



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho
Mercantil*

2009/22

febrero 2009

EL CASO *CHARLEROI* Y LAS DIRECTRICES DE 2005 A EXAMEN TRAS LA SENTENCIA DEL TPI DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008: EL PROBLEMA DEL PRINCIPIO DEL INVERSOR PRIVADO.

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
ifertorres@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>
Copyright © 2009 por el autor

EL CASO *CHARLEROI* Y LAS DIRECTRICES DE 2005 A EXAMEN TRAS LA SENTENCIA DEL TPI DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008: EL PROBLEMA DEL PRINCIPIO DEL INVERSOR PRIVADO.

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES
DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR AYUDANTE UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen: Recientemente el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo se ha pronunciado acerca del recurso planteado por la compañía *Ryanair* contra la Decisión de la Comisión 2004/393/CE de la Comisión Europea, de 12 de febrero de 2004, en el asunto *Charleroi* anulando la decisión adoptada por la Comisión. Partiendo de estas bases, el objetivo de este artículo es describir el marco de las Directrices *sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, de 9 de diciembre de 2005*, y señalar aquellos aspectos que incluso después de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Ryanair* contra la Comisión, todavía permanecen abiertos, y de manera especial, el principio del inversor privado.

Palabras clave: transporte aéreo, ayudas de estado, compañías aéreas de bajo coste.

Abstract: In a judgment issued in December 2008, the court of First Instance overturned the European Commission's decision that the low-cost *Ryanair* received state aid through its contract with *Charleroi* Airport (Decision 2004/393/CE, February the 12th 2004). Taking into account that this Decision is an important one in setting precedents for future state aid cases and to fix the general features of the 2005 Guidelines, this paper examines the role that the market economy investor principle play in the decision and judgement. However it is important to note that many important questions are left open.

Key Words: air transport, state aid, low-cost companies

SUMARIO:

I.	Liberalización del sector aeroportuario y las ayudas a las aerolíneas de bajo coste.....	4
II.	La decisión <i>Charleroi</i> de la Comisión.....	8
	A) Los contratos suscritos entre <i>Ryanair</i> y las autoridades locales.....	9
	B) La Decisión de la Comisión.....	11
III.	Las Directrices de 2005: líneas generales.....	14
IV.	La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2008: la cuestión del principio del inversor privado.....	22
	A) Planteamiento general.....	22
	B) La STPI de 17 de diciembre de 2008: valoración crítica.....	24
V.	Consideraciones finales.....	28

I.	Liberalización del sector aeroportuario y las ayudas a las aerolíneas de bajo coste.
----	--

El mercado europeo del transporte aéreo ha experimentado una evolución muy importante en la última década. Se ha liberalizado y han irrumpido en él con mucha fuerza compañías aéreas de talla comunitaria con una oferta de precios muy atractiva de bajo coste¹ que organizan su oferta sobre la base de aeropuertos secundarios. A este fenómeno se une el del incremento de la competencia, como consecuencia de la globalización y de las privatizaciones tanto de compañías aéreas como de aeropuertos. La Comisión Europea estima que la aparición de dichas compañías presenta indudables ventajas, entre otras, descenso de precios del transporte aéreo, democratización del acceso a éste modo de transporte, dinamización economías locales y promoción de la cohesión social². No obstante, la Comisión ha de velar y

¹ Según datos proporcionados por la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las *"Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales a la puesta en marcha para las compañías aéreas que operan a partir de aeropuertos regionales"* (cdo. 6), la cuota de mercado de las compañías de bajo coste ascendía al 20,8% en 2004, frente a un 4% en 1998, quintuplicándose su capacidad en el período 1989–2002, con un aumento medio del 40%, y llegando a transportar en 2004 más de 62 millones de pasajeros en la UE las tres principales compañías aéreas de bajo coste (*Ryanair, Easyjet y AirBerlin*). Vid. El Libro blanco, relativo a *"La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad"*, COM/2001/0370 final.

Según *Official Airlines Guide–OAG* (2006), las compañías de bajo coste tenían una cuota del 4% del total de asientos disponibles en el mercado intra-europeo en marzo de 2001, mientras que dicha cuota era del 22% en septiembre de 2007. Las compañías de bajo coste representan el 30% del total de los asientos disponibles en el mercado intra-europeo (con un incremento del 6% respecto del año anterior). La *Association of European Airlines – AEA* (2006) establece que la cuota de las compañías de bajo coste, en términos de asientos disponibles en el mercado intra-europeo, es de entorno al 25% si sólo se considera la oferta regular, descendiendo al 20% si se considera tanto la oferta regular como los vuelos chárter. Estos datos se refieren a la temporada de verano de 2006.

² Sobre los beneficios que derivan del desarrollo de los aeropuertos regionales vid. *The social and economic impact of airports in Europe*, Airports Council International (ACI), de enero de 2004, www.aci-europe.org.

asegurar que se respeten las normas del mercado interior, especialmente las que garantizan una competencia leal de tal manera que ésta no se vea distorsionada a través de los mecanismos de subvención y financiación que los poderes públicos emplean para atraer a estos operadores (arts. 87 a 89 TCE).

La utilización de fondos públicos para atraer a las compañías de bajo coste ha sido contestada sobre todo por las compañías aéreas tradicionales quienes no han dudado en presentar diversas denuncias ante la Comisión planteando si los subsidios que los operadores reciben no deberían ser considerados ilegales. La cuestión estuvo sin resolverse hasta el año 2004 fecha en la que la Comisión adopta su decisión en el caso *Charleroi*, Decisión 2004/393/CE de la Comisión Europea, de 12 de febrero de 2004. A esta decisión le siguieron algunas otras como la de los aeropuertos regionales alemanes³ o *Intermed*⁴. En todos estos casos se puso de manifiesto la

³ La Comisión Europea en su Decisión de 19 de enero de 2005 (asunto N644i/2002) autorizó o consideró compatibles con la legislación europea un régimen de ayudas estatales concedidas por el Gobierno alemán para la construcción y desarrollo de los aeropuertos regionales situados en regiones estructuralmente débiles y, que se aplicarían en el período 2004–2006. Esas ayudas autorizadas sólo podían emplearse para cubrir las inversiones en la infraestructura de los aeropuertos sin que en ningún caso pudieran utilizarse para cubrir los gastos de explotación ordinaria de los aeropuertos. La Comisión Europea pone de manifiesto que alrededor de cuarenta aeropuertos respondían en Alemania a los criterios señalados por el Gobierno alemán. Es difícil evaluar con precisión el número de aeropuertos y aeródromos que tienen derecho a obtener ayudas o subvenciones. En la práctica, señala la Comisión. Por año, se venían autorizando entre dos y seis subvenciones. La mayor parte de los aeropuertos afectados recibían anualmente menos de 50.000 pasajeros mientras que algunos llegaban casi al millón. Las subvenciones concedidas en los últimos años fueron inferiores a 10 millones de euros por año.

