

# EL CONTROL COMUNITARIO SOBRE LA FINANCIACIÓN ESTATAL DE INFRAESTRUCTURAS

ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de La Laguna

I. LA FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS COMO AYUDA DE ESTADO.—II. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL: MEDIDA GENERAL DE POLÍTICA ECONÓMICA.—III. EL CAMBIO: LA INCIDENCIA DE LA GESTIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS EN LA COMPETENCIA: 1. *Explotación comercial de la infraestructura*. 2. *El reparto de la T-4: ¿sería igual ahora?*—IV. LOS NUEVOS PARÁMETROS: 1. *Insuficiencia del interés general: la construcción a la luz del principio del inversor privado*. 2. *Obsolescencia de la idea de actuación directa por el «Estado»: la Administración como operador económico*.—V. LAS INVERSIONES EN INFRAESTRUCTURAS QUE NO SON AYUDAS DE ESTADO.—VI. EL DESARROLLO REGIONAL COMO PRINCIPAL JUSTIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN.—VII. LA INCIDENCIA DE LA FINANCIACIÓN COMUNITARIA. EN ESPECIAL, LAS REDES TRANSEUROPEAS.—VIII. LA DESCONFIANZA COMUNITARIA DE LA ACTUACIÓN ESTATAL: MÁS DUDAS QUE CERTEZAS.—BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Tradicionalmente, la financiación de infraestructuras fue considerada como una medida general de política económica que no podía ser controlada por la Comisión Europea. El comportamiento de las Administraciones en la gestión de sus infraestructuras genera un cambio de criterio. Ahora es necesario analizar las inversiones públicas bajo las reglas de las ayudas de Estado. Ello se debe a que la gestión y construcción de infraestructuras públicas es una actividad económica desarrollada por una empresa. El presente trabajo describe esa transformación, así como los requisitos y excepciones que se reconocen.

*Palabras clave:* infraestructuras; actividad económica; ayudas de Estado; desarrollo regional.

## ABSTRACT

Infrastructure construction was traditionally regarded as a general tool of economic policy that escaped control by the European Commission. However, the way infrastructures have been managed by national governments has produced a change of approach by European Commission. Now, it seems necessary to analyze whether public investment should be subject to state aid regulation. This is due to the fact that infrastructure construction and management are economic activities performed by private entities. This paper describes this change of approach, as well as the applicable requirements and exceptions.

*Key words:* infrastructures; economic activity; state aid; regional development.

## I. LA FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS COMO AYUDA DE ESTADO

Tradicionalmente, la financiación pública de las infraestructuras de uso colectivo, tales como carreteras, puertos o aeropuertos, se consideraba como una medida general de política económica que no podía calificarse de ayuda de Estado<sup>1</sup>. Se entendía que este tipo de actuaciones era una medida general que beneficiaba al conjunto de la economía de un país, salvo cuando pudiera acreditarse que las aportaciones públicas fueran selectivas, es decir, que beneficiaran a una empresa o grupo de empresas, en cuyo caso se les daba el tratamiento de ayuda de Estado<sup>2</sup>. Pero esto era la excepción: los Estados no se veían como operadores económicos por el desarrollo de esta actividad.

Este planteamiento ha comenzado a cambiar hace unos años. No es un proceso cerrado ni tiene el mismo ritmo en todos los sectores, pero sí se reconoce una tendencia clara. La razón se encuentra en las repercusiones que las inversiones públicas en infraestructuras tienen sobre la libre competencia. Esto se manifiesta en una doble dirección. De una parte, los poderes públicos gestionan esas infraestructuras con criterios comerciales, recibiendo una retribución por su uso, generalmente en forma de tasas. De otra parte, las empresas que necesitan acceder a tales infraestructuras para desarrollar su actividad se benefician de la construcción o mejora que los poderes públicos realizan en las mismas. Es más, en no pocas ocasiones, esas actuaciones se han llevado a cabo a instancia de parte, promovidas por un operador económico que desea hacer de aquella infraestructura su base de operaciones.

Este nuevo escenario genera que las reglas para el examen de aquellas inversiones también deban cambiar. De su consideración clásica como medida general de política económica se da paso a su trata-

---

<sup>1</sup> A modo de recordatorio, de conformidad con el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), para que una medida sea calificada como ayuda de Estado debe cumplir acumulativamente los siguientes requisitos: a) que se haya otorgado por el Estado o mediante fondos estatales; b) que favorezca a determinadas empresas o producciones (selectividad); c) que falsee o amenace con falsear la competencia; d) que afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Dentro de la amplia jurisprudencia, a título de ejemplo, por todas, la STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-431/07-P, apartado 102, y la que allí se cita.

<sup>2</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES (1993), *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, pág. 34; J. W. RODRÍGUEZ CURIEL (1989), *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Madrid, Ministerio de Industria y Energía, pág. 72; J. L. ARPIO SANTACRUZ (2000), *Las ayudas públicas ante el Derecho de la Competencia*, Navarra, Aranzadi, págs. 143 y 144; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (2003), *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, págs. 702 y ss. En general, un análisis de la jurisprudencia sobre la materia, en B. PÉREZ BERNABEU (2008), *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria (concepto y tratamiento)*, Valencia, Tirant lo Blanch. Sobre su control, A. ESTOA PÉREZ (2006), *El control de las ayudas de Estado*, Madrid, Iustel.

miento ordinario como ayuda de Estado, sin que, debe adelantarse, esto determine su ilegalidad, pero sí su control por las autoridades comunitarias.

Asimismo, no toda inversión para la construcción de infraestructuras va a ser una ayuda de Estado, y ello por diversas razones. De una parte, porque para valorar si merece o no la calificación de ayuda habrá que tener en cuenta el principio del inversor privado en una economía de mercado. De otra parte, porque la financiación de determinadas obras se subsumen bajo un tratamiento distinto. Es el caso de las inversiones realizadas con ocasión de la explotación de un servicio económico de interés general o respecto de aquellas que sean el soporte para el ejercicio de prerrogativas de poder público.

Este cambio puede apreciarse, especialmente, en el ámbito aeroportuario, que está actuando como el laboratorio de esa transformación<sup>3</sup>. La Sentencia del Tribunal General (Sala octava) de 24 de marzo de 2011, que apoya la tesis de la Comisión Europea, refrenda este nuevo enfoque.

En el caso se enjuiciaba la legalidad de una Decisión de la Comisión que había tratado la inversión pública para construir una pista de un aeropuerto como una ayuda de Estado en vez de una medida de política económica general, tal y como defendía el Estado alemán. Aunque la Decisión fuera finalmente anulada por una cuestión formal, el Tribunal acepta el enfoque utilizado por la Comisión. La Sentencia citada constata la evolución acontecida en esta materia —de medida general de política económica a ayuda de Estado—, lo que achaca a «*la liberalización de un mercado inicialmente cerrado a la competencia*» (apartado 188)<sup>4</sup>. Es más, llega a afirmar que no puede dissociarse la explotación de la infraestructura de su misma construcción, toda vez que esta —la construcción— es absolutamente necesaria para que el gestor del aeropuerto desarrolle su actividad económica<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Ello se debe al mayor activismo económico de estas infraestructuras en los últimos años. En nuestro país, la mejor explicación sobre los aeropuertos, por todos, J. ESTEVE PARDO (2001), *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Valencia, Tirant lo Blanch; para otros enfoques, cfr. M.ª V. PETIT LAVALL (2007), «La gestión de los aeropuertos españoles», *REDA*, núm. 133, págs. 29 y ss.; J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2009), «El régimen jurídico de los aeropuertos», en *Derecho de los bienes públicos*, 2.ª ed. (Dir. J. V. GONZÁLEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 819-922; A. RUIZ OJEDA y G. BENÍTEZ MORCILLO (2011), «Cielo Único Europeo y Cielos Abiertos Transatlánticos. Bases de la nueva regulación para la competencia en el transporte aéreo», en *Derecho de la Regulación Económica. VI. Transportes* (dirigida por el primero), Madrid, Iustel, págs. 1027 y ss.

<sup>4</sup> En el apartado siguiente de la misma Sentencia se indica que «*habida cuenta de la evolución del sector aeroportuario y de la jurisprudencia ADP, la Comisión consideró que, a partir de 2000, no resultaba posible excluir a priori la aplicación a los aeropuertos de las disposiciones relativas a las ayudas estatales*».

<sup>5</sup> Así se recoge en los apartados 95 a 100 de la Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 (asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08), entre los que pueden destacarse

Este pronunciamiento judicial, lejos de resolver de una forma cerrada la cuestión, permite hacer una reflexión sobre el papel de los Estados en la construcción de sus infraestructuras de uso colectivo, así como de la tutela a la que ahora quedan sometidos por parte de la Unión Europea. También de las dudas e interrogantes que se plantean a raíz de la misma, así como de lo endeble de las bases en que se sustenta ese cambio.

## II. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL: MEDIDA GENERAL DE POLÍTICA ECONÓMICA

Se suele citar la respuesta escrita de la Comisión Europea al parlamentario Dehousse como el origen institucional del entendimiento tradicional<sup>6</sup>. La pregunta vino motivada por las informaciones aparecidas en la prensa belga relativas a la implantación, en la región de Huy, de una empresa americana de productos químicos. Esta sociedad invertiría en dicha región al tener la seguridad de que los poderes públicos iban a construir un colector de aguas usadas. Con ello, la empresa, gran consumidora de agua, reduciría sus costes de producción. La respuesta de la Comisión estableció un principio: la construcción por los poderes públicos de infraestructuras a cargo de sus presupuestos no constituye una ayuda de Estado, salvo que aquellas obras se hubieran acometido para beneficiar a alguna empresa o grupo de empresas.

