarifa con un máximo del 3%.

— Quedan fuera de la estructura de la tarifa como obligación de servicio público, abonándose separadamente, la tasa por el uso de la infraestructura aeroportuaria y la tasa de seguridad.

— La tasa por el uso de las infraestructuras y la tasa de seguridad no son objeto de compensación por razón de residencia.

En consecuencia, la tarifa aprobada administrativamente como obligación de servicio público se ve incrementada por las tasas aeroportuarias, ya sea como parte de su contenido o como una cuantía separada a abonar por el pasajero.

El resultado es un encarecimiento del precio final a pagar para el pasajero en las rutas sometidas a obligaciones de servicio público; sobrecoste que, además, no es compensado por razón de residencia. El Estado aparece actuando como el *Dr. Jekyll* y *Mr. Hyde*: de una parte, considera que existe una necesidad pública a satisfacer y limita el precio para que el mercado no la determine, reconociendo, en su caso, una compensación por razón de residencia; de otra parte, contribuye al encarecimiento del precio final exigiendo el pago de las tasas aeroportuarias. Limita el precio que el operador privado puede percibir, pero no deja de recaudar y encarecer el precio final en las rutas aéreas.

Tampoco se explica el por qué determinadas tasas quedan fuera de la tarifa ni los motivos que le llevan a excluir de la compensación por razón de residencia alguna de ellas, como las de uso de la infraestructura y la de seguridad. Al fin y al cabo, todos son costes a los que debe hacer frente el pasajero de una ruta sometida a tales obligaciones o, aunque éstas no existan, por razón de las especiales dificultades de movilidad que supone su lugar de residencia, como es el caso de los archipiélagos.

3.2. *El restablecimiento del interés público: otra vez el Derecho comunitario*

Carece de fundamento encarecer las rutas sometidas a obligaciones de servicio público sumando las tasas aeroportuarias. Se

entorpece la realización del fin público que aquellas obligaciones representan por otras decisiones igualmente públicas. No tiene sentido limitar la competencia en la determinación de las tarifas para hacer el transporte accesible a todos y, al mismo tiempo, gravar aquélla con los costes por diversas tasas aeroportuarias. Máxime cuando el propio Derecho comunitario permite modularlas por motivos de interés público, tal y como el que satisfacen las obligaciones de servicio público⁴⁹.

Resulta jurídicamente posible y coherente excluir las tasas cuando concurren obligaciones de servicio público. Es más, aunque no existieran, podría venir justificado por razones constitucionales (insularidad) o comunitarias (regiones ultraperiféricas).

O bien se excluyen o bien se compensan; si verdaderamente se quiere contribuir a conseguir el objetivo perseguido, la accesibilidad adecuada a unos servicios aéreos en determinadas rutas, no cabe otro camino.

En íntima conexión con lo expuesto, carecería igualmente de sentido limitar la compensación a un determinado nivel o porcentaje, dado que el objetivo perseguido es asegurar la movilidad de las personas que residen en zonas donde el acceso por vía aérea se convierte en esencial para garantizar su libertad de movimientos de forma real y efectiva. Son ayudas sociales compatibles con el Derecho comunitario no subvenciones, donde puede tener sentido la limitación. No se puede tratar en consecuencia como subvención de fomento lo que es una ayuda social.

En definitiva, el poder público no puede exigir que los operadores privados limiten su ganancia, mientras él no renuncia a su afán recaudador; no es coherente. De lo contrario, seguirá siendo muy gravoso para los ciudadanos de determinados territorios acceder a tales servicios aéreos, resultando el establecimiento de las obligaciones de servicio público un simple adorno.

⁴⁹ Artículo 3 de la Directiva 2009/12/CE, sobre tasas aeroportuarias.

4. Un aspecto complementario: la posible configuración de los aeropuertos como servicio de interés económico general

4.1. *Autonomía de la calificación respecto del transporte aéreo y ámbito*

Aparte de las incidencias que la normativa aeroportuaria puede generar sobre las rutas declaradas servicio público en temas tales como la financiación de nuevas rutas, la posición destacada de los aeropuertos regionales, los *slots* o las tasas aeroportuarias, la explicación quedaría incompleta si no se hiciera referencia a la posibilidad de configurar la propia gestión aeroportuaria como un servicio de interés económico general al objeto de establecer obligaciones de servicio público. De esta manera, tales obligaciones se pueden proyectar no sólo sobre la actividad o servicios aéreos, sino también sobre la gestión de la infraestructura que le sirve de soporte.

La gestión de los aeropuertos constituye un mercado diferente al del transporte aéreo aunque sea indispensable para la realización del mismo. Se trata de actividades en donde el gestor aeroportuario *«se limita a la gestión de las instalaciones aeroportuarias y a la determinación de las condiciones de acceso a dichas instalaciones. Estas actividades no implican la prestación de servicios de transporte aéreo..., sino a la definición de las condiciones de acceso a actividades situadas en una fase anterior al mercado del transporte aéreo»*⁵⁰. Cada una de ellas, aeropuertos y transporte aéreo, cumplen sus propias misiones de interés general, así que cada una de ellas puede ser configurada separadamente como un servicio de interés general.

La posibilidad de establecer obligaciones de servicio público en determinados aeropuertos viene reconocida por la jurisprudencia.

⁵⁰ STPI de 12 de diciembre de 2000, caso *Aéroports de Paris*, asunto T-128/98, apartados 52 y 57, confirmada por la STJUE de 24 de octubre de 2002.

dencia comunitaria⁵¹ y algunos documentos comunitarios, como las Directrices sobre financiación de los aeropuertos⁵²:

«Algunas actividades realizadas por los aeropuertos pueden ser consideradas constitutivas de un servicio de interés general por las autoridades competentes. Entonces, la autoridad impone al gestor del aeropuerto obligaciones de servicio público que garanticen una adecuada gestión del interés general. En tales circunstancias, las autoridades pueden compensar a la empresa explotadora del aeropuerto por los costes adicionales generados por la obligación de servicio público»⁵³.

Para que la medida pueda ser adoptada, aparte de los requisitos generales exigidos a este tipo de servicios, debe tratarse de aeropuertos regionales y, en principio, se debe circunscribir a los servicios básicos de dicho aeropuerto.