⁴ La Decisión de 20 de octubre de 2004 (asunto C79/2002) de la Comisión Europea en el caso *Intermed*, llevó a la autorización, bajo ciertas condiciones, de ayudas concedidas de

existencia de una práctica de ayudas a las compañías de bajo coste – otorgadas bajo formas múltiples– carentes de regulación lo que vino sin duda a generar la necesidad del establecimiento de un marco jurídico claro aplicable a estos nuevos protagonistas. Las líneas básicas de estas Decisiones fueron desarrolladas y en parte asumidas por las *Directrices sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, de 9 de diciembre de 2005*⁵ (en adelante, las Directrices 2005) que vinieron a

forma ilegal por la Comunidad Autónoma catalana a la compañía aérea *Intermed, S.L.*, para la puesta en marcha de la línea aérea Gerona-Madrid. Las condiciones fueron impuestas por la Comisión Europea similares a las fijadas en el caso *Ryanair*.

i) las ayudas deben ser necesarias para la apertura de nuevas líneas, tener carácter de incentivo, ser proporcionales al objetivo contemplado, concederse de acuerdo con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación de las compañías, ir acompañadas de un mecanismo de sanción en caso de no respeto de los compromisos del transportista y no ser acumulables con ayudas de carácter social o con compensaciones de servicio público;

ii) las ayudas deben ser limitadas en el tiempo (en este caso, de tres años) y de una intensidad máxima del 50% de los costes netos de la puesta en marcha, costes sobre los que el aeropuerto debe tener un control (las ayudas deberán estar disponibles en un futuro para cualquier compañía que se instale en Gerona).

La Comisión Europea consideró que las ayudas concedidas a *Intermed, S.L.*, en Gerona eran compatibles con el mercado común conforme a la política de transportes, en la medida en que permiten fomentar y garantizar una mejor explotación de las infraestructuras aeroportuarias, que en la actualidad están infrutilizadas y que representan un coste para la colectividad. El desarrollo resulta beneficioso para las regiones, al garantizar una mayor rentabilidad de los bienes públicos existentes y facilitar el desarrollo económico regional (a través del empleo y el turismo). Vid. PETIT LAVALL, *Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones Ryanair e Intermed*, cit., págs. 16 y sigs.

⁵ Vid. la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las *Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales a la puesta en marcha para las compañías aéreas que operan a partir de aeropuertos regionales*, de 9 de diciembre de 2005, 2005/C 312/01 (DOCE C 312, de 9 de diciembre de 2005); y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre “*El futuro de los aeropuertos europeos*”, de 10 de octubre de 2007 (2007/C 305/03, DOUE de 15 de diciembre de 2007).

completar las de 1994⁶. Estas Directrices se establecen con vistas a ampliar las vías de obtención de ayudas directas para la explotación de las rutas aéreas, incluidas las ayudas a la puesta en marcha para las compañías que operen a partir de aeropuertos regionales, sin distinciones entre los posibles beneficiarios en atención bien a su forma jurídica, o bien a su pertenencia al sector público o privado. Este documento aclara distintos aspectos sobre si las ayudas a los operadores de bajo coste vulneran las normas comunitarias sobre competencia o no; no obstante, aún quedan pendientes de resolver determinadas cuestiones –como, por ejemplo, la concreción del principio del inversor privado– en relación con las cuales el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas está llamado a desempeñar un papel de vital importancia como máximo intérprete a estas disposiciones.

Recientemente, el Tribunal de Primera Instancia ha dictado Sentencia sobre el recurso interpuesto por parte de *Ryanair* contra la decisión de la Comisión si bien, adelantamos ya, que esta resolución no tiene –por los motivos que explicaremos más adelante– toda la trascendencia que se esperaba.

Partiendo de estas bases, el objetivo de este artículo es describir el marco de las directrices sobre las ayudas de Estado a los aeropuertos regionales y a las compañías de bajo coste, y señalar aquellos aspectos que incluso después de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Ryanair* contra la Comisión, todavía permanecen abiertos. Para ello,

⁶ Las Directrices de 1994 regulan caso exclusivamente las condiciones de concesión de ayudas estatales a las compañías aéreas pero no contempla las ayudas para las infraestructuras (vid. art. Monillas homenaje a Menéndez). Admiten las ayudas directas a la explotación de líneas aéreas sólo cuando existan obligaciones de servicio público o, cuando las ayudas tengan carácter social. Junto a ello, admite las ayudas a la reestructuración de las compañías aéreas siempre y cuando cumplan una serie de condiciones.

hacemos referencia a las líneas elementales de fundamentación que sostienen la decisión de la Comisión en el asunto *Charleroi*, al contenido y alcance de las Directrices de 2005 para, en un último apartado, analizar la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo y ofrecer mi particular análisis o impresiones de cara al futuro de las líneas aéreas de bajo coste.

II. La decisión *Charleroi* de la Comisión.

Tal y como hemos adelantado antes, los cambios experimentado en el sector aeroportuario (incremento de la oferta de aeropuertos para atraer nuevas rutas e incremento de la competencia en el sector) han llevado a que se planteen en los últimos años nuevas cuestiones en relación con la aplicación de las normas de competencia del Tratado CE y, más especialmente, en materia de ayudas estatales. Así, los operadores de bajo coste han ido firmando acuerdos con las autoridades públicas, cada vez más complejos y sofisticados, que han obligado a la Comisión a colmar el escaso desarrollo reglamentario de los artículos 87 y 88 TCE mediante sus Decisiones determinando cuándo una ayuda pública en el sector aéreo es compatible con el Derecho Comunitario de la competencia.

A) Los contratos suscritos entre *Ryanair* y las autoridades locales.

La Decisión en el caso *Charleroi* constituye un buen ejemplo de este fenómeno. Resumidamente, los hechos son los siguientes:

En el año 2000, *Ryanair* –primera y principal compañía aérea de bajo coste en Europa– entabla negociaciones para instalar en *Charleroi* su primera base de operaciones en Europa continental. Al término de dichas negociaciones, en noviembre de 2001, suscribe un convenio con la Región Valona (propietaria del aeropuerto de *Charleroi*, y otro con *Brussels South Charleroi Airport* (BSCA, en adelante), empresa pública controlada por la Región Valona que gestiona y explota dicho aeropuerto en calidad de concesionaria desde 1991⁷.

El primero de los contratos, suscrito con la Región Valona, concede a *Ryanair* una modificación de los horarios de apertura del aeropuerto y una reducción del 50% de las tasas de aterrizaje durante un período de 15 años. Además, según contrato la base imponible para realizar dicho cálculo se establece por pasajero embarcado y no por el peso del avión tal y como prevé el régimen general. Al mismo tiempo, la Región Valona se compromete a compensar a *Ryanair* por las pérdidas que eventualmente pudiera sufrir la compañía en caso de modificación de las tasas u horarios por decreto o reglamento.

El segundo contrato prevé el compromiso de BSCA de contribuir a los gastos soportados por *Ryanair* para instalar en *Charleroi* su base de operaciones:

- el pago de una cantidad de hasta 250.000 euros por los gastos de hotel y de manutención del personal de *Ryanair*;

⁷ Dicha concesión, establecida por un período de 50 años, prevé que BSCA perciba el 65% de las tasas relacionadas en el tráfico aéreo en compensación por efectuar determinadas misiones de interés general.