Este enfoque fue reiterado en los informes anuales posteriores sobre ayudas de Estado realizados por la Comisión Europea. Los res-

los siguientes fragmentos: «*las pistas de aterrizaje y despegue son elementos esenciales en las actividades económicas que realiza un organismo que explota un aeropuerto. De este modo, la construcción de pistas de aterrizaje y despegue permite que un aeropuerto realice su actividad económica principal, y la construcción de una pista adicional o la ampliación de una ya existente, que la incrementa*» (apartado 96); el gestor del aeropuerto «*ejerce una actividad económica que no puede disociarse de la actividad consistente en la construcción de dichas pistas. Debe, en consecuencia, rechazarse la alegación de que la ampliación de las infraestructuras aeroportuarias no constituye una actividad económica, ya que el carácter económico de esta actividad no puede analizarse separadamente del carácter de la explotación de la infraestructura*» (apartado 100). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal utiliza analógicamente el razonamiento de la STPI de 4 de marzo de 2003, caso *FENIN/Comisión* (asunto T-319/99), al sostener que «*no procede disociar la actividad de compra del producto del uso posterior que el comprador da al producto adquirido para apreciar la naturaleza de aquella. En consecuencia, debe considerarse que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente el carácter de la actividad de compra*» (apartado 36). A pesar de ello, el razonamiento del carácter indisoluble de la actividades de gestión y construcción tropieza con la debilidad de ser dos mercados diferentes, dado que el acceso a la contratación en el sector público, por ejemplo a un contrato de obra, es un mercado distinto (en este sentido, la conocida Sentencia *Scala* y las que la citan; Sentencia *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98).

<sup>6</sup> Respuesta de la Comisión Europea de 6 de junio de 1967 a la pregunta escrita núm. 28, formulada por el parlamentario Dehousse (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 2311/67, de 20 de junio de ese año).

pectivos anexos técnicos de los mismos repetían que las *medidas generales* quedaban excluidas del análisis. Entre ellas y en relación con el tema que se desarrolla, se recogían: a) las ayudas para infraestructuras (puertos, aeropuertos, carreteras, etc.); b) la contratación pública; c) las ayudas de organismos supranacionales y plurinacionales (FEDER, BEI, etc.); y d) las obras públicas. Ni que decir tiene la relación que todos estos ámbitos excluidos guardan entre sí (p.ej., una carretera es una infraestructura u obra pública que es objeto de contratación pública para cuya ejecución la Administración puede recibir financiación de organizaciones internacionales). A título de ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre ayudas estatales en el sector de la aviación del año 1994 sigue indicando lo siguiente<sup>7</sup>:

*«La construcción o ampliación de proyectos de infraestructura (como aeropuertos, autopistas, puentes, etc.) constituye una medida general de política económica que escapa al control de la Comisión en virtud de las reglas del Tratado sobre ayudas estatales. Las decisiones relativas al desarrollo de infraestructuras quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Comunicación en la medida en que estas se destinan a atender necesidades de planificación o a la aplicación de políticas nacionales de transporte o medio ambiente.*

*Este principio general solamente es válido para la construcción de infraestructuras por los Estados miembros, sin perjuicio de la evaluación de posibles elementos de ayuda que se deriven del trato preferencial otorgado a determinadas compañías por el usufructo de infraestructuras. Así pues, la Comisión puede evaluar actividades que se desarrollan dentro de los aeropuertos y que, directa o indirectamente, puedan beneficiar a las compañías aéreas»<sup>8</sup>.*

La misma doctrina se apunta en el ámbito de las infraestructuras ferroviarias. Las razones esgrimidas para estimar que tales medidas no son ayudas de Estado son la apertura al uso público a favor de los potenciales usuarios en condiciones de igualdad, no discriminación y el mantenimiento de la misma conforme al principio de sujeción a costes<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Epígrafe II.3, apartado 13, de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación (94/C-350/07, *DO de las Comunidades Europeas* núm. C-350/5, de 10-12-1994).

<sup>8</sup> Este planteamiento se mantuvo, al menos, hasta el 9.º Informe sobre Ayudas Estatales en la Unión Europea [COM (2001) 403 final, de 18-7-2001].

<sup>9</sup> Las Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias (2008/C-184/07) así lo reconocen en su apartado segundo (*«apoyo público a las empresas fe-*

En relación con la financiación pública de las infraestructuras portuarias, la Comisión se ha comprometido en varias ocasiones a abordar el problema desde la perspectiva de las ayudas de Estado, aunque hasta la fecha no se ha materializado<sup>10</sup>. Sin embargo, en una de sus Comunicaciones se insiste en la idea del uso abierto a todos como causa justificativa de la inversión. Para ello, la Comisión diferencia entre las inversiones en infraestructuras, superestructuras, bienes muebles y servicios operativos, así como entre las infraestructuras públicas y las infraestructuras específicas para los usuarios. Dentro de las infraestructuras públicas o generales (abiertas a todos los usuarios), «*son normalmente consideradas por la Comisión medidas de carácter general por tratarse de gastos asumidos por el Estado como parte de sus funciones de planificación y desarrollo de un sistema de transporte de interés común, siempre que las infraestructuras estén, de hecho y de derecho, abiertas a todos los usuarios reales o potenciales*»<sup>11</sup>. El cobro de las tasas por el uso de la infraestructura, en ese contexto, no se veía como un factor de gestión empresarial o comercial, sino como una manifestación de la potestad tributaria o fiscal, como algo ligado al ejercicio de una función pública, más que la remuneración económica por un servicio, tal y como se entendería con posterioridad.

A modo de síntesis, puede destacarse la Decisión de la Comisión

---

*rroviarias mediante la financiación de las infraestructuras*»). Con mayor claridad se había expresado la *Propuesta* de Reglamento relativo a las ayudas concedidas para la coordinación del transporte por ferrocarril, por carretera y por vía navegable del año 2000, al afirmar que «*las ayudas de Estado a la infraestructura, siempre que la utilización de esta última esté abierta a todos los usuarios potenciales sin discriminación alguna y que el Estado la administre, no están sujetas a las disposiciones del apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE, dado que en tal caso no se confiere ventaja alguna a una empresa frente a sus competidores. La mayor parte de la financiación de la infraestructura de transporte (por ejemplo, de la infraestructura de carreteras construida y mantenida por los poderes públicos y de las vías navegables) constituyen una inversión de este tipo*» [COM (2000) 5 final, apartado 17]. No obstante, esta *Propuesta* sería retirada más tarde por la Comisión [COM (2004) 542 final, 3, de 10 de marzo de 2005]. Una aplicación de este planteamiento puede obtenerse en la Ayuda de Estado N-478/2004, sobre financiación de la infraestructura ferroviaria irlandesa.

<sup>10</sup> En varios documentos se ha pedido a la Comisión que elabore unas Directrices sobre esta cuestión, tal y como existen tanto en el ámbito marítimo como en otros sectores. A modo de ejemplo, la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo* [COM (2001) 35 final, apartado 3.3 (Ayudas estatales a los puertos)]; la *Propuesta de Directiva sobre el acceso a los servicios portuarios del año 2004*, y que fue retirada con posterioridad, obligaba a la Comisión a elaborar unas Directrices comunes sobre la financiación de los puertos por parte de los Estados miembros o con cargo a fondos públicos, indicando el tipo de financiación de puertos que es compatible con el mercado interior (art. 17) [COM (2004) 654 final]; todavía en el 2007 se insiste en la idea: *Comunicación de la Comisión sobre una política portuaria europea* [COM (2007) 616 final, apartado 4.2 (financiación pública-transparenta: «*La Comisión adoptará directrices relativas a las ayudas estatales para los puertos en 2008*»)].

<sup>11</sup> Comunicación sobre el refuerzo en los servicios en los puertos de mar, ya citada [COM (2001) 35 final, pág. 12].

que se pronunció sobre diversas inversiones públicas en infraestructuras para el parque temático *Terra Mítica*. En este caso lo importante era conocer si las obras beneficiaban o no a la colectividad: «*lo que importa es analizar cuáles son las obras o infraestructuras que benefician a la colectividad en su conjunto (incluido el parque) y cuáles son las que solo son útiles para el parque. Son solo estas las que tendrían que ser financiadas por el parque*» (apartado 64)<sup>12</sup>. En suma, la clave era que las obras financiadas con cargo a los presupuestos públicos fueran construidas en beneficio de la colectividad en su conjunto, sin que existiera una explotación económica de las mismas.

Ese panorama comienza a cambiar cuando se aprecia que la inversión pública en las infraestructuras no es tan neutral, es decir, no va dirigida solo a beneficiar a la colectividad en su conjunto, sino que aquella inversión puede colocar también a una empresa en mejores condiciones respecto de sus competidores en el mercado. Al mismo tiempo, los gestores públicos de esas infraestructuras se muestran especialmente activos por atraer nuevas inversiones o por fidelizar a los que ya operan en las mismas (p.ej., descuentos en tasas). La idea de generalidad de la medida, de la existencia de un interés público que beneficia a la colectividad, se muestra como un parámetro insuficiente, a juicio de las autoridades comunitarias, para analizar la legalidad de la inversión pública.

### III. EL CAMBIO: LA INCIDENCIA DE LA GESTIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS EN LA COMPETENCIA

#### 1. *Explotación comercial de la infraestructura*

La mayor vocación comercial en la gestión de las infraestructuras está generando múltiples problemas de transparencia en el funcionamiento de los mercados. Tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia han tenido ocasión de corregir algunos excesos cometidos por los Estados a través de los gestores de sus infraestructuras. La jurisprudencia recaída en los asuntos sobre descuentos en las tasas portuarias o aeroportuarias<sup>13</sup>, la denominada *doctrina AdP*<sup>14</sup>, el caso

<sup>12</sup> Decisión de la Comisión de 2-8-2002 (2003/227/CE).