⁵¹ En este sentido la Sentencia citada en la nota anterior, aunque no se pronuncia expresamente en el caso, no cierra esta posibilidad. En particular se afirma por el TPI que «el artículo 90, apartado 2 del Tratado debe interpretarse restrictivamente y que sólo puede aplicarse si se cumplen dos requisitos, por una parte, que los poderes públicos hayan confiado a la empresa la gestión de un servicio económico de interés general y, por otra parte, que la aplicación de las normas del Tratado obstaculice el cumplimiento de las misión específica confiada a dicha empresa y que el interés de la Comunidad no resulte afectado (Sentencia *Mercé convenzionali porto de Genova*, antes citada, apartado 26).

Sin que sea preciso pronunciarse sobre la cuestión de si las actividades litigiosas constituyen un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 90, apartado 2 del Tratado, basta con señalar que, en cualquier caso, el demandante no ha demostrado en qué medida la Decisión impugnada le impediría ejercer su misión de servicio público, ni que la aplicación de las normas de competencia pueda obstaculizar el cumplimiento de la misma» (apartado 227).

⁵² Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y ayudas de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, Comunicación de la Comisión 2005/C 312/CE. En la misma línea, la Comunicación de la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (2005/842/CE).

⁵³ Apartado 34 de las Directrices sobre financiación de los aeropuertos citada.

Respecto del primer aspecto, la presencia de un aeropuerto regional vuelve a ser un elemento determinante para la compatibilidad de la solución con las normas del Tratado, sobre todo al objeto de permitir su financiación. Se entiende que las aportaciones a este tipo de aeropuertos no falsean la competencia. Por este motivo tales aportaciones, en coherencia con la doctrina *Altmark*, no se consideran ayudas de Estado y son compatibles con el Tratado, exonerándolas del deber de notificación a la Comisión⁵⁴.

En cuanto a los servicios a los que afecta, se considera excepcional que todas las actividades desarrolladas por el aeropuerto sean configuradas como servicio de interés económico general. En consecuencia, con carácter general, dicha calificación sólo afectará a las actividades que sean básicas. No podrá abarcar a las denominadas actividades comerciales que no se encuentren directamente relacionadas con las básicas⁵⁵.

Se entiende que son actividades básicas la construcción de infraestructuras y equipos aeroportuarios, tales como pistas, terminales, plataformas, torres de control aéreo, así como las de apoyo directo (instalaciones contra incendio, seguridad o protección). También están dentro de este grupo la explotación de la infraestructura, incluido el mantenimiento y la gestión de infraestructuras aeroportuarias. E, igualmente, la prestación de servicios aeroportuarios, tales como el *handling*, los servicios de lucha contra incendios, urgencias o seguridad.

Por el contrario, no se consideran como básicos los servicios comerciales, salvo que exista una relación directa con los servicios básicos. Esto excluye la construcción, financiación, explotación y alquiler de espacios e bienes inmuebles para oficinas, almacenes, empresas industriales, hoteles, tiendas, restaurantes o aparcamientos.

⁵⁴ En cambio, para los aeropuertos que no sean regionales tales aportaciones se considerarán, con carácter general, ayudas de Estado incompatibles con el Tratado por falsear o distorsionar la competencia.

⁵⁵ Apartados 3.2.2 y 4 de las Directrices citadas.

La Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, ya citada, incluye dentro de su ámbito de aplicación las compensaciones por servicio público de aeropuertos (y puertos) cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó la condición de servicio de interés económico general no hubiere superado los 300.000 pasajeros.

Lo expuesto puede sintetizarse en las siguientes ideas:

a) Los aeropuertos regionales se pueden configurar como servicio de interés económico general. Su financiación no se considerará ayuda de Estado y está exenta de notificación.

b) Esta calificación se proyecta, en principio, sólo sobre un grupo de actividades básicas. Excepcionalmente, se puede extender aquella calificación a la totalidad de las actividades realizadas por el gestor aeroportuario.

c) Las actividades comerciales desarrolladas por el aeropuerto quedan fuera del ámbito del servicio de interés económico general, salvo que estén íntimamente relacionadas con las actividades básicas.

d) Para que las compensaciones no sean consideradas ayudas de Estado exentas de notificación no se debe superar un determinado umbral de pasajeros.

4.2. *Relación con las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*

Tratándose de mercados diferentes y satisfaciendo misiones de interés general distintas, cada uno de estos servicios guarda autonomía respecto al otro. De esta manera, la existencia de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo no prejuzga su existencia en las actividades aeroportuarias desarrolladas por el aeropuerto a partir del cual se define una determinada ruta aérea, y viceversa, el establecimiento de obligaciones de servicio público en algunas de las actividades aeroportuarias tampoco implica la existencia de aquéllas sobre el transporte aéreo servido a partir de ese aeropuerto.

Pese a ello, tampoco puede perderse de vista que los aeropuertos por sí mismos, en términos generales, no son el elemento esencial a la hora de atraer tráfico aéreo: ello depende de su ubicación y de circunstancias muchas veces ajenas a la política aeroportuaria, como, por ejemplo, el desarrollo turístico de una determinada zona. La fortaleza o debilidad del tráfico aéreo que reciben son en realidad los factores que determinan su importancia en términos económicos. Por tal motivo, debe recordarse que algunos aeropuertos regionales sobreviven gracias a la existencia de rutas con obligaciones de servicio público: sin ese tráfico prácticamente no tendrían relevancia. Por otra parte, tal y como se ha señalado, existe una desconexión entre política aeroportuaria y la existencia de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo, que ha perjudicado a estas últimas. Así se aprecia, por ejemplo, en los *slots* y en las tasas aeroportuarias.

Posiblemente, el establecimiento de obligaciones de servicio público en la gestión aeroportuaria pueda, en algunos casos, mejorar la prestación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo, al quedar compensados los costes por el funcionamiento del aeropuerto. Ello no será una solución general aplicable a todos los supuestos, pero podrá combinarse en algunas situaciones repercutiendo favorablemente en el transporte aéreo, especialmente cuando existan aquellas obligaciones. Al fin y al cabo se trata de obtener una prestación de transporte aéreo a un precio asequible y todo lo que sea reducir los costes favorecerá esa finalidad; costes que no dependen en exclusiva del transporte aéreo, sino que derivan del funcionamiento de la infraestructura que le sirve de soporte.

5. Valoración del sistema

La normativa y la política aeroportuaria inciden claramente en la aplicación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo.