- el pago de una cantidad de 160.000 euros por cada nueva ruta abierta, con un límite de tres rutas por cada avión basado en *Charleroi*, o sea un máximo de 1.920.000 euros;
- el pago de una cantidad de 768.000 euros por los gastos de contratación y formación de personal de vuelo destinado a los nuevos destinos servidos a partir del aeropuerto de *Charleroi*;
- el pago de una cantidad de 4.000 euros para la compra de equipo de oficina;
- la puesta a disposición de *Ryanair* "a un coste mínimo o nulo" de diversos locales técnicos y despachos.

Con arreglo a dicho Convenio, BSCA factura 1 € por pasajero a *Ryanair* por la prestación de servicios de asistencia en tierra, en vez de la tarifa habitual de 10 € concedida a las demás compañías aéreas. Ningún otro operador se beneficiaba de ninguna de estas ventajas.

Finalmente, en el contrato se prevé la creación de una empresa conjunta (*Promocy*) –entre *Ryanair* y BSCA–, destinada a financiar la publicidad de las actividades de *Ryanair* en *Charleroi* y del aeropuerto. Como contrapartida, *Ryanair* asume el compromiso de utilizar *Charleroi* como base para un número de entre 2 y 4 aeronaves, a efectuar tres rotaciones por día y por avión durante un período de 15 años. Asimismo, se compromete a reembolsar a BSCA la totalidad o una parte de las cantidades abonadas por ésta en el caso de que decidiera una retirada importante del aeropuerto.

B) La Decisión de la Comisión.

Para la correcta valoración de las medidas controvertidas, la Comisión comienza por analizar las ventajas otorgadas a *Ryanair* –tanto por la Región Valona como por BSCA– para decidir si existe o si esas ventajas constituyen una ayuda estatal en el sentido del artículo 87.1 TCE⁸.

En relación con el acuerdo suscrito con la Región Valona, la Comisión entiende que no es aplicable el principio del inversor privado en una economía de mercado al considerar que la fijación de los cánones de aterrizaje forma parte de las potestades legislativas y reglamentarias de la Región Valona y no de una actividad económica. Son embargo, la Comisión entiende que las ayudas concedidas a *Ryanair* por la Región Valona son discriminatorias (al haberse concedido la ayuda a una única compañía aérea)⁹, no transparentes (mediante un contrato privado y no estableciendo de forma legal un régimen de incentivos o un sistema de descuentos aplicable a las tarifas) y contrarias al principio de proporcionalidad pues se han concedido por un período de tiempo excesivo (15 años) tanto en lo que a la aplicación de descuentos en las tarifas se refiere como en relación con

⁸ Vid. KRISTOFERITSCH/SIGNES DE MESA, *El futuro de las aerolíneas de bajo coste (A propósito de la decisión Charleroi y las Directrices sobre la financiación de aeropuertos y puestas en marcha de nuevas rutas)*, REDE (2006)20, págs. 533–554; PETIT LAVALL, *Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones Ryanair e Intermed*, Derecho de los Negocios (2005)182, págs. 9 y sigs; RODRÍGUEZ MIGUEZ, *Aeropuertos Regionales y Aerolíneas de bajo coste*, Anuario de la Competencia, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 283.

⁹ La Región Valona favorece en exclusiva a *Ryanair* al no ofrecer la tarifa aplicada a ésta a todas las Compañías interesadas de manera no discriminatoria. En este sentido, la Comisión recuerda en su Decisión, que en el asunto Reino Unido–aeropuerto de Manchester (Decisión de 14 de julio de 1991, ayuda estatal NN 109/98), había reconocido que un aeropuerto podía establecer un régimen de descuentos no discriminatorios por un período limitado.

las garantías de futuras compensaciones. La Comisión deduce de todo ello que las ayudas constituyen una ventaja conforme al artículo 87.1 TCE ilegal o incompatible con el mercado común.

En cuanto a las medidas adoptadas por BSCA a favor de *Ryanair* la Comisión considera que BSCA no ha respetado el principio del inversor privado en una economía de mercado, por lo que las ventajas concedidas constituyen ayudas de Estado susceptibles de falsear la competencia. En efecto, la Comisión estima que las ventajas concedidas no son las propias de un inversor privado y prudente puesto que BSCA no adoptó su decisión de ayudar atendiendo a la rentabilidad real y razonable que podía esperar sino que lo hizo porque, teniendo en cuenta su carácter público y el apoyo que la Región Valona le procuraba, podía afrontar unos riesgos que un inversor privado nunca habría asumido. Sostiene que las ayudas sólo se otorgan a *Ryanair*; son por tanto específicas, implican una transferencia de fondos públicos/estatales en beneficio de *Ryanair*, suponen la asunción por el Estado de los costes de explotación que corresponden a la compañía aérea lo que no sólo falsea la competencia en una o varias rutas aéreas y un determinado segmento del mercado, sino en la totalidad de trayectos de *Ryanair* fortaleciendo así la posición de esta última en el mercado respecto a todas las demás compañías aéreas.

La Comisión no se opone a las ayudas destinadas a la apertura de nuevas rutas o a incrementar la frecuencia del tráfico aéreo pues éstas pueden ser un instrumento necesario para el desarrollo de los aeropuertos regionales pequeños. Ahora bien, cualquier ventaja o ayuda debe cumplir una serie de condiciones: que sean proporcionales al número de pasajeros, que estén

limitadas en el tiempo, que estén relacionadas con un período de puesta en marcha, que el procedimiento esté abierto a todas las aerolíneas y, finalmente, que se establezca un sistema de sanción para los casos en que las compañías aéreas no respeten los compromisos alcanzados con un aeropuerto al recibir las ayudas. Atendiendo a estos criterios la Comisión considera que las ayudas en relación con la asistencia en tierra son incompatibles con arreglo al artículo 87.1 TCE al constituir una ayuda operacional reservada para *Ryanair* y no publicada con antelación. Las demás ayudas concedidas por BSCA, a saber, la contribución a las actividades de comercialización, los incentivos únicos y la puesta a disposición de despachos son compatibles a condición de que tengan una duración limitada (5 años), sean decrecientes, necesarias y proporcionales, con el objetivo buscado (no debe superar el 50% de los costes acumulados de la puesta en marcha), cumplan con los requisitos de transparencia, de no discriminación y prohibición de acumulación con otras ayudas o subvenciones.

A juicio de la Comisión, las ayudas declaradas incompatibles deben ser recuperadas con carácter inmediato.

III. Las Directrices de 2005: líneas generales.

El caso *Ryanair/Charleroi* constituye un verdadero *leading case*, que no sólo ha servido para analizar y resolver por primer vez en detalle el problema sino que, además, tal y como adelantamos en la introducción, se ha aplicado a otros casos posteriores y ha servido de inspiración para elaborar las Directrices adoptadas por la Comisión a las que nos hemos venido refiriendo.