<sup>13</sup> Da cuenta de esas prácticas F. J. VILLAR ROJAS (2007), «Los descuentos en las tarifas por el uso de puertos y aeropuertos: una práctica controvertida», *REDETI*, núm. 28, págs. 91 y ss.

<sup>14</sup> Se conoce como *doctrina AdP* a la elaborada a partir de los fallos recaídos en el asunto *Aeropuertos de París*, que enjuiciaron la aplicación de tasas discriminatorias por parte del gestor aeroportuario en la prestación de los servicios de *handling* (STPI de 12 de diciembre

*Ryanair-Charleroi*<sup>15</sup>, las Directrices sobre financiación de los aeropuertos de 2005 o la regulación de las tasas aeroportuarias de 2009<sup>16</sup> son un buen ejemplo de ese nuevo escenario. No se trata ahora de dar cuenta en detalle de cada uno de ellos, algunos de los cuales han sido objeto de un análisis muy diverso, sino de destacar cuáles son las ideas-fuerza que están detrás.

El punto de partida es el reconocimiento de la gestión y explotación de las infraestructuras como una *actividad económica*. La razón es que se entiende por tal «*cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado*», de modo que gestionar y permitir el acceso a la infraestructura tiene aquel carácter. El mercado es el de la gestión de los servicios de la infraestructura. El otro aspecto relevante es que la entidad que gestiona aquella se comporta como una *empresa*, dado que esta se define como «*cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación*». En este contexto, la tasa o tarifa que abona el operador económico por los distintos usos que puede hacer de aquellos bienes es la remuneración de los servicios prestados por el gestor<sup>17</sup>. Ello no significaba que el uso fuese gratuito, sino que el pago de las tasas se veía como manifestación del poder tributario o fiscal por el desarrollo de una función pública, más que como aquella retribución. La mayor vocación empresarial o comercial cambia también la concepción que aquel pago iba a tener acorde con ese nuevo papel.

El acceso a la infraestructura es una *essential facilities* o instalación esencial para la competencia, que solo puede ser ofrecida por el gestor, de modo que el acceso a dicha instalación se convierte en algo esencial para poder desarrollar la actividad económica de las empresas que necesitan aquel soporte físico. En otras palabras, como destaca ARIÑO ORTIZ, «*la efectividad de dicho acceso determinará la competencia*

---

de 2000, asunto T-128/98, confirmada por la STJUE de 24 de octubre de 2002, asunto C-82/01).

<sup>15</sup> Decisión de la Comisión 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, sobre la que recayó la STPI de 17 de diciembre de 2008, asunto T-196/04.

<sup>16</sup> Comunicación de la Comisión que establece las Directrices comunitarias sobre financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales (2005/C-312/01) (*DOUE* de 9-12-2005). Por lo que respecta a las tasas aeroportuarias, se regulan en la Directiva 2009/12/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de marzo de 2009.

<sup>17</sup> Cfr. F. J. VILLAR ROJAS (2000), *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares; J. L. VILLAR EZCURRA (2001), «Las tarifas en la explotación de infraestructuras públicas», en G. ARIÑO ORTIZ (Dir.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Granada, Comares, págs. 181 y ss.

real en la oferta de servicios»<sup>18</sup>, puesto que el único que puede ofrecer aquel acceso es el gestor de la misma<sup>19</sup>.

Aquella situación confiere al gestor de la red una posición de dominio en el mercado, es decir, una situación de poder económico que le permite impedir la competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, clientes o consumidores. Por tal motivo, una denegación injustificada de acceso o el establecimiento de tasas o tarifas discriminatorias implican un abuso de aquella situación.

El carácter demanial de los bienes no enerva ese planteamiento. Los Estados miembros han esgrimido —sin éxito— dicha naturaleza para neutralizar los efectos de la competencia sobre los mismos. Con ese argumento se pretendía negar la naturaleza económica de la actividad bajo el pretexto de que se estaba ejerciendo una prerrogativa de poder público; sin embargo, este planteamiento ha sido rechazado por la jurisprudencia. Se recuerda con ello, una vez más, que los razonamientos de Derecho interno no pueden obstaculizar el efecto del Derecho comunitario<sup>20</sup>.

Bien es cierto que la circunstancia de que la gestión de las infraestructuras sea una actividad económica no impide reconocer que el gestor pueda realizar otras funciones no económicas de naturaleza admi-

<sup>18</sup> G. ARIÑO ORTIZ (1997), «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)», en *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, pág. 28.

<sup>19</sup> F. J. VILLAR ROJAS (2004) explica el régimen jurídico de las que denomina instalaciones esenciales para la competencia, prestando especial atención al derecho de acceso y desarrollando las doctrinas angloamericanas de las *essential facilities* y el *common carrier* (*Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada, Comares, *in toto*). Complementariamente, con otros enfoques, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (1998), «Sobre las infraestructuras en red», *REDETI*, núm. 1, págs. 13 y ss.; M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA (2003), *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, Madrid, INAP; R. CABALLERO SÁNCHEZ (2003), *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid, INAP.

<sup>20</sup> Tal y como destacó la STPI de 12-12-2000 (asunto T-128/98, *Aéroports de Paris*), «la existencia en el Derecho nacional de un régimen de policía especial del dominio público no es en modo alguno incompatible con el ejercicio en el dominio público de actividades de naturaleza económica» (apartado 120). Con mayor claridad, la STPI de 17 de diciembre de 2008, asunto T-196/04 (*Ryanair*): «si bien es cierto que tales actividades se desarrollan en zona de dominio público, este mero hecho no basta para considerarlas comprendidas en el ámbito del ejercicio de las prerrogativas del poder público»; añadiendo que «la circunstancia de que la Región Valona sea una autoridad pública y la propietaria de unas instalaciones aeroportuarias que forman parte del dominio público no basta por sí sola para excluir que pueda ser calificada, en el caso de autos, de entidad que desarrolla una actividad económica» (apartado 92).

Sobre los efectos de los procesos liberalizadores en el régimen de la infraestructura de dominio público, A. M. GONZÁLEZ SANFIEL (1999), «Libre competencia en la infraestructura demanial», *REDETI*, núm. 4, págs. 29 y ss.; idem (2000), *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Madrid, Montecorvo, págs. 243 y ss.; E. MOREU CARBONELL (2003), «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», en el núm. 161 de esta REVISTA, págs. 435 y ss.

nistrativa, como las de policía o el ejercicio de prerrogativas de poder público. Asimismo, algunas actividades o, excepcionalmente, la gestión en su conjunto pueden configurarse como un servicio de interés económico general, en los términos del artículo 106.2 TFUE y la jurisprudencia que lo ha interpretado<sup>21</sup>.

Tal y como se adelantó, la Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011, ya citada, da un espaldarazo al planteamiento seguido por la Comisión Europea en esta materia. Entiende que la evolución acontecida en el ámbito aeroportuario con la introducción de una mayor liberalización obliga a replantearse y sustituir el criterio tradicionalmente utilizado<sup>22</sup>. La construcción de infraestructura, se afirma, forma parte de esa actividad económica realizada por el gestor aeroportuario en la medida que es necesaria para desarrollar la actividad principal. En una confesión que ni el mayor de los liberales pudiera afirmar, casi de forma revolucionaria, concluye que «*debe rechazarse la alegación de que los costes de las infraestructuras públicas deberían ser asumidos por la colectividad*» (apartado 107). Ello no representa solo un cambio de criterio, sino toda una transformación sobre el papel del Estado en la construcción y financiación de las infraestructuras públicas, lo que parece excede del papel del juzgador para la resolución de un asunto concreto.

## 2. El reparto de la T-4: ¿sería igual ahora?

¿Qué habría sucedido, por ejemplo, si se hubiera aplicado ese mismo criterio en el reparto de la terminal T-4 en el aeropuerto de Barajas? Fue una obra pública cuyo uso se puso a disposición de unas empresas privadas, las compañías aéreas beneficiarias, frente a otras que no se ubicaron en aquella terminal y querían hacerlo. Ese reparto fue controvertido e, incluso, acabó en los tribunales nacionales. Sin embargo, el enfoque no fue el de las ayudas de Estado. El reparto de la terminal T-4 se resolvió a nivel interno aplicando el principio de razona-

<sup>21</sup> Para una visión de conjunto de los servicios de interés económico general, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2001), *Los mercados de interés general: Telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Granada, Comares; J. C. LAGUNA DE PAZ (2009), *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas; S. MUÑOZ MACHADO (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, IV, Madrid, Iustel, págs. 562 y ss.; para su aplicación a la infraestructura aeroportuaria, A. M. GONZÁLEZ SANFIEL (2010), *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Madrid, Iustel, págs. 234 y ss.

<sup>22</sup> En el apartado siguiente de la misma Sentencia se indica que «*habida cuenta de la evolución del sector aeroportuario y de la jurisprudencia ADP, la Comisión consideró que, a partir de 2000, no resultaba posible excluir a priori la aplicación a los aeropuertos de las disposiciones relativas a las ayudas estatales*».

bilidad, no el de las ayudas de Estado. En el fondo, el problema es el mismo: una obra pública que beneficia a varias empresas para que desarrollen su actividad.