Lo hace desde el momento en que se impone en una ruta definida por dos de estas infraestructuras. La desaparición formal

del concepto de aeropuerto regional vendría a reforzar su aplicación, no circunscrita a este tipo de aeropuertos. Su radio de acción territorial sería más amplio. La razón de ello es no limitar el crecimiento económico y social de una región o zona desfavorecida, que realmente es lo importante. Que se apliquen allí donde es necesario, independientemente de la calificación de los aeropuertos.

En cualquier caso, la supresión formal de la referencia a los aeropuertos regionales no va a restarle importancia. Desde el punto de vista práctico será en este tipo de aeropuertos donde con mayor frecuencia puedan aparecer esta clase de obligaciones. Así será, pero ello no actúa como un elemento necesario de la definición de la ruta aérea.

Por otra parte, está claro que en este tipo de aeropuertos pueden plantearse tensiones a la hora de aplicar un régimen público que beneficia a unos operadores sobre otros, al menos teóricamente. Así funcionan tanto las obligaciones de servicio público como las ayudas de puesta en marcha. La posición de la Comisión europea ha sido bastante cautelosa, proclamando la incompatibilidad de ambas ayudas. Esta posición puede entenderse al estar en presencia de unas herramientas jurídicas que otorgan una posición privilegiada a unos empresarios. Sin embargo, tal y como se propone, es posible que en algunas ocasiones, bajo un análisis de caso por caso, se puede llegar a compatibilizar la presencia en un mismo aeropuerto regional de rutas sometidas a obligaciones de servicio público y otras funcionando como ayudas de puesta en marcha. Esto no está excluido por la normativa y debe buscarse la máxima potenciación cuando fuera necesario para el desarrollo económico-social de una determinada zona. Se han proporcionado elementos que permiten esa convivencia, sin llegar a poner en riesgo el funcionamiento del mercado.

En otros casos se aprecia una actitud contradictoria por parte del poder público. Ello se pone de relieve, fundamentalmente, en dos cuestiones: los *slots* y las tasas aeroportuarias.

El tema de los *slots* afectos a las obligaciones de servicio público está mal resuelto normativamente. El sistema se basa en la

bondad de las autoridades aeroportuarias para con aquellas obligaciones, al mismo tiempo que no se quiere tocar la regla del *grandfather rights*, erigida en el centro del sistema incluso en este supuesto. En otras palabras, en una situación de congestión si una empresa tiene sus *slots* para prestar sus servicios, la imposición de las citadas obligaciones en una ruta no alterará aquellos derechos. En otro mercado, la normativa prevería una posible expropiación de los derechos cuando ello fuera necesario para desarrollar el interés público, tal y como sucedió en otros ámbitos a favor de operadores privados que desarrollan ese interés público. Ello es posible desde la perspectiva jurídica a nivel interno, pero ni se valora porque en realidad no interesa al funcionamiento del sistema aéreo y sus operadores.

Respecto de las tasas aeroportuarias en unos casos gravan innecesariamente las tarifas de servicio público; en otros, se excluyen de la compensación por residencia. En ambos supuestos son medidas públicas que distorsionan claramente la finalidad pública que se persigue: el acceso a unos servicios aéreos adecuados en determinadas zonas. Es más coherente con el Derecho constitucional y comunitario su eliminación o compensación para esas rutas esenciales que mantener su situación actual. De ello depende un acceso real y afectivo a aquellos servicios aéreos.

El establecimiento de obligaciones de servicio público en la gestión aeroportuaria, en algunos casos puede repercutir favorablemente en una mejora en la prestación del transporte aéreo, sobre todo compensando y reduciendo los costes que se repercuten sobre el mismo. Sea esa u otra la vía a seguir, el mero establecimiento de obligaciones de servicio público en el transporte aéreo no garantiza por sí mismo una mejora en el acceso a servicios aéreos a un precio asequible si no va acompañado de medidas que actúen sobre la forma de gestionar los aeropuertos.

Epílogo

Diez principios rectores de las obligaciones de servicio público

1. Categoría de Derecho comunitario

Toda institución comunitaria se define a partir del propio Derecho comunitario y las obligaciones de servicio público no son una excepción a esta regla. Es una expresión más del carácter autónomo del Derecho comunitario, principio proclamado tempranamente por la jurisprudencia (por ejemplo, Sentencia *Van Gend en Loos* de 1963). Es así que los perfiles de esta institución se han ido decantando a partir sobre todo de la jurisprudencia comunitaria y de la práctica de la Comisión europea. Es cierto que existen elementos que coinciden con la teoría del servicio público, como, por ejemplo, la esencialidad de la prestación o la continuidad y regularidad en su funcionamiento. Sin embargo, aun existiendo dichas coincidencias, no puede olvidarse que su configuración deriva del propio Derecho y jurisprudencia comunitarias y no del Derecho interno de los Estados. La calificación como servicio de interés económico general que realicen los Estados a través de su legislación no vincula ni condiciona su examen a la luz del Derecho comunitario. En otras palabras, lo que un Estado pueda entender como tal servicio puede que no supere el test comunitario de los mismos. En esencia, para que tales actividades puedan ser consideradas como servicios de interés económico general deben reunir una serie de requisitos:

En primer lugar, debe tratarse efectivamente de servicios de interés económico general. En consecuencia, se debe estar en presencia de actividades de naturaleza económica que tengan un interés general, quedando fuera las actividades no económicas o

las que impliquen el ejercicio de prerrogativas de poder público, así como las económicas que carezcan de un interés general.

En segundo lugar, el recurso a esta excepción a la libre competencia debe ser necesario y proporcional para cumplir la misión de servicio que se encomiende. Si existe otra medida menos restrictiva no podría recurrirse a su aplicación (requisito de necesidad).

En tercer lugar, debe existir un acto de poder público por el que se encomiende la gestión de dicho servicio. La forma que adopte dicho acto es irrelevante para el Derecho comunitario, adquiriendo un sentido puramente funcional. Puede tratarse de una disposición normativa (legal o reglamentaria), un contrato o un acto administrativo (concesión o autorización). Cualquiera que sea la forma que adopte dicho acto lo verdaderamente importante es que el poder público haya puesto esa responsabilidad en manos del gestor o gestores.