En efecto, tras examinar el caso planteado por las ayudas a *Ryanair*, la Comisión llega a la conclusión de que el tema de las ayudas es una materia que tiene enorme trascendencia para la competencia en el sector aéreo y para lograr la cohesión económica y social en el ámbito de la Comunidad Europea. Las compañías aéreas de bajo coste se ven como la única alternativa posible para lograr ese objetivo. Ahora bien, como quiera que las ayudas pueden falsear el mercado y vulnerar por tanto la normativa de competencia, la Comisión aprueba las Directrices de 2005 con vistas a diseñar un marco favorable al desarrollo de los aeropuertos regionales pero que, al mismo tiempo, atiende a los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad. Estas directrices pretenden especificar cómo debe aplicarse la normativa de competencia a los diferentes modos de financiación de los aeropuertos y a las ayudas de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operan desde aeropuertos regionales.

Las Directrices de 2005 adoptan un enfoque favorable al desarrollo de los aeropuertos regionales sin falsear la competencia. Es por esta razón por la cual someten a control la totalidad de las ayudas que provengan de los Poderes públicos, ya sean nacionales, regionales o locales, que beneficien a los aeropuertos (en especial, los aeropuertos regionales), los operadores aeroportuarios y las compañías aéreas, incluyendo cualesquiera ventajas financieras, con independencia de su forma¹⁰, salvo que, tal como resulta de

¹⁰ Es preciso advertir que las Directrices de 1994, de conformidad con el enfoque tradicional de la Comisión Europea, entendían que la financiación pública de la construcción y desarrollo de aeropuertos no entraba dentro del ámbito de aplicación del control de las ayudas estatales. Desde esta perspectiva, las transformaciones de la industria aeroportuaria han hecho variar el referido planteamiento.

la jurisprudencia comunitaria, se equiparen a inversiones privadas realizadas con arreglo a criterios de economía de mercado.

Aunque las Directrices no son normas jurídicas, sus criterios tienen eficacia jurídica vinculante, por lo que otorgan seguridad, reduciendo los márgenes de libertad de decisión¹¹. Son el fruto de la reiteración de una serie de criterios aplicados en sucesivos casos concretos en el ejercicio de sus funciones *ex* artículo 88 del TCE, con el respaldo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Comisión Europea deberá, pues, atenerse a estas Directrices para evaluar y, por consiguiente, aprobar o rechazar la financiación pública de los aeropuertos (infraestructuras, equipamientos, servicios aeroportuarios y ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas)¹². En definitiva, estas

¹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *"Derecho europeo de la competencia", Antitrust e intervenciones públicas*, Editorial Lex Nova, Universidad de Valladolid, págs. 525 y sigs. El autor advierte que la ausencia de desarrollo reglamentario del TCE en esta materia ha sido en parte suplida por la publicación en la serie C del Diario Oficial de una serie sucesiva y creciente de criterios sustantivos y adjetivos que la Comisión Europea se comprometía a aplicar en el ejercicio de las potestades que le atribuyen los artículos 87 y 88 del TCE. Se trata de comunicaciones, encuadramientos o marcos, directrices o cartas de carácter no normativo, pero cuyos criterios tienen un efecto vinculante análogo en razón de los principios generales del Derecho que obligan a su aplicación efectiva una vez publicados (sobre el *soft law*, vid. SARMIENTO, *El soft law administrativo*, Pamplona, 2008, en especial, págs. 82 y sigs.; GÓMEZ-FERRER RINCON, *El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones*, REDE 18, 2003, págs. 687 y sigs.

¹² Debe advertirse que la crisis que sufrió el sector del transporte aéreo tras los atentados del 11-S (vid. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 10 de octubre de 2001*, COM (2001)574 final) animó a los Gobiernos a conceder subvenciones a sus líneas aéreas lo que generó dificultades a las compañías aéreas comunitarias que debían competir con líneas aéreas de terceros países que recibían subvenciones. Por eso, la Comisión Europea se propuso adoptar medidas correctoras.

Directrices pretenden clarificar en qué medida y en qué condiciones la Comisión Europea aprueba la financiación pública de los aeropuertos así como las ayudas estatales a la puesta en marcha de rutas aéreas en los aeropuertos regionales, de conformidad con las normas y los procedimientos comunitarios sobre ayudas estatales establecidos en los artículos 87 y 88 TCE (cdos. 53 y ss.)¹³ y, en parte, en el artículo 86¹⁴.

En primer lugar, en relación con la financiación de las infraestructuras aeroportuarias, la evaluación de la compatibilidad o no de las ayudas con el mercado común ha de partir necesariamente de los artículos 86.2 y 87.3 del TCE que determinan, por un lado, las excepciones a la normativa comunitaria sobre ayudas estatales y, por otro, enumeran las ayudas que pueden declararse compatibles con el mercado común (cdos. 55 a 61). La valoración requiere de la Comisión Europea la toma en consideración de su adecuación o no a un objetivo de interés general claramente definido (desarrollo regional o la accesibilidad), su necesidad y proporcionalidad respecto al objetivo marcado, sus perspectivas de utilización a medio plazo, su accesibilidad en condiciones de igualdad y no discriminación, y siempre que el desarrollo de

¹³ DONY/SMITS, *Aides d'Etat*, Institut d'Etudes Européennes, eds. de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2005; ESTOA PÉREZ, *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2006; DONY, *Commentaire J. Mégret: contrôle des aides d'Etat - Droit communautaire de la concurrence*, eds. de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 3ª ed., 2007, Tomo 3, Volume n°2.

¹⁴ El artículo 86.2 del TCE establece una exención básica a la ayuda estatal cuando esta subvención se halla vinculada a la gestión de un servicio de interés económico general confiado a una empresa.

los intercambios no quede afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad (cdo. 61).

En segundo lugar, por lo que se refiere a las subvenciones a la explotación de infraestructuras aeroportuarias, la Comisión Europea entiende que la explotación de las infraestructuras constituyen operaciones corrientes del aeropuerto, por lo que la financiación pública es una ayuda al funcionamiento, sujeta a lo establecido en el artículo 87.1 del TCE. Por tanto, en principio han de entenderse incompatibles con el mercado común, salvo que constituyan compensaciones por servicio público que garanticen una adecuada satisfacción del interés general (cdos. 62 a 67)¹⁵.

¹⁵ A este respecto, la STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, asunto C-280/00, comienza recordando que deben ser consideradas ayudas las intervenciones, de cualquier forma, susceptibles de favorecer –directa o indirectamente– empresas o agentes económicos, o las que proporcionen una ventaja económica que la beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones de mercado normales. Resuelve que las compensaciones de servicio público no constituyen ayudas estatales en el sentido del artículo 87 del TCE cuando se cumplen los siguientes criterios:

- i) la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y las obligaciones deben estar claramente definidas;
- ii) los parámetros para la base del cálculo deben estar previamente establecidos de forma clara y objetiva; iii) la compensación no puede superar la cuantía que sea necesaria para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público;
- iv) si la elección de la empresa se realiza fuera del marco de la contratación pública, la compensación ha de determinarse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa de transporte media habría soportado.