El conflicto venía determinado porque la compañía con una cuota de mercado superior (Iberia) no quería que otra compañía perteneciente a otra alianza empresarial (Spanair), con una cuota de mercado inferior, estuviera en la misma terminal. La otra empresa, a su vez, deseaba beneficiarse de su cercanía a la empresa dominante, por ejemplo, a efecto de conexiones. Frente a un primer reparto adoptado mediante un acuerdo del Consejo de Administración de la entidad pública en virtud del cual el uso de la terminal es asignado, entre otras, a ambas compañías y las integrantes de sus alianzas, Iberia manifiesta a AENA que no desea compartir la terminal con Spanair. De asignarle a esta última empresa una parte de la nueva terminal T-4, Iberia preferiría instalarse en las otras terminales, en ningún caso compartiendo terminal con Spanair. El problema que surge entonces es que sin el tráfico de Iberia en la T-4 esta terminal estaría infrautilizada.

Ante esta situación, AENA procede a modificar el reparto que había realizado por otro acuerdo de su Consejo de Administración, que contemplaba el uso por Spanair de la T-4, y lleva a cabo uno nuevo en el que esa compañía se reubica en las otras terminales. Esta segunda decisión que modifica el uso se impugna en los tribunales.

Dos son las líneas argumentales que se plantean en la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 10 de febrero de 2006 que resuelve el recurso (número de recurso 94/2004).

De una parte: a) si la decisión por la que se acuerda el reparto tiene naturaleza privada o administrativa; b) en el caso de que se tratase de un acto administrativo, si tiene el carácter de un acto declarativo de derechos o no; c) en el supuesto de que estuviéramos ante un acto declarativo de derechos, si la revisión del mismo se produjo al margen del procedimiento de revisión. Ante estas cuestiones, el Tribunal concluye que estamos en presencia de un acto administrativo pero que dicho acto no es declarativo de derechos, dado que estos nacen con el otorgamiento de la correspondiente concesión administrativa posterior. Por este motivo, no existe, a juicio del Tribunal, una revisión contraria a Derecho<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> En el fondo, el proceso plantea una de las consecuencias negativas del fenómeno de huida hacia el Derecho privado que caracteriza la administración instrumental, sobre lo que existe una amplia bibliografía, el de la naturaleza administrativa o privada de su actuación, lo que dentro de esa hibridez de régimen jurídico resulta complejo determinar. Un caso similar se planteó en la STS de 4 de diciembre de 1995, en relación con un requerimiento del ente ges-

De otra parte, el juzgador se plantea el enjuiciamiento de la legalidad o no de la nueva distribución, señalando que la misma no es arbitraria. Con esa asignación, la T-4 resulta utilizada en un 70% y el resto en un 55% (T-1, 2 y 3), lo que permite que ninguna de las dos áreas terminales resulten infrautilizadas. De esta manera, se garantiza «la posibilidad de expansión de la actividad de las diferentes compañías establecidas en una y otra; se ha adjudicado a la alianza “One World” y a otras compañías (donde está Iberia) que suponen un movimiento reducido de la nueva área terminal porque es precisamente la primera la que tiene más desarrollado su hub y por tanto es la que mejor puede aprovechar las nuevas instalaciones más aptas para ello» (FJ 4.º). En otras palabras, con el uso de la compañía dominante y su alianza de esa terminal se realiza un uso más razonable. No obstante, el análisis se realizó con las compañías que operaban ya en el aeropuerto, es decir, con los competidores reales, pero no respecto de los competidores potenciales, que tampoco fueron llamados a un procedimiento para que expresaran su opinión al respecto. No hubo publicidad para asignar el uso de esa nueva terminal. La entidad gestora del aeropuerto entendió que estaba realizando un acto estrictamente empresarial del ente público que no se adoptó ni pudo adoptarse en virtud de un procedimiento administrativo; por ello consideró que estaba ejecutando un acto privado fruto de esa actividad empresarial y no un acto administrativo, tesis que rechazó el Tribunal.

Por otra parte, la *doctrina AdP* es citada por la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, aunque no extrae las mismas consecuencias a las que llegaría la Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011. En este sentido se limita a indicar que, a pesar de la consideración como actividad económica de la gestión del dominio público aeroportuario, en el caso examinado no se produjo un trato discriminatorio.

De haberse aplicado al caso analizado la doctrina expuesta se hubiera podido considerar como una ayuda de Estado. A partir de ahora, la forma de repartir las nuevas terminales no puede ser la misma que se utilizó para la T-4. Queda claro que si no se aplican los principios de publicidad y concurrencia en la asignación de esas terminales se genera una ayuda de Estado incompatible a favor de su beneficiario.

---

tor del puerto para que una empresa se integrara en las sociedades de estiba y desestiba. En esa ocasión, por el contrario, el Tribunal Supremo entendió que se trataba de un acto mercantil y no de una actuación administrativa, lo que fue criticado agudamente por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996), *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, págs. 228-231.

#### IV. LOS NUEVOS PARÁMETROS

##### 1. *Insuficiencia del interés general: la construcción a la luz del principio del inversor privado*

A través de la construcción de infraestructuras de uso colectivo se satisfacen diversos fines de interés público, y ello es así tanto desde la perspectiva del Derecho interno como del Derecho comunitario. En parte, el planteamiento tradicional hunde sus raíces en esta idea: si la obra es necesaria para la colectividad, la inversión pública está justificada y no puede verse como una ayuda de Estado; es una actuación de interés general que legitima aquella inversión.

Con la explotación económica de las infraestructuras se matiza esta posición. En modo alguno se abandona la necesidad de que concurra una causa de interés general. La necesaria habilitación legal permanece intacta porque, tal y como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, «*sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente*»<sup>24</sup>. Sin embargo, esta por sí sola no va a legitimar aquella inversión. Este es el gran cambio: la repercusión de la inversión pública en infraestructuras sobre la libre competencia exige no solo que exista una causa de interés general, sino otros requerimientos añadidos. Con la construcción de la infraestructura el Estado puede satisfacer varios fines de interés público, tales como el desarrollo regional, la ordenación del territorio o la política de transportes; pero ello no puede obviar la dimensión económica que tiene la explotación de la infraestructura, su impacto en el mercado, en las actividades que se desarrollan en ella. Por esta razón, ahora se requiere, además, que la inversión respete el «*principio de inversor privado en una economía de mercado*».

En virtud de dicho principio, según la jurisprudencia, para apreciar si una medida estatal constituye una ayuda debe determinarse si la empresa beneficiaria, independientemente de su naturaleza pública o privada, recibe una ventaja económica que no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado<sup>25</sup>. La repercusión de este criterio en la materia objeto de estudio supone que «*la aportación de capital por parte de las autoridades públicas debe apreciarse a la luz del criterio del inversor privado, haciendo abstracción de cualquier consideración*

<sup>24</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011), *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 15.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, pág. 465.

<sup>25</sup> Entre otras, STJUE de 11 de julio de 1996, asunto C-39/94, *SFEI y otros*, apartado 60; STJUE de 29 de abril de 1999, asunto C-342/96, *España/Comisión*, apartado 41; STPI de 17 de diciembre de 2008, asunto T-196/04, *Ryanair/Comisión*, apartado 39.

*de tipo social o de política regional o sectorial*»<sup>26</sup>. En otros términos, la inversión debe ser analizada en condiciones de autofinanciación, de retorno de la inversión, de rentabilidad en la explotación; en suma, de precio de mercado. De esta forma, el principio se proyecta tanto sobre la Administración que otorga la financiación como sobre el gestor de la infraestructura que la recibe.

Las Directrices sobre financiación de los aeropuertos de 2005 recogen explícitamente ese principio, al hablar de rentabilidad previsible, conducta hipotética de un inversor privado, plan de negocio que acredite las perspectivas de rentabilidad, modelo económico de un inversor fiable. Apoyándose en la *doctrina AdP*, afirman que el gestor de la infraestructura (el aeropuerto en el caso) «*deberá financiar con sus propios medios los costes de utilización o construcción de las infraestructuras que gestione*» (apartado 57).

Este precedente allanó el camino para que esas ideas quedaran plasmadas en la regulación de las tasas aeroportuarias de 2009. Esta normativa se aplica a los aeropuertos comunitarios más relevantes desde el punto de vista económico<sup>27</sup>. Las tasas, acorde con la doctrina jurisprudencial antes citada, son la remuneración por el uso de la infraestructura y los servicios prestados por el gestor aeroportuario<sup>28</sup>. Consciente del encarecimiento que pueden tener aquellas como consecuencia de las inversiones realizadas en las infraestructuras, se refuerza la transparencia del sistema introduciendo unas mayores exigencias de información y consulta a los operadores económicos afectados. Por el ámbito en que se desenvuelve, los aeropuertos económicamente importantes, se busca la autofinanciación del sistema, que las inversiones en infraestructuras sean las estrictamente necesarias, porque ello afecta al importe de la tasa que abonan los usuarios. La exposición de motivos de la citada normativa es toda una declaración de intenciones y muestra de ese nuevo escenario: «*los aeropuertos ofrecen*

<sup>26</sup> STG de 24 de marzo de 2011, asuntos T-443 y T-455/08, apartado 102, apoyándose en este punto en la STPI de 24 de septiembre de 2008, asunto T-20/03, y la jurisprudencia allí citada.

<sup>27</sup> Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias. En concreto, se aplica a aquellos aeropuertos comunitarios cuyo tráfico anual sea superior a cinco millones de viajeros, así como al aeropuerto con mayor movimiento de viajeros de cada Estado miembro (art. 1.2 de la Directiva).

<sup>28</sup> Una aproximación general a la configuración de las tasas en el contexto de la regulación económica puede obtenerse en F. J. VILLAR ROJAS (2000); G. ARIÑO ORTIZ (2001); J. TORNOS MAS (2003), «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo* (Coord. Luis COSCULLUELA MONTANER), Madrid, Civitas, págs. 649 y ss.; ídem (2009), «Regulación de precios y tarifas», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, págs. 537 y ss.