Por último, el desarrollo de los intercambios intracomunitarios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria a los intereses de la Comunidad. La medida debe tener una dimensión comunitaria. En este sentido, recordando lo dicho por la Sentencia *Altmark*, no cabe excluir *a priori* que una decisión de una entidad local o un ámbito geográfico reducido pueda llegar a tener dicha dimensión. Lo importante aquí no es el ámbito geográfico, sino la dimensión comunitaria de la actividad. La cobertura geográfica del servicio puede servir como indicio (por ejemplo, si la actividad cubre todo el ámbito nacional), pero no es lo determinante.

2. Esencialidad de la prestación

La actividad económica de que se trate tiene que ser esencial, tiene que ser portadora de un interés público que exija la presencia del poder público para que quede garantizada. Esto, como se sabe, no implica la gestión pública de la actividad, sino el establecimiento de un marco público de actuación a fin de tutelar

aquel interés (regulación). En principio, dicha satisfacción se confía a las fuerzas del mercado, a la libre iniciativa. Cuando el mercado no cubre dicha prestación es preciso el establecimiento de obligaciones de servicio público, obligaciones que los empresarios no asumirían si sólo valoraran su interés comercial. De ello se desprenden varias consecuencias:

a) No toda actividad esencial se puede configurar como un servicio de interés económico general, sino sólo las de naturaleza económica. Evidentemente, esto no significa que existan actividades no económicas que también sean esenciales. Lo son, pero no podrán configurarse como servicios de interés económico general. Para estas últimas se busca una expresión más amplia como es la de servicio de interés general.

b) La satisfacción de las actividades esenciales de naturaleza económica se confían en principio al mercado. Sólo cuando éste no garantiza la prestación, el poder público podrá imponer las obligaciones de servicio público.

c) Puede que los Estados miembros configuren actividades como esenciales a unos determinados efectos sin que, en todo caso, tal consideración permita encuadrarlos dentro de los servicios de interés económico general. Ello sucederá, por ejemplo, a los efectos de la limitación del derecho a la huelga. En este caso un Estado podrá definir una actividad como un servicio esencial al objeto de establecer servicios mínimos, aunque no sea un servicio de interés económico general. Así sucede, por ejemplo, con el control del tráfico aéreo configurado a nivel interno como servicio esencial, mientras que en el Derecho comunitario es una actividad que implica el ejercicio de prerrogativas de poder público. Puede decirse que, aunque en algunos casos puedan coincidir, la valoración de la esencialidad en cada caso guarda su propia autonomía.

3. Adaptabilidad y mutabilidad

Este requisito guarda una íntima relación con el anterior. Los motivos de interés general cambian, por tanto, la consideración

sobre lo que sea esencial en cada momento también. Esto se proyecta en dos direcciones. De una parte, respecto de las actividades en general, si son o no esenciales. De otra parte, en cuanto al establecimiento a un caso concreto del régimen de los servicios de interés económico general. En este último sentido cabe recordar lo que se ha expuesto para el transporte aéreo. No basta que el transporte aéreo pueda considerarse genéricamente una actividad esencial, sino que en el caso de imponer obligaciones de servicio público en una determinada ruta, también debe analizarse si en ese caso concreto es esencial para el desarrollo económico y social de una determinada región. En ese supuesto estará justificado establecer las obligaciones de servicio público.

Si el mercado logra recuperar su fortaleza y permite garantizar la prestación, ya no será necesario recurrir a esta técnica, permitiendo que la competencia dote a la colectividad de ese servicio. En tales circunstancias habrá de suprimir las obligaciones impuestas, en la medida que ya no serán necesarias.

4. Diversidad de regímenes

Es algo asumido y aceptado que aunque puedan existir puntos de coincidencia, no todos los servicios de interés económico general se conforman de igual manera. En unos casos se manifestará a través de obligaciones de servicio público (en el caso de los transportes, por ejemplo), pudiendo llegar a alcanzar en otros la categoría de servicio universal (telecomunicaciones o servicios postales), cuando la prestación adquiera las características de generalidad en cuanto a los usuarios. Es más, la Sentencia *BUPA* abre la vía a que puedan surgir otros regímenes igualmente válidos para canalizar los servicios de interés económico general, teniendo en cuenta la amplia discrecionalidad con la que cuentan los Estados miembros.

Todos los elementos del servicio estarán proporcionalmente vinculados con la misión de interés general a satisfacer en cada caso, diferentes en cada caso: las obligaciones de los gestores, los títulos habilitantes, los poderes de la Administración, los mecanis-

mos de financiación u otros privilegios, los derechos y obligaciones de los usuarios, entre otros.

Esa diferencia puede darse incluso dentro de un mismo sector. No se configuran exactamente igual el transporte aéreo, el marítimo o el transporte por carretera. Ello dependerá de la estructura de cada mercado, con sus singularidades o especialidades derivadas de su dinámica e historia, sin perjuicio de los puntos en común.

5. Protagonismo estatal

Los Estados miembros tienen un gran protagonismo en esta materia. Esto se manifiesta en dos ámbitos: a) su aplicación concreta cuando vienen previstos por el Derecho comunitario, y b) su definición cuando el Derecho comunitario no cuenta con previsión.

El Derecho comunitario puede definir en qué sectores pueden aparecer los servicios de interés económico general tal y como ha hecho en muchos casos (telecomunicaciones, transportes, energía, etc.). Incluso en estos supuestos su aplicación a un caso concreto exige una valoración de las circunstancias por parte de cada Estado. No basta que el Derecho señale que en las rutas aéreas o marítimas se pueden someter a obligaciones de servicio público, sino que se necesita una valoración y concreción de la necesidad concreta para aplicar dicha medida. El Derecho comunitario establece en esos casos los requisitos que deben cumplirse con carácter general para que pueda utilizarse esta técnica, requisitos que deben respetarse por los Estados en su aplicación concreta.

Pero ello no cierra la lista de los posibles supuestos en que tales actividades puedan considerarse como tales. En los ámbitos no definidos por el Derecho comunitario los Estados miembros cuentan con una gran discrecionalidad para establecer y definir misiones de interés general bajo este ropaje.

En uno y otro caso, es decir, sea definido por el Derecho comunitario como por el propio Estado, es evidente que el protagonismo de los Estados en la materia se mantiene. En ambos supuestos cabe el control posterior por la Comisión europea en primera instancia y por los Tribunales de Justicia si fuera necesario. Ese control, también sabemos, tiene distinto alcance. En el primer caso, los poderes de la Comisión en la aplicación del Derecho comunitario son bastante amplios; mientras que en el segundo supuesto (sin previa determinación comunitaria) aquellos poderes quedan limitados al control del denominado «*error manifiesto*».