Al respecto, vid. MEROLA/MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, Cahiers de Droit européen Vol. 34, 2003, págs. 3-4 y en relación con las compensaciones por obligaciones de servicio público y la decisión en el caso *Altmarkt*, DONY/SMITS, "Les compensations d'obligations de services public", págs. 109 y sigs.

En tercer lugar, cuando el aeropuerto sobrepase el umbral de dos millones de pasajeros anuales, la actividad de prestación de servicios debe ser autosuficiente. Sólo es admisible el otorgamiento de subvenciones a la actividad de prestación de servicios aeroportuarios a favor de un gestor aeroportuario como prestador de un servicio de interés económico general, o en su condición de autoridad pública (cdos. 68 a 70).

En cuarto y último lugar, las Directrices se ocupan de las ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas, (cdos. 71 a 81). Siguiendo los criterios ya fijados en las Decisiones en los casos *Ryanair* e *Intermed* así como los principios marcados por el Comité de las Regiones en el Dictamen de 22 de diciembre de 2004¹⁶, la Comisión Europea entiende que:

- i) un aeropuerto público puede conceder a una compañía aérea ventajas financieras, utilizando sus propios recursos. Dichas ventajas no tienen la consideración de ayudas si el aeropuerto demuestra que actúa como lo haría un inversor privado (aportando a estos efectos un plan de negocio que acredite las perspectivas de rentabilidad para su actividad económica como aeropuerto); y
- ii) se consideran ayudas estatales las asignaciones, por un aeropuerto privado, que supongan una redistribución de los recursos públicos que le han sido previamente concedidos (“no es de hecho sino una redistribución de recursos públicos...en la medida en que la decisión

¹⁶ Dictamen del Comité de las Regiones, *Las compañías aéreas de bajo coste y el desarrollo territorial* (2004/C318/02, DO númc. 318, de 22 de diciembre de 2004, págs. 7 y sigs.) en relación con los requisitos de las Directrices sobre ayudas estatales (observaciones 20 y sigs.).

de redistribuir los citados recursos sea imputable a las autoridades públicas” cdo. 51).

Los aeropuertos pequeños pueden tener problemas para alcanzar el umbral de rentabilidad¹⁷, por lo que sin ayudas difícilmente pueden sobrevivir¹⁸. Más aún, es difícil que los pequeños aeropuertos alcancen por sí solos ese umbral de rentabilidad ya que las compañías –ya sean las de bajo coste, las chárter o las tradicionales– no quieren asumir *a priori* el riesgo de instalarse en ellos prefiriendo los aeropuertos con mucha experiencia, bien conectados y situados, y donde disponen generalmente de franjas horarias que no están dispuestas a perder.

Por lo tanto, si no es con un incentivo, no se muestran favorables o propicios a asumir el riesgo que supone la apertura de rutas a partir de aeropuertos desconocidos que no han demostrado su potencial. Por estos motivos, la Comisión Europea acepta que se concedan temporalmente (por

¹⁷ No existe una cifra objetiva que determine el umbral de rentabilidad. El Comité de las Regiones en su Dictamen de 2 de julio de 2003 sobre las “*Capacidades aeroportuarias de los aeropuertos regionales*”, señala que según los cálculos efectuados con el *Airport Business Model* (RAND Europa, 2003) un aeropuerto necesita aproximadamente 1’5 Millones de pasajeros al año para ser rentable. El estudio realizado por la Universidad de *Cranfield* antes citado, precisa que las cifras varían en función de los países y de la manera en que estén organizados los aeropuertos (5.33 y 6.11) de tal manera que unas veces basta una cifra de 500.000 pasajeros anuales mientras que para otras es necesario llegar al millón.

¹⁸ Así lo reconoce la Comisión en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las tasas aeroportuarias, COM (97)154 final (DOC 257, de 22 de agosto, 1997, págs. 2 y sigs.): “El buen funcionamiento de la mayoría de estos pequeños aeropuertos, que tienen una importancia capital para la cohesión económica y social de la Unión, requiere un apoyo importante y regular por parte del Estado y de las colectividades locales, o en apoyo financiero, en algunos casos, de los aeropuertos más importantes...”.

un plazo máximo de 3 ó 5 años)¹⁹ ayudas para la apertura de nuevas rutas y aumento del volumen neto de pasajeros a partir del aeropuerto en cuestión²⁰ –un aeropuerto regional de la categoría C y D, y, excepcionalmente, de los de categoría B–, permitiéndoles alcanzar el umbral de rentabilidad.

En cualquier caso, las ayudas han de ser decrecientes –disminuyendo progresivamente, de manera que las subvenciones más importantes sirven para financiar la fase inicial de los aeropuertos reduciéndose a medida que aumente el número de pasajeros– y, proporcionales (entre el objetivo del desarrollo del aeropuerto y las ayudas concedidas, entre éstas y los costes asumidos por el beneficiario y el período mínimo durante el cual éste se compromete a ejercer sus actividades en el aeropuerto).

¹⁹ En relación con las regiones ultraperiféricas, se acepta la concesión de determinadas facilidades en beneficio de las que están afectadas por un déficit de accesibilidad. De otra manera, las ayudas a la puesta en marcha de rutas a partir de regiones ultraperiféricas puede beneficiarse de criterios más flexibles en cuanto a su intensidad y duración (5 años).

²⁰ Las ayudas no deben pagarse cuando la ruta ya esté explotada, tanto si es por un servicio aéreo como por un servicio ferroviario de alta velocidad equivalente. A este respecto, la Unión Europea está fomentando el desarrollo de los aeropuertos regionales, concediendo financiación para el desarrollo de las infraestructuras aeroportuarias. Al mismo tiempo, trata de impulsar el desarrollo ferroviario de las líneas de alta velocidad, por lo que inadmite las ayudas en los casos en que éstas existan. De esta manera, la Comisión Europea contradice su máxima de fomentar la intermodalidad o complementariedad de estos modos de transporte tal y como preconiza el Libro blanco sobre *“La política europea de transportes para el 2010: la hora de la verdad”* [COM (2001)370 final], al considerar que el tren de alta velocidad compite en la demanda con el transporte aéreo. Vid. en relación con esta materia: SÁNCHEZ PAVÓN, *Las ayudas públicas y su influencia sobre la competencia entre los aeropuertos europeos. Análisis desde la normativa y jurisprudencia comunitarias*, cit., pág. 15.

Finalmente, la Comisión Europea insiste en la conveniencia de la transparencia y publicidad de las ayudas concedidas. A este respecto, los Estados Miembros deben velar porque se publique anualmente, para cada aeropuerto, la lista de las rutas que perciban ayudas especificando el beneficiario, la cuantía, la fuente de financiación y el número de pasajeros afectados.