*una serie de instalaciones y de servicios relacionados con la explotación de las aeronaves y el tratamiento de los pasajeros y la carga, cuyos costes deben recuperar normalmente mediante tasas aeroportuarias. Las entidades gestoras de aeropuertos (...) deben intentar funcionar de manera rentable*». Si se cambia la expresión aeropuerto por la de infraestructura, la idea tiene validez general. No se trata de que la obra a realizar se considere genéricamente de interés general, sino de que sea necesaria y que la inversión sea recuperable.

La aplicación del principio de inversor privado es la vara de medir para considerar o no la inversión en infraestructura como ayuda de Estado: si la aportación pública respeta el principio, la inversión no será una ayuda; si lo vulnera, sí lo será<sup>29</sup>. Cuestión distinta es determinar si, siendo una ayuda, esta puede declararse o no compatible con el Tratado. Sin perjuicio de que esto se abordará en otro apartado, puede adelantarse que ello dependerá de la dimensión económica del mercado que esa infraestructura represente.

## 2. *Obsolescencia de la idea de actuación directa por el «Estado»: la Administración como operador económico*

Otro aspecto que contribuye al tratamiento de las inversiones públicas en infraestructuras como ayudas de Estado es la complejidad de determinar cuándo aquella construcción es realizada por el propio Estado. En este sentido, cabe recordar el contenido de las Directrices en materia de financiación en el ámbito aéreo (1994 y 2005, ya citadas). Después de destacar que las obras públicas eran una medida general de política económica, advierten que *«este principio general solamente es válido para la construcción de infraestructuras por los Estados miembros»*. ¿Cuándo se da esta situación?

La utilización de entes instrumentales por parte de los Estados dificulta esta tarea. El hecho, cada vez más frecuente y generalizado, de utilizar entes instrumentales para la realización de los diferentes fines que debe cumplir la Administración territorial<sup>30</sup> plantea la siguiente cuestión: ¿la intervención de una entidad instrumental personificada

<sup>29</sup> Las Directrices de 2005 así lo afirman: *«cualquier utilización de recursos públicos por parte de los Estados miembros o autoridades públicas a favor de operadores aeroportuarios o compañías aéreas debe ser analizada con arreglo a los citados principios (inversor privado). En el caso de que esos Estados o autoridades se comporten como lo haría un agente económico privado en el sentido arriba indicado, dichas ventajas no se entenderán constitutivas de ayudas estatales»* (apartado 49).

<sup>30</sup> En general sobre esta cuestión, AA.VV. (1994), *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, 2 tomos, Madrid, Civitas.

rompe con la idea de actuación directa por el Estado? La respuesta debe ser negativa. En los casos en que se recurre a todos los entes interpuestos imaginables, el control público en sus distintas modalidades está detrás. Esa administración instrumental realiza ese fin público, en este caso la explotación y construcción de la infraestructura, porque el ente matriz territorial así lo quiere.

En todo caso, a ello se suma la noción funcional de Estado, empresa pública o servicio que utiliza el Derecho comunitario<sup>31</sup>. Son conceptos amplios susceptibles de abarcar realidades muy distintas, buscando siempre el denominado efecto útil de aquel Derecho. Tal y como recuerda MUÑOZ MACHADO, «la noción de empresa que se maneja en el precepto transcrito es esencialmente económica o funcional, muy típica del Derecho Comunitario europeo que no siempre, en estos extremos, presenta coincidencias con los Derechos nacionales»<sup>32</sup>. También la expresión *servicio* es utilizada en un sentido amplio, lo que cubre la puesta a disposición de aquellos bienes para su uso por terceros<sup>33</sup>. Teniendo en cuenta todos esos criterios era muy difícil no encontrar un ámbito en que de una u otra manera no estuviera el Estado detrás, sin que fuera admisible bajo esa configuración normativa circunscribir o pretender limitar el efecto del principio general a los casos en que actuara la Administración territorial. Nunca se ha interpretado así<sup>34</sup>.

Lo verdaderamente importante es si ese Estado, en el sentido amplio de esa expresión en el Derecho comunitario, desarrolla una actividad económica y lo hace a través de una empresa. Es decir, si realiza una explotación económica de la infraestructura. Esta es la clave. Así se pone de manifiesto en la STPI de 17 de diciembre de 2008 (caso *Ryanair*, ya citado) cuando se alude a la necesidad de diferenciar cuando el Estado actúa como empresario o en su condición de poder público: «si bien en el supuesto de que el Estado en su condición de empresa que opera como un inversor privado resulta necesario analizar su comportamiento con arreglo al principio del inversor privado en una economía de mercado, procede excluir la aplicación de dicho principio en el supuesto de que actúe como poder público. En efecto, en este último caso nunca

<sup>31</sup> Sobre el concepto de *Estado* utilizado en materia de ayudas me remito a la bibliografía ya citada al comienzo de este trabajo, donde el lector interesado podrá encontrar diferentes referencias jurisprudenciales sobre la interpretación del término.

<sup>32</sup> S. MUÑOZ MACHADO (2009: 69).

<sup>33</sup> Sobre el concepto de instalación o *facilities*, la explicación de F. J. VILLAR ROJAS (2004: 108-117).

<sup>34</sup> La jurisprudencia comunitaria ha destacado que la existencia o no de personalidad jurídica distinta de la del Estado, atribuida por el Derecho nacional a un órgano que ejerza actividades económicas, no es relevante a efectos de apreciar la existencia de relaciones económicas entre el Estado y ese órgano (en ese sentido, STJUE de 16 de junio de 1987, asunto 118/85, caso *Comisión/Italia*, apartados 10 y 13, entre otras).

*existe la posibilidad de comparar el comportamiento del Estado con el de una empresa o un inversor privado en una economía de mercado» (apartado 85).*

Solo cuando actúa como un operador económico, es decir, cuando la construcción de la infraestructura y su explotación adquieren una dimensión comercial, se cuestiona o plantea la inversión desde el ámbito de las ayudas de Estado. Si actúa como empresario se le exige autofinanciación y rentabilidad en la inversión, tasas ajustadas a coste; en otras palabras, respeto al principio del inversor privado. No estamos ante una cuestión organizativa (si usa o no este tipo de ente u organización), sino, independientemente de la forma que utilice, si actúa en el mercado de los servicios de infraestructura.

La actuación empresarial del Estado supone la necesidad de cambiar, de usar otros parámetros de enjuiciamiento, de ver a las distintas Administraciones públicas como un operador económico más y no solo como un poder público. Inevitablemente, esto llama hacia las ayudas de Estado, aunque no toda intervención lo sea.

## V. LAS INVERSIONES EN INFRAESTRUCTURAS QUE NO SON AYUDAS DE ESTADO

Lo expuesto hasta el momento no puede llevar a la conclusión de que cualquier inversión pública en infraestructura constituya una ayuda. Algunas de esas aportaciones no tienen ese carácter y son compatibles con el mercado común. Esto sucede cuando: a) se respeta el principio del inversor privado en una economía de mercado; b) la actividad está configurada como un servicio de interés económico general; c) cuando la inversión financia el coste por el ejercicio de prerrogativas de poder público.

Cuando se financia con fondos públicos la construcción de una obra pública respetando el principio del inversor privado, esa aportación no constituye una ayuda. Así se pone de manifiesto en las Directrices sobre financiación de los aeropuertos de 2005, es el método utilizado en el caso *Ryanair* o, a modo de síntesis, se subraya en la Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011<sup>35</sup>:

*«carece por sí solo de relevancia el mero hecho de que la financiación de infraestructuras requiera la aportación de recursos públicos. En efecto, esta intervención de los pode-*

<sup>35</sup> Asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08. Este mismo enfoque se utilizó en la STPI de 17 de diciembre de 2008, asunto T-196/04, caso *Ryanair*, ya citado.

*res públicos únicamente puede no ser calificada como ayuda estatal cuando los capitales que el Estado pone, directa o indirectamente, a disposición de una empresa son puestos a disposición en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado» (apartado 107).*

Independientemente de que la construcción de la obra cumpla con un fin de interés público, la inversión debe haberse realizado en condiciones normales de mercado, es decir, siguiendo criterios de autofinanciación, de rentabilidad, de precios de mercado, siendo un programa de inversión fiable.

El otro supuesto concurre cuando la explotación y gestión de la infraestructura se configura como un servicio de interés económico general (art. 106.2 TFUE). La financiación pública dirigida a compensar ese coste no se considera una ayuda, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina *Altmark*<sup>36</sup>. En ella se afirma que «*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 esas empresas en una posición más favorable respecto de empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 92 (hoy 87), apartado 1, del Tratado*<sup>37</sup>» (apartado 87 de la Sentencia).

Evidentemente, dentro de esos costes pueden encontrarse las inversiones que sean necesarias para construir o mejorar las infraestructuras. Para ello habrá que cumplir con los requisitos exigidos por aquella doctrina, es decir<sup>38</sup>: a) que la empresa esté efectivamente en-

---

<sup>36</sup> Se conoce como doctrina *Altmark* la generada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003 recaída en el caso *Altmark Trans GmbH* (asunto C-280/00) y que marcó la interpretación para que la compensación por la financiación de los servicios de interés económico general no fuera considerada ayuda de Estado, estableciendo los requisitos que debían cumplirse para ello. Complementariamente, la Comisión Europea elaboró sendas Decisiones para clarificar cuándo tales compensaciones no se consideraban ayudas de Estado por respetar la doctrina *Altmark* [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)], de aquellas otras que se pueden declarar compatibles y se someten al requisito de notificación previa [Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2005/C-297/04, de la misma fecha anterior)].

<sup>37</sup> La referencia debe entenderse en la actualidad al artículo 107 del TFUE.