6. Proporcionalidad

Este principio inspira todo el Derecho económico y, en consecuencia, no es extraño que haga acto de presencia de una forma destacada en el ámbito de los servicios de interés económico general, actuación limitativa de la competencia. Se persigue con dicho principio la adecuada relación entre la medida adoptada por los poderes públicos y el fin que se persigue; solución que de otro modo menos restrictivo no se podría alcanzar. Puede señalarse que en este caso el principio se proyecta, al menos, en cinco direcciones diferentes.

En primer lugar, en la propia valoración de la esencialidad. Si es necesario recurrir a esta vía limitativa de la competencia para conseguir la misión de interés general.

En segundo lugar, en la definición y alcance de las obligaciones concretas que se imponen.

En tercer lugar, incluso en la procedencia de un título habilitante concreto para canalizar las obligaciones de servicio público, tal y como se puso de manifiesto en el caso *Anadir*.

En cuarto lugar, en el reconocimiento de privilegios a favor del gestor, tales como los derechos de exclusiva o la compensación económica a otorgar, entre otros.

Y, en quinto lugar, en la duración de la medida adoptada. Su prolongación en el tiempo sólo puede ser lo estrictamente necesario para recuperar, si es posible, la situación del mercado en la provisión de estos servicios esenciales.

7. Claridad y vinculación directa con la misión de interés general

Las obligaciones de servicio público deben haberse establecido con claridad, dado que *«sólo lo concreto es jurídicamente exigible»* (DE LA CUÉTARA). La jurisprudencia y la Comisión europea vienen insistiendo en este requisito, que ya se va incorporando expresamente a la normativa —por ejemplo, art. 1, letra a), del Reglamento 1370/2007 para el transporte por ferrocarril y carretera—. Se veda así el paso a compromisos genéricos o inespecíficos que son negativos tanto para los gestores como para los usuarios.

Esas obligaciones están directamente vinculadas a la satisfacción de la misión de interés público a satisfacer. Ello cierra el paso a obligaciones que, pudiendo genéricamente ser consideradas de servicio público, no guarden esa debida relación con la misión específicamente a satisfacer. La protección del medio ambiente genéricamente puede generar la imposición de obligaciones de servicio público, pero no en todos los casos (diversidad, proporcionalidad...).

Dentro de estas obligaciones, genéricamente consideradas y teniendo en cuenta la diversidad existente, pueden aparecer las referidas a la regularidad y continuidad de la prestación, el mantenimiento de umbrales de calidad determinados, un precio razonable o asequible, el establecimiento de niveles de capacidad, de medidas de protección de los consumidores o usuarios, del medio ambiente, una cobertura territorial determinada, la imposición de específicas medidas de seguridad, de interconexión o acceso, etc. En cada caso, es la misión de interés público la que determinará la procedencia de unas u otras, así como su alcance, todo ello modulado por el principio de proporcionalidad.

Ello también tendrá consecuencias en orden a la financiación del servicio y, en su caso, la posible compensación que sea razonable para compensar sus costes.

8. Excepcionalidad de los privilegios

El establecimiento de obligaciones de servicio público no genera automáticamente una situación de privilegio para los gestores. Puede darse el caso de que, existiendo tales obligaciones, cualquier operador que lo desee acceda a ese mercado asumiendo las mismas en una situación de libre prestación de servicios con los demás. Así sucede, por ejemplo, en el transporte aéreo o marítimo cuando una ruta se somete a las mismas. Por el mero hecho de la imposición, los empresarios no tienen privilegio alguno. Todo el que cumpla con los requisitos establecidos puede acceder a dicho mercado asumiendo aquellas obligaciones. Sólo cuando, a pesar de la existencia de tales obligaciones, los servicios no se prestan o lo hacen de una manera inadecuada es cuando pueden surgir aquellos privilegios. Así ocurre con el reconocimiento del derecho de exclusiva en la explotación del servicio o la compensación económica por ello.

Evidentemente, los señalados (exclusividad de la prestación y compensación económica) pueden ser los más significativos al poder aparecer en cualquier sector, aunque no sean los únicos ni todos iguales para cada caso (diversidad). Sean unos u otros, tal y como se indicó, su reconocimiento concreto dependerá de si resultan proporcionales para la satisfacción de la misión de interés público encomendada (proporcionalidad). En otras palabras, que de no darse el reconocimiento de tales privilegios la misión no se podría realizar.

9. Provisionalidad de la medida

Como toda medida excepcional, las obligaciones de servicio público tienen una duración limitada en el tiempo. Se confía en

que el mercado pueda volver a restablecer su equilibrio y satisfacer dicha prestación esencial, al menos en hipótesis. Ello es así tanto si la imposición de las obligaciones no cierra el mercado a favor de ningún operador, como si se reconocen derechos de exclusiva.

La provisionalidad afecta tanto a la *ratio decidendi* del servicio como a los títulos habilitantes existentes que permiten su prestación. Es decir, afectan tanto a la decisión por la que se impone como a la gestión de la misma.

Una vez que se establecen las obligaciones de servicio público, los Estados deben volver sobre dicha decisión al cabo de un tiempo, que varía según los servicios. Con ello se asegura que la limitación del mercado no se proyecta más allá de lo necesario. Si el mercado puede volver a ocupar su espacio, tales medidas deberán suprimirse.

Por otro lado, los títulos habilitantes que dan cobertura a las obligaciones de servicio público también tendrán una duración limitada, sobre todo cuando se reconocen derechos de exclusividad en la prestación. Los «contratos» que adjudican la exclusividad tienen una duración limitada en el tiempo. Por ello, si expira su plazo (con sus posibles prórrogas) deben volver a ser objeto de licitación.

En definitiva, la provisionalidad se proyecta tanto sobre la decisión misma por la que se establecen las obligaciones como sobre los títulos que reconocen derechos exclusivos en la prestación.

10. ¿Tendencia al valor social?