En definitiva, las ayudas a las que se refieren las Directrices pueden modificar las condiciones de comercio en dos niveles distintos:

- por un lado, cuando resulta afectado el comercio en el mercado de los servicios de transporte aéreo europeo crea directamente distorsiones como consecuencia de la reducción de los costes de explotación de los beneficiarios; y,
- por otro lado, cuando se produce una distorsión del comercio en el mercado de los servicios aeroportuarios incitando a las compañías, en su caso, a deslocalizarse de un aeropuerto a otro.

Las Directrices de 2005 han venido a precisar los métodos de financiación de los aeropuertos y las posibilidades de ayudas directas a la explotación de las rutas aéreas contribuyendo a dotar de seguridad jurídica al sector del transporte aéreo de manera relevante, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

- IV. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2008: la cuestión del principio del inversor privado.

A) Planteamiento general

Las críticas formuladas acerca de la Decisión de la Comisión en el asunto *Charleroi* tanto por parte de la compañía aérea como por parte de la Asociación de aerolíneas de bajo coste, la Federación de Aeropuertos Regionales y el Comité de las Regiones de Europa, se han centrado en torno a la idea de que la Comisión no aplica correctamente en su Decisión el “*test del inversor privado*” al entender este sector crítico que todo inversor privado habría ofrecido subvenciones a la aerolínea asegurándose la rentabilidad en el largo plazo. Lo cierto es que la Comisión utiliza un criterio excesivamente rígido y formalista al no tener en cuenta los riesgos asumidos por la compañía aérea de bajo coste al suscribir los acuerdos controvertidos, en especial, al comprometerse a convertir *Charleroi* en base operativa y mantener en el citado aeropuerto 4 aeronaves. Ignora la Comisión que la naturaleza y nivel de incentivos de los que *Ryanair* –en virtud de los acuerdos suscritos– es beneficiaria son similares a los que confieren los aeropuertos privados en idénticas circunstancias y que en este sentido, el aeropuerto de *Charleroi* realizó importantes esfuerzos con vistas a atraer otras compañías – compañías que estuvieran dispuestas a establecer su base operativa en *Charleroi*– pese a lo cual nadie –a excepción de *Ryanair*– quiso asumir ese riesgo. La Decisión pone en tela de juicio la viabilidad del negocio del aeropuerto *Charleroi* al sugerir que la relación con la región Valona le dio unas ventajas añadidas que un operador nunca habría conseguido. Si esto fuera así, es decir, siguiendo el razonamiento de la Comisión, ningún aeropuerto público (ni ninguna compañía pública) podrá nunca demostrar que cumple o respeta el principio del inversor privado. De hecho, muchos

aeropuertos han sido privatizados con éxito tras haberse convertido en un centro aeroportuario de referencia con gran tráfico aéreo gracias a incentivos, ayudas y descuentos similares a los ofrecidos por el aeropuerto de *Charleroi*.

Pero, probablemente, una de las cuestiones más polémicas de la Decisión es la valoración o apreciación que hace tanto de la Región Valona como del gestor aeroportuario –BSCA–. En efecto, la Decisión resulta confusa y contradictoria por cuanto en ocasiones considera que ambos entes forman una entidad jurídica única y, otras veces, sin embargo, estima que son entidades independientes.

En definitiva, tres son los reproches que hace *Ryanair* a la Comisión en relación con la cuestión señalada: i) que no tomó en consideración que la Región Valona y BSCA debían considerarse una sola y misma entidad; caso de considerarlas entidades independientes, estima ii) que incurrió en un error al negarse a aplicar el principio a las medidas adoptadas por la Región Valona; iii) que aplicó incorrectamente dicho principio a BSCA.

B) La STPI de 17 de diciembre de 2008: valoración crítica

A la vista de las consideraciones señaladas, la compañía de bajo coste *Ryanair* decide interponer un recurso de anulación de la Decisión 2004/393/CE de la Comisión, de 12 de febrero de 2004 ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. En apoyo de su recurso, la demandante invoca dos motivos. El primero de ellos, sobre el que ni siquiera entra a pronunciarse el Tribunal al estimar las pretensiones de la demandante, se basa en el incumplimiento de la obligación de motivación

establecida en el artículo 253 CE. En el segundo, la demandante –*Ryanair*– impugna la calificación de ayudas estatales de las medidas controvertidas y alega una violación del artículo 87.1. En concreto, la demandante acusa a la Comisión de no haber aplicado o haber aplicado incorrectamente al conjunto de medidas controvertidas el principio del inversor privado en una economía de mercado, criterio apropiado para valorar si unas medidas pueden calificarse de ayudas.

Antes de entrar en materia, el Tribunal realiza una serie de precisiones sobre el concepto de ayudas estatales y sobre todo, sobre la naturaleza y el alcance del control que le corresponde efectuar en el asunto. Así, advierte el Tribunal que si bien el control judicial de la aplicación del artículo 87.1 CE es, en principio, completo dado el carácter objetivo del concepto de ayuda, por excepción, el control es limitado si la Comisión analiza hechos y situaciones económicas complejas para determinar si el Estado actuó como un inversor privado²¹. En esos casos, el control jurisdiccional ha de limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud de los hechos o la inexistencia de desviación de poder ²². El Tribunal, en consecuencia, no puede sustituir la apreciación económica de la

²¹ Sentencia del TPI de 8 de julio de 2004, *Technische Glaswerke/Comisión* (T-198/01, apdo 97).

²² Sentencias del TPI de 11 de julio de 2002, *HAMSA/Comisión* (T-152/99, Rec. 2002, p.II-3049, apdo 127) y de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia/Comisión* (T-296/97, Rec. P.II-3871, apdo 96).

Comisión por la suya propia²³. En definitiva, se trata de un control de legalidad y no de una valoración de oportunidad. La consecuencia que de ello se deduce es que el Tribunal de Primera Instancia no va a poder, lógicamente, sustituir la apreciación económica del autor de la decisión por la suya propia. Eso significa que la valoración concreta sobre la compatibilidad o no de los incentivos recibidos por *Ryanair* es una cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal y que, en consecuencia, queda imprejuzgada y ello aún cuando se recurra en casación.

Por otro lado, las observaciones que realiza acerca del concepto de ayuda en el sentido del artículo 87.1 CE son escasas limitándose a señalar los elementos que integran el concepto: i) debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; ii) la intervención ha de poder afectar al comercio entre los Estados miembros; iii) debe conferir una ventaja a su beneficiario, favoreciendo a determinadas empresas o producciones; y iv) debe falsear o amenazar con falsear la competencia²⁴. El único elemento discutido por la demandante es el que se refiere a la existencia de una ventaja.

Realizadas estas consideraciones de orden previo, procede entrar a analizar la cuestión del principio del inversor privado en una economía de mercado, especialmente en relación con las medidas adoptadas por la Región

²³ Sentencias del TPI de 11 de julio de 2002, HANSA/Comisión (T-152/99, Rec. 2002, p.II-3049).

²⁴ Sentencia TPI de 22 de febrero de 2006, Le Lereart 001 y otros/Comisión, T-34/02, Rec. P.II-267 apdo 110.