<sup>38</sup> Apartados 89 a 92 y fallo de la Sentencia *Altmark*. Las Directrices sobre financiación en aeropuertos de 2005 acogen este planteamiento al señalar que «*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*

cargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y las obligaciones se encuentren claramente definidas; b) que el cálculo de la compensación se haya establecido previamente de una manera objetiva; c) que la compensación no supere los costes de financiación de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos y un beneficio razonable; d) si la elección de la empresa encargada no se ha realizado siguiendo los procedimientos de la contratación pública, se exige la utilización de un método comparativo con otras empresas similares del sector para el cálculo de la compensación.

La realidad aeroportuaria puede servir nuevamente de ejemplo. Se entiende que dentro de los servicios básicos que se ofrecen por el gestor y pueden configurarse como servicio de interés económico general se encuentra, entre otros, la construcción de infraestructuras y equipos aeroportuarios, tales como pistas, terminales, plataformas, torres de control aéreo, así como los de apoyo directo (instalaciones contra incendio, seguridad o protección). Es decir, las inversiones en las obras públicas no se valoran como ayuda estatal si forman parte de la financiación del servicio de interés económico general encomendado.

La circunstancia de que la financiación de las obligaciones de servicio público no sea una ayuda de Estado hace que los Estados intenten defender ante los tribunales comunitarios que tal o cual actividad relacionada con las infraestructuras es un servicio de interés económico general. Cuando se ha alegado ante los tribunales esta causa, estos no niegan que genéricamente puedan configurarse como tales servicios, aunque generalmente rechazan ese argumento porque entienden que en el caso concreto no se dan los requisitos exigidos<sup>39</sup>.

Tampoco es una ayuda cuando la financiación va dirigida a compensar los costes por el ejercicio de prerrogativas de poder público, incluyendo las obras que sean soporte para desarrollar tales actividades. Según se ha expuesto, la gestión y explotación de la infraestructura, incluyendo su construcción, es una actividad económica. Sin embargo, el gestor puede tener asignadas junto con aquéllas otras actividades que no tienen esa naturaleza, que tienen carácter administrativo y que se corresponden con el ejercicio de prerrogativas de poder público, en la terminología comunitaria. Como en otras tantas veces, ello no siempre encaja con las categorías utilizadas por el Derecho interno. Sin ir más lejos, la *doctrina AdP* negó, por ejemplo, que el ejercicio de potes-

---

*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» (apartado 34).*

<sup>39</sup> Cfr. *doctrina AdP*.

tades demaniales, los usos de la infraestructura, entraran dentro de aquel concepto. En cambio, sí son prerrogativas las relativas a la seguridad y policía, las medidas de lucha contra incendios y seguridad pública, la seguridad operativa, el servicio meteorológico o el control del tráfico aéreo, así como las infraestructuras directamente relacionadas con dichas funciones<sup>40</sup>. Toda aportación pública que financie tales prerrogativas o las infraestructuras relacionadas con las mismas no es ayuda de Estado.

Fuera de los ámbitos anteriormente descritos, la regla general es que las inversiones públicas en infraestructuras son ayudas de Estado, sin perjuicio de que puedan declararse compatibles con el mercado.

## VI. EL DESARROLLO REGIONAL COMO PRINCIPAL JUSTIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN

Como queda dicho, el principio del inversor privado en una economía de mercado condiciona la licitud o no de las aportaciones públicas en infraestructura. Ello supone que la Administración debe aplicar criterios de autofinanciación, rentabilidad o retorno de la inversión, de modo que actúe como si fuera un inversor privado. Esto es especialmente relevante para aquellas infraestructuras que generan una actividad económica de primer orden, como los principales *hub* portuarios o aeroportuarios. Aquí la financiación pública sin respetar aquel principio es, sencillamente, imposible. En caso contrario se estaría ante una ayuda de Estado incompatible con el Tratado. Esta es la principal consecuencia del principio: el Estado no puede seguir financiando el crecimiento de las grandes infraestructuras de uso colectivo como lo ha venido haciendo hasta ahora, solo justificado porque aquellas eran de interés general. Todos los documentos referenciados en que se apoya este estudio así lo acreditan.

Existe una graduación económica de la infraestructura que depende de su rentabilidad económica, de su nivel de negocio. La diferencia que hacen las Directrices aeroportuarias de 2005 entre aeropuertos de categoría A y B (los más importantes), respecto de los de categoría C y D (los regionales), lo ejemplifica a las claras. Esta diferenciación es frecuente en el ámbito comunitario, dado que lo que importa para este es que dicho sector tenga una dimensión que genere un efecto en el mis-

---

<sup>40</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 ya citada (apartados 224 y ss.), que anuló la Decisión sobre obras en un aeropuerto porque en su análisis la Comisión no había restado las inversiones que estaban relacionadas con el ejercicio de tales prerrogativas, considerando la inversión en su conjunto como ayuda.

mo. Por tal motivo, las normas comunitarias, en algunas ocasiones, establecen horquillas cuantitativas de volumen de negocio o tráfico para delimitar su ámbito de aplicación<sup>41</sup>. Para este tipo de infraestructuras, que se explotan y gestionan con criterios de rentabilidad económica y tienen un nivel de negocio o tráfico considerable, no es posible seguir justificando las inversiones públicas en su idea de que se trata de una medida general de política económica. No lo es. Ahora es un elemento que distorsiona el mercado y, por ello, tales inversiones deben autofinanciarse con los beneficios de explotación de la propia infraestructura.

Ahora bien, la financiación pública cuando se trata de infraestructuras de segundo nivel es posible, aunque considerada como ayuda de Estado compatible. La justificación de esa compatibilidad se encuentra, en esencia, en que contribuya al desarrollo regional al amparo del artículo 107.3 del TFUE.

La letra a) de ese artículo se refiere a aquellas ayudas que vayan destinadas al desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones ultraperiféricas, debido a su situación estructural, económica y social. La letra c) permite declarar la compatibilidad de la ayuda cuando facilite el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

Bajo este prisma, la Comisión Europea ha afrontado el examen del uso de fondos públicos para financiar infraestructuras, especialmente en el sector aeroportuario. En este sentido, las Directrices sobre financiación del año 2005 establecen una serie de criterios para declarar aquella compatibilidad. En concreto, las inversiones en aeropuertos regionales deberán respetar<sup>42</sup>: a) la vinculación con un objetivo de interés general claramente definido; b) la necesidad y proporcionalidad de la construcción en relación con el objetivo fijado; c) las perspectivas de utilización satisfactoria a medio plazo, valorando las infraestructuras existentes; d) el respeto a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso a todo posible usuario; y e) que el desarrollo del

---

<sup>41</sup> Así sucede en la Directiva de tasas aeroportuarias de 2009, que limita su aplicación a los aeropuertos cuyo tráfico anual sea superior a cinco millones de viajeros, así como al aeropuerto con mayor movimiento de viajeros de cada Estado miembro. Por su parte, la Propuesta de Directiva sobre servicios portuarios de 2004 (retirada por la Comisión) lo circunscribía a aquellos puertos cuyo volumen de tráfico medio anual no fuera inferior a 1,5 millones de toneladas de carga y/o 200.000 pasajeros en los tres últimos años.

<sup>42</sup> Apartado 61 de las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005.

comercio no se vea afectado de manera contrario al interés de la comunidad.

Si concurren los requisitos expuestos, la Comisión admite la compatibilidad de la ayuda para la construcción de la infraestructura. Es previsible que este enfoque tienda a generalizarse más allá del ámbito aeroportuario, aunque sea este donde —por ahora— se encuentran más ejemplos. Así ha sucedido en las inversiones a realizar en el aeropuerto internacional de Murcia, en el desarrollo de diversos aeropuertos regionales italianos o en el Reino Unido, entre otros muchos<sup>43</sup>.

La compatibilidad de la ayuda implica un reconocimiento de la necesidad del aeropuerto para el desarrollo económico y social de una determinada región. La existencia o mejora de las infraestructuras aeroportuarias sirve, asimismo, para que otros sectores, como el turístico, puedan desarrollarse y actúen de motor económico de aquella. Esta idea, el favorecimiento del desarrollo regional mediante la existencia de unas buenas infraestructuras aeroportuarias, constituye un punto común en las Decisiones de la Comisión a la hora de autorizar la compatibilidad de la ayuda. Incluso, una vez autorizadas las inversiones, no es infrecuente que la Comisión permita inversiones complementarias en los mismos aeropuertos. En consecuencia, las inversiones autorizadas en estos aeropuertos deben verse dentro del contexto de unos aeropuertos regionales que operan como instrumento decisivo para el desarrollo económico y social de tales regiones. En ocasiones, hasta se recurre a la situación de crisis económica general como argumento para reforzar la necesidad de llevar a cabo tales inversiones públicas.

En el caso mencionado del aeropuerto en la Región de Murcia, la singularidad radica en que, tratándose originariamente de un proyecto privado, la financiación de esa infraestructura de uso colectivo se realizó con capital público, aunque será explotada por un operador privado. La Comisión analizó esa aportación desde la perspectiva de las ayudas de Estado, pero declaró su compatibilidad por ser una obra que contribuía al desarrollo regional<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Ayuda de Estado N-45/2009-Italia, Decisión de la Comisión de 8-4-2009, C (2009) 2462 final (DOCE C-125/2009). Los beneficiarios de las ayudas eran los gestores de los respectivos aeropuertos: SAT (Società Aeroporto Toscano Galileo Galilei-Pisa); AdF (Società Aeroporto di Firenze-Firenza); Alatoscana S.p.A. —Marina di Campo (Isola d'Elba-Provincia di Livorno)—; Aeroporto di Siena S.p.a-Siena; SEAM (Società Esercizio Aeroporto Maremma-Grosseto); Ayuda de Estado N-12/2009-Italia, Decisión de la Comisión de 13-5-2009, C (2009) 3439 final, sobre financiación pública de inversiones en infraestructura en el aeropuerto de Falconara, financiación ampliada con posterioridad por la Ayuda de Estado N-657/2009-Italia, Decisión de la Comisión de 12-2-2010, C (2010) 932, justificada en este caso por la situación de crisis económica.