Inicialmente los servicios de interés económico general y, por ende, las obligaciones de servicio público se ven casi exclusivamente desde la perspectiva de la competencia y de la situación del mercado y de los gestores: existencia de un fallo del mercado, obligaciones que el empresario no asumiría en consideración exclusiva a su propio interés comercial. Sin abandonar este plan-

teamiento, en los últimos años se enfatizan otros objetivos, como la consecución de la cohesión territorial y social que adquiere carta de naturaleza en el propio Tratado (art. 14 del Tratado de Funcionamiento UE, antes 16 del Tratado de Roma) y en el Derecho derivado (lo vimos en el transporte aéreo), así como en diversos documentos de la Comisión europea. Ya no es sólo la quiebra del mercado en la provisión del servicio, sino que, además, su establecimiento es necesario para el desarrollo económico y social de una determinada región. Aunque, como advierte el propio Tratado, ello es dentro de las normas de la competencia. Parece un guiño a un enfoque más social de lo económico, pero sin alcanzar, por el momento, autonomía propia. Sin embargo, hasta ahora, a lo máximo que se ha llegado es a establecer unos plazos más amplios cuando las obligaciones afecten a regiones ultraperiféricas, hay que decirlo, no sin cierta tacañería y pensando que por dos años más respecto al general se pueden abordar problemas estructurales. La puerta está abierta a nuevos desarrollos.

Bibliografía

- ACIERNO, S., y BAQUERO CRUZ, J., «La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 9, Civitas, Madrid, 2004.
- ADKINS, B., *Air transport and E.C. competition law*, Sweet & Maxwell, London, 1994.
- ALONSO GARCÍA, R., «El *soft law* comunitario», *RAP*, n.º 154.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios públicos*, IGO, Sevilla, 1976.
- *Economía y Estado (crisis y reforma del sector público)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en J. CREMADES GARCÍA (coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.
- (ed.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.
- *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004.
- *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», *Revista vasca de Economía*, n.º 37, 1997.
- «Pros y contras de los métodos de adjudicación», *Cuenta y Razón del Pensamiento Actual*, n.º 17, 2000.
- ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, G., y LÓPEZ DE CASTRO, L., *Competencia en sectores regulados*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003.
- ARPIO SANTACRUZ, J. L., *Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *RAP*, n.º 135, 1994.

- BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.
- BERMEJO VERA, J. (dir.), *El derecho de los transportes terrestres*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- BETANCOR, O., y JORGE CALDERÓN, J. D., «Efectos de la desregulación del transporte aéreo en España», en *La regulación de los transportes en España*, Civitas, Madrid, 1996.
- BETANCORT, O., y RENDEIRO, R., «Modelos de propiedad y gestión de aeropuertos: el caso español», *Un Balance*, n.º 80 extra, año XVIII, Colegio de Economistas de Madrid, España, 1998.
- BOISSARD, B., «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue du Droit Public*, n.º 4, 2004.
- BRACQ, S., «Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 40, n.º 1, 2004.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.
- CÁCERES ALVARADO, R., «Las políticas económicas de liberalización de la industria europea del transporte aéreo regular», en MARTÍNEZ SANZ, F., y PETIT LAVALL, M.ª V. (dirs.), *Estudios de Derecho y Economía del Transporte: reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- CALVO CARAVACA, A. L., *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea. Análisis y perspectivas*, Murcia, 1991.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Desregulación del sector aéreo y Derecho Comunitario», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 4, 1998.
- «El Derecho europeo de la competencia y el transporte aéreo internacional», en *Seminario sobre Derecho Aeronáutico*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1999.
- *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.
- CARBONELL PORRAS, E., y CANO CAMPOS, T., *Los transportes urbanos*, Iustel, Madrid, 2006.
- CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.),

- Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- CASSAGNE, J. C., *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid, 1993.
- CERVANTES CERVANTES, M.², «Evolución normativa de la liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 1997.
- CHINCHILLA MARÍN, C., Comentarios a los artículos 20 a 24 en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y DE LA CUADRA SALCEDO, T. (coords.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales de Derecho Comunitario europeo y los principios generales del Derecho Público», *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- COSCULLUELA MONTANER, L., y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2009.
- COSTAS, A., y BEL, G., «Regulación y desregulación en la economía europea actual», en *Regulación y competencia en la economía española*, Civitas, Madrid, 1995.
- DARNACULETA I GARDELLA, M. M., *Derecho Público y autorregulación: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación económica», en *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- DE LA CRUZ FERRER, J., y LLORENTE CABALLERO, A., «Compensaciones y obligaciones de servicio público en el transporte marítimo», *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Las comunicaciones marítimas en España*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1982.
- *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983.
- «Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (un ensayo de prospectiva jurídica)», en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- «Tres postulados para el nuevo servicio público», *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; ARIÑO ORTIZ, G., y ZAGO, T., *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Comares-FER, Granada, 2000.
- DEIANA, M., «La financiación de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo», *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- «Liberalización del transporte aéreo en la Unión Europea y obligaciones de servicio público», *Estudios de Derecho y Economía del Transporte: reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- DEREATTI, C., «Un'importante decisione della Commissione sul tema del finanziamento dei servizi di interesse economico generale», *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 19-2, 2005.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M.ª, «Idea de servicios de interés económico general», en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- DOGANIS, R., *La empresa aeroportuaria*, Paraninfo, Madrid, 1995 (traducción de *Airport business*, 1992).
- ESCRIBANO TESTAUT, P. y ENRIQUE GARRIDO, J., «Regulación del transporte», en ARIÑO ORTIZ, G. (dir.), *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004.
- ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- «El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente», *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- «La regulación de la economía desde el Estado garante», en *La autonomía municipal, Administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi, 2007.
- ESTOA PÉREZ, A., *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993.
- (dir.), *Transporte y Competencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- «Transporte por carretera y competencia», en *Transporte y Competencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga, apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2006.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M.^a, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, INAP, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ PROL, F., *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad, algunas propuestas sobre un modelo de regulación*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *RAP*, n.º 150, 1999.
- *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., «El caso Charleroi y las Directrices de 2005 a examen tras la Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2008. El problema del inversor privado», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense*, 2009/22, febrero de 2009.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- «El régimen jurídico de los aeropuertos», en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FRANCISCO FALCÓN, J., «Las compañías de transporte aéreo. Régimen de autorización y control. Libertad de comercio y tráfico (las cinco libertades). Régimen jurídico de la aviación deportiva. Los servicios en tierra, el *handling*», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- FRANCO ESCOBAR, S. E., «Las compensaciones económicas por obligaciones de servicio público en el transporte regular de viajeros por carretera», en MONTERO PASCUAL (coord.), *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, «La nueva regulación del mercado del gas natural», *RAP*, n.º 148, 1999.