Valona. El Tribunal considera que para pronunciarse acerca de ese aspecto es preciso examinar primero, si la Región Valona y BSCA pueden considerarse una sola y misma entidad económica a efectos del examen de las medidas controvertidas y, en su caso, determinar si, pese a la existencia de una identidad de intereses entre ambas, la Comisión podía legítimamente excluir la aplicación del principio a las ventajas concedidas por la Región Valona.

En relación con el primero de los aspectos, es decir, sobre la existencia de una entidad jurídica única “Región Valona–BSCA”, el Tribunal de Primera Instancia, recuerda que BSCA es una empresa pública controlada por la Región Valona cuyo capital está compuesto en gran parte por fondos públicos (esta última poseía directa o indirectamente un 96,28% de las acciones BSCA). Al analizar el criterio del inversor privado debe contemplarse la transacción comercial en su conjunto, a fin de verificar si la entidad estatal y el órgano controlado por ella, de forma conjunta, se comportaron como operadores racionales en una economía de mercado. Al analizar los vínculos existentes entre la Región Valona y BSCA se constata que éstos “no carecen de trascendencia, ya que no cabe excluir *a priori* la posibilidad de que la Región Valona no sólo haya tomado parte en la actividad desarrollada por BSCA, sino que haya obtenido también una contrapartida económica por la adopción de las medidas controvertidas”. De hecho, en relación con las tasas relativas al tráfico aéreo así como por asistencia en tierra, el 65% era retenido por BSCA mientras que el 35% pasaban a la autoridad regional. En consecuencia, el Tribunal entiende que tanto la Región Valona como BSCA debían considerarse una sola y misma entidad a efectos de aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado.

En relación con la asimilación de la Región Valona a una autoridad legislativa o regulación, es decir, como poder público (a quien no se aplicaría el referido principio), o su consideración como empresa que opera con arreglo al principio del inversor privado en una economía de mercado, el Tribunal estima que la Región Valona actuó en el marco de unas actividades de naturaleza económica. “En efecto, la fijación del importe de los cánones de aterrizaje, y la garantía de compensación conexas, es una actividad que puede considerarse directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, la cual constituye, una actividad económica”²⁵. Las tarifas aeroportuarias deben considerarse una contraprestación por los servicios que presta el propietario o concesionarios del aeropuerto. “La puesta a disposición de las compañías aéreas, por parte de una autoridad pública, de unas instalaciones aeroportuarias y la gestión de las mismas, contra el pago de un canon cuyo importe determina libremente dicha autoridad, pueden calificarse de naturaleza económica, ya que, si bien es cierto que las 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: concluye el Tribunal que “en razón de su naturaleza, de su objeto y de las normas que las regulan, tales actividades no están vinculadas al ejercicio de prerrogativas que sean típicas del poder público”.

²⁵ Al respecto, vid. la STJCE de 24 de octubre de 2002 (*Aéroports de Paris c Comisión*, as. C-82/01). En el caso *Aéroports de Paris*, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo entendió que se había infringido lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, al abusar de la posición de dominio que ostentaba el gestor aeroportuario. Estimó que los cánones a abonar por el aprovechamiento de las dependencias aeroportuarias por parte de una empresa de mayordomía eran discriminatorios en los aeropuertos de parisiños de *Orly* et de *Roissy-Charles-de-Gaulle*.

Por tanto, a juicio del Tribunal, la Comisión incurrió en un error de Derecho al negarse a examinar conjuntamente las ventajas concedidas por la Región Valona y por BSCA y a aplicar el principio del inversor privado a las medidas adoptadas por la Región Valona: habida cuenta del error de Derecho en que incurrió la Comisión, el Tribunal decide anular la Decisión impugnada.

V. Consideraciones finales

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia aclara algunos aspectos relevantes en relación con el principio del inversor privado. Así, el Tribunal señala que al aplicar el referido principio es preciso contemplar la transacción comercial en su conjunto, a fin de verificar si la entidad estatal y la entidad controlada por ella, consideradas conjuntamente, se comportaron como operadores racionales en una economía de mercado. Para valorar las medidas controvertidas es necesario tener en cuenta todos los datos pertinentes y su contexto, incluidos los relativos a la situación de la autoridad o autoridades que adoptaron las medidas controvertidas. Los vínculos existentes entre las dos entidades no carecen de pertinencia ya que no cabe excluir que la Región Valona no sólo haya tomado parte en la actividad desarrollada por BSCA sino que haya obtenido una contrapartida económica por la adopción de las medidas controvertidas. Siguiendo este planteamiento, cualquier nueva decisión deberá adoptarse partiendo de unos presupuestos distintos de aquellos seguidos por la Comisión.

La segunda cuestión a destacar de la Sentencia descansa en la consideración de la actividad de fijación de los cánones de aterrizaje por parte de la Región Valona como una actividad económica. El Tribunal entiende que la fijación de

tasas y el acuerdo de indemnización o de garantía de consideración conexa son actividades directamente ligadas a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias lo que constituye sin lugar a dudas una actividad de carácter económico²⁶. El Tribunal con la postura defendida contribuye a clarificar el alcance del concepto de actividad económica de tal manera que aún cuando el precio sea fijado por una autoridad pública será considerada como actividad económica siempre y cuando suponga una contraprestación por los servicios prestados.

Siguiendo este razonamiento, el Tribunal entiende que el hecho de que el aeropuerto no fije por sí mismo los cánones no es un argumento suficiente para excluir la aplicación del principio del inversor privado al acuerdo entre BSCA y *Ryanair*. El principio debe aplicarse por cuanto ese guión de acuerdo que incluye la reducción de las tarifas podría haber sido igualmente adoptado por un operador privado. El principio debe pues aplicarse siempre que un poder público lleve a cabo una actividad que podría haber realizado exactamente igual un inversor privado.

Las consideraciones hasta aquí, recogidas deben valorarse de forma positiva por cuanto aclaran importantes aspectos que, sin lugar a dudas, sientan un precedente de cara a asuntos futuros. Sin embargo, el desarrollo del concepto tanto por parte de la Comisión como del Tribunal de Primera Instancia es escaso, sin que se encuentren en ellos indicaciones claras acerca o sobre qué tipo de acuerdos pueden ofrecer los aeropuertos públicos para atraer a las aerolíneas de bajo coste sin infringir el principio del inversor

²⁶ Véase Asunto *Aéroports de París/Comisión*.

privado. De hecho, entendemos que se ha perdido la oportunidad de precisar los parámetros que han de seguirse en este campo para aplicar el principio del inversor privado. El concepto del inversor privado es tan simple como importante al determinar que las ventajas concedidas por las autoridades públicas no quedan sometidas al régimen de las ayudas estatales si se prueba que el Estado actúa de la misma manera en que lo haría un inversor privado en condiciones de mercado²⁷. Dicho en otros términos y visto desde la perspectiva de quien recibe la ayuda, el principio puede formularse de la siguiente manera: “quien se beneficia de una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado” (asunto *SFEI v La Poste*, C-93/94). Así, tanto la Comisión como el Tribunal deberían haber aprovechado la ocasión para analizar con detenimiento la cuestión desde esta doble perspectiva.