<sup>44</sup> Ayuda estatal N-63/2010-España, de 9-6-2010, C (2010) 3546 final, garantía estatal para la construcción del aeropuerto internacional de Murcia (DOCE C-217/2010). Los hechos fueron los siguientes. En 2006, la Región de Murcia licitó la construcción y explotación de un

El desarrollo regional es el criterio de compatibilidad más utilizado. Aun así, también es posible justificar aquella aportación pública en la existencia de un proyecto importante de interés común europeo —art. 107.3, apartado b), TFUE—, pero esta vía parece más excepcional.

En cualquier caso, pese a ese control de la Comisión, no parece que los casos de denegación sean excesivos, si los hubiere. La concurrencia de las causas para declarar la compatibilidad de las ayudas se aplica de una manera laxa, de tal modo que el control resulta más formal que sustantivo.

## VII. LA INCIDENCIA DE LA FINANCIACIÓN COMUNITARIA. EN ESPECIAL, LAS REDES TRANSEUROPEAS

El análisis realizado hasta ahora se centra en las aportaciones estatales para financiar las infraestructuras y su control por la Comisión

---

aeropuerto internacional bajo la modalidad de concesión. Las bases de la licitación establecían la posibilidad de que la citada Región pudiera otorgar a los licitadores una ayuda adicional en forma de un préstamo de 30 millones de euros, conjunta o alternativamente con una garantía por ingresos.

En 2007 se adjudicó la concesión al *Consortio Aeromur*, que había sido registrado como *Sociedad Concesionaria Aeropuerto de Murcia* (SCAM), formada por un grupo de entidades exclusivamente privadas. Como consecuencia de la crisis económica, se dice, el 30 de diciembre de 2010 la Región de Murcia acordó conceder a SCAM un aval que cubriese el cien por cien de un crédito bancario de hasta 200 millones de euros, aval que fue suspendido por las autoridades españolas en virtud del artículo 108, apartado 3, del TFUE. No obstante, las citadas autoridades aclararon que esa era la única vía para poder realizar el proyecto y que las bases de la convocatoria ya preveían la posibilidad de otorgar aquellas ayudas.

La Comisión Europea analizó la misma al amparo tanto de la *doctrina AdP* como de las Directrices de 2005, concluyendo que era compatible con el mercado interior de conformidad con el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE («las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés de la Comunidad»).

Aplicando los criterios contenidos en las Directrices aeroportuarias de 2005, la Comisión ratifica que se cumplen punto por punto los requisitos exigidos para declarar su compatibilidad: a) Responde a un objetivo de interés general: el desarrollo del aeropuerto militar de San Javier es inadecuado para las nuevas circunstancias. La ejecución del nuevo proyecto será favorable para el desarrollo económico y social de la región, atrayendo nuevas inversiones. b) La infraestructura es necesaria y proporcional al objetivo: sobre todo por la inadecuación del actual aeropuerto de San Javier, tanto por las limitaciones militares como por su incapacidad para mejorar las infraestructuras existentes. c) Perspectivas de uso satisfactorias: los estudios económicos utilizados corroboran este extremo. d) Uso abierto a todos en condiciones de igualdad y no discriminación. e) El desarrollo del comercio no se ve afectado de manera contraria al interés de la comunidad: se trata de un aeropuerto regional de categoría C que sustituye la escasa capacidad de uso civil de un aeropuerto militar ya existente (San Javier) y que no se prevé una situación de competencia respecto de los aeropuertos existentes en la zona de influencia (Alicante y Almería), no dándose una situación real de sustitución entre esos aeropuertos. Por todas esas razones se declara la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior.

Europea. Sin embargo, es posible y frecuente que la construcción de las mismas, aparte de las aportaciones estatales, se beneficie de la financiación proveniente de los diferentes fondos comunitarios existentes. ¿Cómo incide esa financiación en el tema tratado? Si la financiación es comunitaria, ¿ya no existe riesgo para la competencia?

Dentro de los diferentes fondos europeos ocupa un lugar destacado el de desarrollo regional (FEDER), dado que, tal y como acaba de exponerse, es esta la principal causa de compatibilidad de la ayuda estatal. La existencia de esta financiación comunitaria no es obstáculo para que la aportación estatal sea analizada desde la perspectiva de las ayudas de Estado. Es decir, que la existencia de dicha financiación no elude el análisis de la aportación estatal bajo tales parámetros. Así sucedió, por ejemplo, en las inversiones públicas nacionales para financiar obras en determinados aeropuertos regionales británicos o italianos, obras que ya contaban con financiación, entre otras, del fondo europeo de desarrollo regional. La existencia de esta financiación no impide que la Comisión Europea realice un análisis de las sucesivas aportaciones estatales considerándolas como ayudas de Estado, aunque declare la compatibilidad de la misma<sup>45</sup>. Por tanto, la existencia de financiación comunitaria para un proyecto no altera el planteamiento general que se ha expuesto, y las sucesivas aportaciones se analizan bajo el planteamiento de las ayudas de Estado. Así lo pone de relieve la práctica de la Comisión.

Algo diferente sucede con aquellos proyectos de infraestructuras que están integrados en las redes transeuropeas y que se benefician, igualmente, de las diferentes fuentes comunitarias de financiación, entre ellas el presupuesto específico para estas redes. Según el Tratado, a través de su desarrollo se persigue defender el mercado interior; al mismo tiempo que se refuerza la cohesión económica, social y territorial de la Unión<sup>46</sup>. Dentro de las infraestructuras del transporte se encuadran las redes de carreteras, vías férreas y vías navegables, las autopistas del mar, los puertos de navegación marítima e interior, los aeropuertos

---

<sup>45</sup> En este sentido, las ayudas de Estado para el aeropuerto regional italiano de Falconara, ya citadas. En el Reino Unido pueden destacarse las ayudas al aeropuerto regional de New Cornwall. Este era un aeropuerto militar que pasó a ser propiedad del Condado de Cornwall, quien lo gestionaba a través de una sociedad limitada de capital íntegramente público. La adaptación de ese origen militar a un aeropuerto civil exigió la realización de diversas inversiones públicas para acometer obras de muy distinta naturaleza y adaptarse, además, a los requerimientos técnicos para obtener la licencia de la *Civil Aviation Authority* (CAA), necesaria para realizar sus operaciones. La ayuda también cubría los costes por adquisición de terrenos. La inversión pública provenía de distintas fuentes, incluyendo fondos FEDER, y fue objeto de posteriores inversiones también declaradas compatibles.

<sup>46</sup> Título XVI del TFUE, que prevé las redes transeuropeas en los ámbitos de las infraestructuras de transporte, de las telecomunicaciones y de la energía.

y otros puntos de interconexión entre redes nodales. Algunos proyectos referidos a tales infraestructuras pueden declararse de interés europeo y acceder, de forma prioritaria, a aquella financiación. Los diferentes actos jurídicos que han desarrollado las previsiones del Tratado en esta materia abarcan múltiples aspectos: elementos que los conforman, requisitos, procedimientos, prioridades, límites, etc.<sup>47</sup>. A los efectos de este trabajo merecen destacarse dos de ellos.

En primer lugar, cómo operan los límites cuantitativos de financiación comunitaria respecto a posibles aportaciones estatales. La financiación comunitaria no comprende el cien por cien de la inversión, sino solo una parte de la misma<sup>48</sup>. Es un problema real que ha merecido la preocupación de la Comisión. ¿Qué sucede si, existiendo esa financiación comunitaria, se produce una aportación estatal? El criterio utilizado ha sido analizar la aportación estatal como una ayuda de Estado compatible, siempre que se encuentre dentro de los límites máximos de financiación comunitaria. Es decir, la financiación estatal complementaria a la financiación comunitaria no puede rebasar aquel límite máximo. Al menos así se entiende en la financiación de las denominadas autopistas del mar, que están formadas también por infraestructuras<sup>49</sup>.

Otro matiz importante afecta a la clase de infraestructuras que pueden ser objeto de financiación por la vía de las redes transeuropeas. A diferencia de las ayudas regionales, en este caso se admite que aquella cubra infraestructuras de ámbito internacional, es decir, aquellas que deberían operar bajo el principio de autofinanciación. Ello podría llevar a compatibilizar financiación comunitaria con la financiación es-

<sup>47</sup> Para un desarrollo de este tipo de redes, J. A. GARCÍA DE COCA (2002), «Redes transeuropeas», en *Políticas Comunitarias* (Dir. A. CALONGE VELÁZQUEZ), Valladolid, Lex Nova, págs. 447-474; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2005), «La ordenación de las redes transeuropeas de transporte (RTT). Alcance y delimitación en el Derecho comunitario y español», en *I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI* (Coords. F. MARTÍNEZ SANZ y M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL), vol. 1, págs. 315-344.

<sup>48</sup> El artículo 4.3 del Reglamento (CE) núm. 67/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas, preceptúa que, con independencia de la forma de intervención elegida para la financiación (cofinanciación de estudios, bonificación de intereses, subvenciones directas, contribución a las primas de garantías, etc.), la ayuda comunitaria concedida no podrá superar el 10% del total de la inversión o el 20% de forma excepcional en determinados casos expresamente previstos en dicho artículo.