- GARCÍA DE COCA, J. A., «Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 232, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la naturaleza de la tasa y de las tarifas de los servicios públicos», *RAP*, n.º 12, 1953.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 9.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y DE LA QUADRA SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA SANZ, F. J., «Las tasas aeronáuticas y la financiación de las infraestructuras aeroportuarias», *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, la huelga en los servicios esenciales de la Comunidad como telón de fondo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santander, Santander, 1993.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*, Civitas, Madrid, 2002.
- GOH, J., *European air transport law and competition*, Jhon Wiley & Sons Ltd., England, 1997.
- GÓMEZ PUENTE, M., «La licencia de transporte aéreo», *RAP*, n.º 151, 2000.
- «Ordenación jurídico-administrativa de los servicios de transporte aéreo», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.), *Transporte y Competencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- «La coordinación aeroportuaria, naturaleza y régimen jurídico de las franjas horarias (slots)», en *Régimen Jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- *Derecho Administrativo Aeronáutico*, Iustel, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.
- *La regulación de los aeropuertos*, La Laguna, 2000, inédito.
- «Cánones y tarifas portuarias y aeroportuarias», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- *Los mercados de interés general, telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001.
- HUGUET MONFORT, J., «Apuntes sobre la liberalización de la gestión de los aeropuertos españoles», *Estudios de Derecho y Economía del Transporte, reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- KRISTOFERITSCH, H., y SIGNES DE MESA, J. I., «El futuro de las aerolíneas de bajo coste (a propósito de la decisión Chaleroi y las Directrices sobre la financiación de aeropuertos y puesta en marcha de nuevas rutas)», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 20, 2006.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones, Regulación y mercado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- «El servicio universal», en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica, IV. Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid, 2009.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Estado autonómico y hechos diferenciales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Acceso a los servicios de interés económico general», en MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo*, 2008.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, IGO, Sevilla, 1988.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., «Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria», *REDA*, n.º 102, 1999.
- LOZANO ROMERAL, D. L., «Transporte aéreo. El contrato de transporte. Derechos y deberes. La sobreventa. Las indemnizaciones por retraso. Especial consideración de los minusválidos. Responsabilidad civil y seguros», *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- MAGIDE HERRERO, M., «El régimen sancionador en materia de transporte aéreo», *Régimen Jurídico del Transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., «Ayudas de estado y financiación de servicios económicos de interés general, la nueva era post Altmark», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 237, 2005.

- MALARET I GARCÍA, E., «Administración pública y regulación económica», en *La autonomía municipal, Administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi, 2007.
- MARÍN, P. L., «La desregulación del transporte aéreo en Europa y sus efectos sobre la estructura del mercado», en *Regulación y competencia en la economía española*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍ DEL MORAL, A., y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., «Las obligaciones de servicio público», en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica, IV. Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid, 2009.
- MARTÍN, P., «La desregulación del transporte aéreo en Europa y sus efectos sobre la estructura de mercado», en *Regulación y competencia en la economía española*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍN MATEO, R., *Liberalización de la economía (más Estado, menos Administración)*, Trivium, Madrid, 1988.
- MARTÍN REBOLLO, L., «Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El derecho de acceso a los servicios de interés económico general», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- «Transportes», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, t. II, La Ley, Madrid, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, t. II, La Ley, Madrid, 1991.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Hacia una política transatlántica de cielos abiertos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «La regulación económica en España», *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- «Nuevo sistema conceptual», en G. ARIÑO ORTIZ (coord.), «Privatización y liberalización de servicios», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 3, 1999.
- «Servicio público, servicio universal y obligaciones de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario. Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», Ponencia en el IV Coloquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 39, 2000.

- «Servicios públicos y papel del particular entre instancias de solidaridad y mercado competitivo», *Le Esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnolo, Genova, 25-27 de mayo de 2006, Bologna University Press, 2007.
- MARTÍNEZ SANZ, F., y PETIT LAVALL, M.^a V. (dirs.), *Estudios de Derecho y Economía del Transporte, reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- MAYOR MENÉNDEZ, P., «Régimen jurídico de la construcción, conservación y ampliación de los aeropuertos. Los planes especiales», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- MEILÁN GIL, J. L., *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968 (reeditado en Civitas, 2006).
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- «Los servicios de transporte aéreo como servicios de interés general. La bonificación en las tarifas en los servicios regulares de transporte aéreo para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y de las Islas Baleares y en las ciudades de Ceuta y Melilla. Las ayudas al transporte aéreo de mercancías. Las llamadas obligaciones de servicio público», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Aranzadi-Ministerio de Fomento, Navarra, 2004.
- 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*, vol. 39, n.º 5-6, 2003.
- MONTERO PASCUAL, J. J., *La liberalización de los servicios postales*, Trotta-Fundación Martín Escudero, Madrid, 2005.
- «Régimen jurídico de los servicios de interés económico general», en la obra coordinada por él mismo, *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (coord.), *La financiación de las obligaciones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MORAL SERRANO, L., «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 12, Civitas, 2004.
- MORAL SORIANO, L. M., «Proporcionalidad y servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 3, Civitas, 2002.
- MORALES RODRÍGUEZ, J. R., *El transporte aéreo y la Comunidad Europea*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 1993.

- MORENO VIDA, M.^ª N., *La huelga en los servicios esenciales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., *Huelga en los servicios esenciales, análisis de la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MORILLAS JARILLO, M. J., *La asistencia en tierra o handling. Actividad y contratos*, Bosch, Barcelona, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, t. I (*Los fundamentos*), Civitas, Madrid, 1998.
- *Servicio público y mercado*, t. II (*Telecomunicaciones*), Civitas, Madrid, 1998.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, 2.^ª ed., Iustel, Madrid, 2006.
- «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación», en MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- NICOLÁS LUCA, A., *La marina mercante en el Derecho Administrativo español*, Colex, Madrid, 1999.
- NICOLINI, J. P., y TORRES, R., «La asignación de espacios en los aeropuertos», en la *Regulación del transporte en España*, Civitas, Madrid, 1996.
- NÚÑEZ LOZANO, M.^ª C., *Las actividades comunicadas a la Administración, la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- ORRU, E., «The public financing for the construction and operation of airport infrastructures», *Estudios de Derecho y Economía del Transporte, reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., y ARROYO JIMÉNEZ, L., «La externalización de los servicios públicos económicos», en *Le externalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnolo, Genova, 25-27 de mayo de 2006, Bologna University Press, 2007.
- PARADA VÁZQUEZ, J. D., *La relación jurídica aeronáutica*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L.; DESCALZO GONZÁLEZ, A.; GÁMEZ VEJIAS, M., y FORTES, A., *Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (el marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español)*, Instituto Pascual Madoz, Madrid, 2003.
- PELLISE CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002.