Se trata de una cuestión que tampoco resuelven con claridad las Directrices de 2005 y que podía haberse aprovechado la ocasión para colmar el vacío. En efecto, las Directrices de 2005 señalan que la Comisión ha de valorar la existencia o no de ayudas considerando si “en circunstancias similares, un socio privado habría procedido a la aportación de capital en cuestión, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad, haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social, o de política regional o sectorial” (apartado 46). Se añade que en los supuestos de

²⁷ Los Tribunales también se han referido al inversor normal, racional, perspicaz (sentencia del TPI de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión*, T-358/94, Rec. 1996, p. 11-2109, apartado 110) o prudente (sentencia del TJCE de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión*, C-482/99, Rec. 1999, p. 1-4397, apartado 30), como señala RODRÍGUEZ MÍGUEZ. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado», *CJ*, nº 221, septiembre-octubre de 2002, pág. 65, nota 45, C-305/89, *Italia v. Comisión* (Alfa Romeo I), 1991.

inversión en infraestructuras, “el Tribunal ha entendido también que el comportamiento del inversor público debe compararse con la conducta hipotética de un inversor privado, [...] que siga una política estructural, global o sectorial y esté guiado por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo” (apartado 48). Por lo que respecta a las ayudas a la puesta en marcha, existe la posibilidad de que un aeropuerto público conceda a una compañía aérea ventajas financieras que no constituirán ayuda estatal si el aeropuerto demuestra que actúa como lo haría un inversor privado, por ejemplo, aportando un plan de negocio que acredite las perspectivas de rentabilidad para su actividad (apartado 51).

Se constata que las Directrices siguen las pautas establecidas en la Decisión *Charleroi* manteniendo, en consecuencia, un criterio excesivamente restrictivo.

La utilización de criterios excesivamente estrictos y formalistas puede acabar con los progresos o avances alcanzados tras la liberalización del transporte aéreo. La consecuencia que deriva de la utilización de estos criterios es el incremento de los costes para operar en esos aeropuertos haciéndolos menos competitivos que los equivalentes aeropuertos privados. Ello puede llevar o incentivar la privatización de los aeropuertos con el fin de esquivar/evitar las restricciones impuestas por las Directrices. Algunos autores²⁸ no han dudado en poner de manifiesto lo irónico de la conclusión señalada con respecto al principio de neutralidad en relación con el régimen de propiedad en los Estados Miembros consagrado en el artículo 295 TCE

²⁸ KRISTOFERITSCH/SIGNES DE MESA, *El futuro de las aerolíneas de bajo coste (A propósito de la decisión Charleroi y las Directrices sobre la financiación...*, págs. 533 y sigs.

sobre todo cuando la Comisión se ha manifestado expresamente declarándose abiertamente neutral. La consecuencia a que puede llevar la aplicación en los términos señalados del principio del inversor privado se aleja del espíritu o de la idea que subyace en el Tratado o incluso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se ha ocupado de dicho principio. Más bien al contrario, la intención o el planteamiento que está detrás del principio es asegurar que las compañías públicas no se encuentren en una situación de desventaja competitiva frente a las privadas.

La utilización de un criterio tan restrictivo respecto de las ayudas recibidas por las compañías de bajo coste resulta excesivo sobre todo cuando es notorio que las compañías aéreas nacionales o de bandera continúan recibiendo ayudas estatales en proporciones nada desdeñables (ejemplos de compañías aéreas que reciben ayudas son Olympic Airways y Alitalia, asuntos todos ellos que están siendo objeto bien de examen por parte de la Comisión, bien a la espera de Sentencia).

IV. Consideraciones finales.

Se esperaba del Pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia una respuesta clara acerca del principio del inversor privado y aún cuando el Tribunal realiza algunas aclaraciones, lo cierto es que ciertos aspectos requieren precisiones ulteriores. Cabe esperar que en Decisiones o Sentencias futuras se ahonde en el referido principio y se aclaren los parámetros que lo configuran. Algunas cuestiones de carácter económico permanecen aún después de la Sentencia, abiertas como por ejemplo, ¿cuál

debería ser la duración de los contratos suscritos entre los poderes públicos o compañías públicas y los operadores privados? ¿cuál deber ser la aproximación que haga la Comisión ante la evidencia de conflictos? ¿Pueden ofrecerse pautas para determinar correctamente el valor de los contratos que se suscriben? ¿Cómo debe la Comisión valorar o interpretar relaciones o apreciaciones económicas complejas?.

Más aún, es de lamentar que –por las razones técnicas que hemos explicado– el Tribunal no haya podido entrar a valorar la compatibilidad o no de las ayudas, cuestión que permanece imprejuizada. Sólo cabe esperar que en relación con todos los asuntos que la Comisión tiene entre manos sobre ayudas estatales (muchos de los cuales afectan también a *Ryanair*) no tropiece con el mismo problema de error en la aplicación del principio del inversor privado con el fin de que la jurisprudencia que se dicte pueda completar las pautas fijadas por las Directrices de 2005. Es decir, el marco de las Directrices de 2005, debe ser confirmado y delimitado por los Tribunales europeos en próximas Sentencias. Parece claro, por ahora, que la regla general para identificar ayudas de estado pasa por aplicar el *test* del inversor privado. La Comisión no está en contra de que se reduzcan las tarifas de aterrizaje pero es preciso que las reducciones formen parte de un esquema general, que goce de publicidad y abierto a todas las compañías.

Cuando señalamos que las reducciones deben formar parte de un esquema general, eso significa que deben limitarse a un plazo de tiempo determinado, no debe haber otro medio de transporte directo y rápido (como un AVE) y tampoco pueden subvencionarse rutas aéreas que ya estaban operativas antes de recibir las ayudas (tal y como sucedía en el caso *Charleroi* con las ayudas a la ruta de Dublín). Todos estos aspectos hubieran

merecido alguna consideración ulterior por parte del Tribunal si es que hubiera podido pronunciarse sobre ellos.

El caso *Charleroi* pone de manifiesto algunas de las múltiples posibilidades de compensación que las aerolíneas y las autoridades locales son capaces de establecer para eludir la aplicación de la normativa comunitaria sobre ayudas estatales. La realidad nos ofrece múltiples ejemplos: acuerdos suscritos con asociaciones de negocios hoteleros, aeropuertos recapitalizados y posteriormente privatizados, acuerdos con cámaras de comercio, asociaciones empresariales y de desarrollo local. Previsiblemente, los modelos de negocio irán cambiando en función de los criterios que la Comisión vaya adoptando. Es por ello por lo que se hace precisa una mayor claridad en el tema de las ayudas públicas así como la adopción de criterios no excesivamente estrictos ya que no hay que olvidar que las líneas aéreas de bajo coste han permitido, entre otros, el desarrollo de determinadas áreas geográficas y la descongestión de los grandes *hubs*.

En definitiva, teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal no ha dispersado la incertidumbre sobre la compatibilidad con el Tratado de las ayudas a los operadores de bajo coste, el debate ha de continuar en el futuro.