<sup>49</sup> En este sentido se expresan los apartados uno y siguientes de la *Comunicación de la Comisión por la que se ofrece orientación sobre las ayudas estatales que completan la financiación comunitaria para el lanzamiento de las autopistas del mar* (2008/C-317/08); el artículo 13 de la Decisión núm. 661/2010/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, *sobre orientaciones de la Unión para el desarrollo de la red transeuropea de transporte* (refundición), introduce una nueva regulación para este tipo de redes, potenciando la licitación pública.

tatal para este tipo de infraestructuras. Sería una excepción al sistema de autofinanciación derivado de su integración en una red transeuropea<sup>50</sup>. Tal y como se ha indicado, en el régimen general de ayudas de Estado la intervención estatal no sería posible, en la medida que a las infraestructuras de primer nivel o gran capacidad económica se les aplica el principio del inversor privado en una economía de mercado. Sin embargo, cuando estas infraestructuras forman parte de una red transeuropea, aquella prohibición desaparece para poder realizar el interés comunitario llamado a satisfacer.

Aquí se produce una cierta incoherencia. Todas las cautelas sobre financiación ceden si aquella infraestructura de primer orden se integra en un proyecto de red transeuropea. Debe ser que con dicho calificativo y financiación comunitaria no representa un peligro para la competencia a nivel comunitario. Como si el problema de la distorsión de la competencia fuera el origen de la financiación: si proviene del Estado puede alterarla, pero si proviene de la Unión europea no. Aquí falla algo<sup>51</sup>. En fin, que no parece que la Comisión Europea se aplique las mismas reglas que después exige a los Estados.

#### VIII. LA DESCONFIANZA COMUNITARIA DE LA ACTUACIÓN ESTATAL: MÁS DUDAS QUE CERTEZAS

Una de las consecuencias del planteamiento tradicional era que la Unión Europea no controlaba las inversiones que los Estados realizaban sobre sus infraestructuras de uso colectivo. Era algo propio de la competencia de estos, sin que hubiera que rendir cuenta a ninguna instancia sobre el dinero que se establecía para tales fines. Al fin y al cabo, ¿cómo cuestionar la construcción de unos bienes que se ponen a disposición de la colectividad para su beneficio? El planteamiento cambia en el momento en que se introducen criterios de rentabilidad económica en la gestión de tales infraestructuras y se beneficia a determinadas empresas que las usan de una forma intensiva.

La obra que financia un Estado deja de ser ya algo nacional, casi algo ínsito a su soberanía, para convertirse en un asunto de trascendencia co-

<sup>50</sup> La Decisión 661/210, citada en la nota anterior, establece un criterio de clasificación de las infraestructuras en razón de su tráfico o carga. Así, por ejemplo, en el caso de los puertos diferencia tres categorías (A, B y C) dependiendo de su volumen de actividad (art. 12.2); todos ellos pueden ser parte de una red transeuropea.

<sup>51</sup> Por último, cabe decir que la práctica ausencia de conflictos en relación a la financiación de las infraestructuras ferroviarias podría deberse a que la mayoría de los proyectos prioritarios de redes transeuropeas se encuentran en este sector. A diferencia de lo que ha sucedido en el ámbito aeroportuario, la extensión y el desarrollo de la red se han realizado más con esa financiación comunitaria y no a instancia de operadores privados.

munitaria, en la medida que afecta al mercado con esa dimensión. Obtener rendimiento económico por la explotación de tales infraestructuras (independientemente de su forma de explotación), ampliar o mejorar unas instalaciones para que sean usadas especialmente por unas empresas, determinan la insuficiencia del criterio del interés general para justificar en toda su extensión dicha actuación. El interés general sigue siendo un requisito imprescindible, como no podía ser de otro modo; pero necesita complementarse con otras exigencias.

Si esas infraestructuras tienen una relevancia económica de primer orden (infraestructuras de gran capacidad económica) deben someterse a las reglas del mercado, como cualquier otro operador económico. Por ello se les exige autofinanciación, rentabilidad, retorno de los costes; en definitiva, la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado. En estos casos, la inversión pública está vedada porque se trata de una ayuda de Estado incompatible con el mercado. En el supuesto de que esas infraestructuras no tengan una dimensión comunitaria, especialmente por su carácter regional, estaremos en presencia de una ayuda, aunque puede declararse compatible por la Comisión Europea.

Por el contrario, cuando la infraestructura se integra en una red transeuropea todas esas cautelas sobran, como si, por arte de magia, con aquella calificación desaparecieran los efectos negativos sobre el mercado o, de producirse, como lo dice la Unión Europea, esos efectos son posibles. Distinta vara de medir.

Esa pérdida de soberanía de los Estados sobre sus infraestructuras se hace con unas bases endebles, sin un acto normativo comunitario que establezca tales reglas. Se inducen de una jurisprudencia, la denominada *doctrina AdP*, que nace para un caso distinto del de la construcción de infraestructuras (un problema de tasas discriminatorias); se interpreta por la Comisión y son plasmadas en unas Directrices que carecen de valor normativo, sino que tienen un mero carácter interpretativo. Con esas bases, el Tribunal General confirma un cambio tan trascendental: ya no es una medida general de política económica, sino que ahora hay que aplicar el principio del inversor privado. Por otra parte, la aplicación de este principio chirría con los fines encomendados a la Administración pública, que no se mueve por razones de rentabilidad, sino porque debe cumplirse un fin público que la colectividad ha configurado como público.

Si los Estados hubieran actuado con neutralidad, posiblemente este salto no se hubiera dado. Es precisamente la ruptura de esa situación en sus diferentes manifestaciones (tasas abusivas o discriminatorias, inversiones selectivas, falta de transparencia y publicidad en el acceso a

las ayudas, abusar de la posición dominante como operador económico, la creación y potenciación de colaboraciones público-privadas sin transparencia, etc.) la que ha generado esa desconfianza comunitaria hacia esas inversiones públicas en infraestructuras. La parcialidad de los Estados como árbitros de los diferentes intereses económicos en juego, al mismo tiempo que operadores económicos en busca de rentabilidad, ha hecho saltar por los aires la idea originaria de las inversiones como medida general de política económica; lo que se estaba convirtiendo en la excusa perfecta para distorsionar el funcionamiento del mercado.

En este contexto, la desconfianza comunitaria está justificada por el distinto rol que ha asumido el Estado en materia económica. Ello es, en esencia, lo que parece justificar ese cambio de criterio, de las reglas que valoran la licitud o no de las inversiones públicas en las infraestructuras de uso colectivo sometidas a explotación económica. Con ello parece confirmarse la opinión de aquellos que creen que el peor enemigo de la competencia es, en muchos casos, el propio Estado. Ahora bien, lo que no resulta razonable es que un cambio o transformación de esa entidad sea consecuencia de una interpretación de la Comisión aceptada por un tribunal para un caso concreto, en lugar de una decisión de las autoridades competentes tras el debate correspondiente sobre el papel del Estado en relación con sus infraestructuras.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1994): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, 2 tomos, Madrid, Civitas.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1997): «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)», en *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons.
- ARPIO SANTACRUZ, Juan L. (2000): *Las ayudas públicas ante el Derecho de la Competencia*, Navarra, Aranzadi.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2003): *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid, INAP.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2003): *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (1998): «Sobre las infraestructuras en red», *REDETI*, núm. 1.
- ESTEVE PARDO, José (2001): *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ESTOA PÉREZ, Abel (2006): *El control de las ayudas de Estado*, Madrid, Iustel.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1993): *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda (2003): *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, Madrid, INAP.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2009): «El régimen jurídico de los aeropuertos», en *Derecho de los bienes públicos*, 2.<sup>a</sup> ed. (Dir. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch.

- GARCÍA DE COCA, José Antonio (2002): «Redes transeuropeas», en *Políticas Comunitarias* (Dir. A. CALONGE VELÁZQUEZ), Valladolid, Lex Nova.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 15.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel (1999): «Libre competencia en la infraestructura demanial», *REDETI*, núm. 4.
- (2000): *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Madrid, Montecorvo.
- (2010): *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Madrid, Iustel.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2001): *Los mercados de interés general: Telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Granada, Comares.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1996): *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, 2.ª ed., Madrid, Civitas.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2003): «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», en el núm. 161 de esta REVISTA.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, IV, Madrid, Iustel.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, y ESTEVE PARDO, José (Dir.) (2009): *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel.
- PÉREZ BERNABEU, Begoña (2008): *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria (concepto y tratamiento)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PETIT LAVALL, María Victoria (2007): «La gestión de los aeropuertos españoles», *REDA*, núm. 133.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José Wenceslao (1989): *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Madrid, Ministerio de Industria y Energía.
- RUIZ OJEDA, Alberto, y BENÍTEZ MORCILLO, Gabriel (2011): «Cielo Único Europeo y Cielos Abiertos Trasatlánticos. Bases de la nueva regulación para la competencia en el transporte aéreo», en *Derecho de la Regulación Económica. VI. Transportes* (dirigida por el primero), Madrid, Iustel.
- TORNOS MAS, Joaquín (2003): «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo* (Coord. Luis COSCULLUELA MONTANER), Madrid, Civitas.
- (2009): «Regulación de precios y tarifas», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2005): «La ordenación de las redes transeuropeas de transporte (RTT). Alcance y delimitación en el Derecho comunitario y español», en *I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI* (Coords. F. MARTÍNEZ SANZ y M.ª V. PETIT LAVALL), vol. 1.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (2001): «Las tarifas en la explotación de infraestructuras públicas», en Gaspar ARIÑO ORTIZ (Dir.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Granada, Comares.
- VILLAR ROJAS, Francisco José (2000): *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares.
- (2004): *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada, Comares.
- (2007), «Los descuentos en las tarifas por el uso de puertos y aeropuertos: una práctica controvertida», *REDETI*, núm. 28.