- PEMÁN GAVÍN, J., «La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- PETIT LAVALL, M.ª V., *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- «Las Directrices 2005 de la Comisión europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones Ryanair e Intermed», *Derecho de los Negocios*, n.º 182, 2005.
- «La gestión de los aeropuertos españoles», *REDA*, n.º 133, 2007.
- PIÑANES LEAL, J., *Régimen jurídico del transporte por carretera*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- RAZQUÍN LIZARRA, J. A., *Derecho Público del transporte por carretera*, Aranzadi, Navarra, 1995.
- RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante, consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *La liberalización del transporte aéreo, alcance y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RUIZ DE VILLA, A. B., y DÍAZ OLARIAGA, O., «Enfoques de mercado en la gestión aeroportuaria», *Estudios de Derecho y Economía del Transporte, reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SALA ARQUER, J. M., *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en el Derecho español)*, INAP, Madrid, 1977.
- SÁNCHEZ PAVÓN, B., «La participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de los aeropuertos de interés general», *Estudios de Derecho y Economía del Transporte, reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009.
- SANZ GANDESEGUI, F., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia aeronáutica», en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El soft law administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.
- *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- SAUTER, W., «Services of general economics interest and universal service in EU law», en *European Law Review*, vol. 33, n.º 2, 2008.
- SENDÍN GARCÍA, M. A., *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.
- *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.
- SERRANO SANZ, J. M.^a, «La regulación como instrumento de política económica», en *Regulación y competencia en la economía española*, Civitas, Madrid, 1995.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.^a, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.
- *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999.
- STIGLITZ, J. E., «El papel del sector público», en *La economía del Sector público*, Antoni Bosch Editor, traducción de la obra *Economics of the public sector*, Barcelona, 1988.
- SUAY RINCÓN, J., *Estudios jurídicos y territoriales sobre Canarias*, Centro de la Cultura Popular Canaria.
- TORNOS MÁS, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1982.
- «La actividad de regulación», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003
- «Regulación de precios y tarifas», en MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedex, Barcelona, 1996.
- VILLAR EZCURRA, J. L., *Servicio público y técnicas de conexión*, CEC, Madrid, 1980.
- *Derecho Administrativo especial*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1999.
- VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000.
- «El principio de separación entre el regulador y los gestores como garantía de la libre competencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2000», *REDETI*, n.º 9, 2000.

- «Las tarifas y el hecho insular», en ARIÑO ORTIZ, G. (ed.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares-Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2001.
 - «Las técnicas administrativas de garantía de las obligaciones de servicio público», *REDETI*, n.º 11, 2001.
 - «Canarias, región ultraperiférica, una explicación del artículo 299.2 del Tratado de la Unión Europea», *Anuario del Instituto de Estudios canarios*, XLV, 2001.
 - *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Comares, Granada, 2004.
 - «Los descuentos en las tarifas por el uso de puertos y aeropuertos: una práctica controvertida», *REDETI*, n.º 28, 2007.
 - «Las infraestructuras del transporte, puertos y aeropuertos (infraestructuras y urbanismo)», *REDETI*, n.º 30, 2007.
- VILLAR ROJAS, F. J., y BETANCORT REYES, F., «El hecho insular: hecho diferencial constitucional y comunitario», en *Anuario del Instituto de Estudios Canarios*, XLIV, 2000.
- VIVERO SERRANO, J. B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- ZAMBONINO PULITO, M.^a, *Régimen jurídico de la marina mercante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Últimos títulos publicados

Tendencias de la justicia penal de menores.

Una perspectiva comparada.

ENRIQUE ANARTE BORRALLO

(Director)

•

La protección jurídica de la intimidad.

JAVIER BOIX REIG

(Director)

•

Derecho del cine:

administración cultural y mercado.

SUSANA DE SIERRA

•

La administración educativa: control y autonomía.

MANUEL MIGUEL GÁMEZ MEJÍAS

•

Precaución y Derecho.

El caso de los campos electromagnéticos.

ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO

•

Terrorismo y Estado de Derecho.

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDCASAS

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

(Directores)

•

*Estudios sobre descentralización política
y administrativa en España y Marruecos.*

MARÍA ZAMBONINO PULITO

(Directora)

•

*La integración de la población inmigrante
en el marco europeo, estatal y autonómico español.*

ROSARIO TUR AUSINA

(Directora)

La liberalización del transporte aéreo no garantiza la existencia de servicios aéreos adecuados en todas las rutas aéreas, especialmente las que comunican determinadas regiones de la Unión Europea, que son menos atractivas en condiciones de mercado (fallos del mercado). Sin embargo, el derecho de los ciudadanos y empresas residentes en esos territorios exige que esos servicios estén garantizados. Con ese objetivo, el Derecho Comunitario admite su configuración como servicio de interés económico general y la imposición de obligaciones de servicio público, tal y como sucede en otros sectores económicos estratégicos. El objetivo es conseguir la existencia de esos transportes y, además, que se presten en condiciones de regularidad, continuidad, calidad mínima y precio razonable. En algunos casos, ello requiere reconocer privilegios a favor de las compañías aéreas y adoptar medidas sociales que beneficien a los usuarios. Todo ello es compatible, además, con su tratamiento como servicio esencial para la comunidad al objeto de limitar el ejercicio del derecho a la huelga. Francia, Italia y Reino Unido son los países que más utilizan esta técnica, aunque también existen ejemplos en España. En esta obra se explica la regulación, los límites y los problemas de esos mecanismos de intervención pública dirigidos a asegurar la suficiencia de la comunicación aérea cuando el mercado no llega.

Andrés M.
González Sanfiel

LAS OBLIGACIONES
DE SERVICIO
PÚBLICO
EN EL
TRANSPORTE AÉREO

Prólogo de
Francisco José Villar Rojas

ISBN: 978-84-9890-103-0



9 788498 901030