

LOS DESCUENTOS EN LAS TARIFAS POR EL USO DE PUERTOS Y AEROPUERTOS: UNA PRÁCTICA CONTROVERTIDA¹

Francisco José Villar Rojas²

RESUMEN: Se expone por el autor el régimen de bonificación y descuento de las tarifas por el uso de los puertos y aeropuertos comunitarios aplicables por los países de la Unión Europea, en especial, de las dificultades y problemáticas que han acarreado estas medidas. Señala asimismo la naturaleza de la libertad comunitaria de prestación de servicios, su ámbito y límites. Aborda también la libre prestación de servicios y cómo las tarifas pueden resultar verdaderas medidas restrictivas de la libertad de prestación de servicios imperante en Europa.

1. LOS HECHOS: LA BONIFICACIÓN Y DESCUENTO DE LAS TARIFAS POR EL USO DE LOS PUERTOS Y AEROPUERTOS COMUNITARIOS

Uno de los conflictos recurrentes en materia de libre prestación de servicios en los países miembros de la Unión Europea es la política de descuentos y bonificaciones que, bien directamente los Estados, bien los organismos gestores de los puertos y aeropuertos, practican para la consecución de los más diversos objetivos: desde favorecer prácticas medioambientales, pasando por compensar los sobrecostes de zonas insulares o alejadas, hasta intentar captar y consolidar determinados tráficos o rutas aéreas en ejercicio de su propia política comercial. En concreto, los descuentos más controvertidos, aquellos que han dado lugar a decisiones de las autoridades comunitarias (de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), son la bonificación de las tarifas (tasas) portuarias cuando la mer-

cancía transportada lo es por una empresa nacional del puerto receptor, las rebajas tarifarias en función del tipo de buque utilizado (“ro-ro” frente a portacontenedores), los descuentos por volumen en la utilización de las instalaciones aeroportuarias (fijando la tasa por aterrizaje por el número de pasajeros, no por peso avión); y, en menor medida, los aplicados por el uso regular de determinados puertos, la aplicación de descuentos en el canon por ocupación de los espacios portuarios o aeroportuarios (normalmente, bienes de dominio público) y, más reciente, la aplicación de tarifas reducidas por la utilización de aeropuertos regionales (líneas aéreas de bajo coste), mediante ayudas y subvenciones de las autoridades regionales o locales que asumen parte del coste de esas instalaciones aeroportuarias.

El conflicto que subyace en cada uno de estos casos, pese a su aparente diferencia, es siempre el mismo: las entidades titulares o gestoras de puertos y aeropuertos reducen, directa o indirectamente, la contraprestación que

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago, noviembre de 2005.

2 Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna, Islas Canarias, España.

determinadas navieras y compañías aéreas deben abonar por el uso de esas instalaciones, en la mayor parte de los casos, con el fin de captar o de fidelizar tráficos y rutas, beneficiando a unas compañías frente a otras, practicando, en suma, una política de transportes propia. Como se verá, un aspecto relevante en la valoración de este conflicto es que los puertos y los aeropuertos sean instalaciones esenciales para la competencia y, por tanto, de uso imprescindible por quienes pretenden realizar servicios de transporte aéreo o marítimo, dentro de la Unión Europea y con terceros Estados. El problema es la conformidad o no de esta política tarifaria con las normas comunitarias, en particular, con las que rigen la libertad de prestación de servicios y aquellas que aseguran la libre competencia; a estos efectos, es indiferente si, desde la perspectiva del ordenamiento de cada Estado miembro, esa conducta es legítima.

2. LA LIBERTAD COMUNITARIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: ÁMBITO Y LÍMITES

2.1. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: RÉGIMEN GENERAL

La libre prestación de servicios es una de las cuatro libertades fundamentales que articulan el ordenamiento comunitario (artículos 3.1.c, 14 y 31 del Tratado de la Unión Europea). Consiste en el derecho a prestar servicios, esto es, prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, sin más restricciones que las exigidas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Así lo establecen los artículos 49 a 55, y 45 a 48 a los que se remite este último, del Tratado de la Unión Europea.

La plena aplicación de esta libertad sobre los transportes marítimos intracomunitarios y con terceros Estados fue realizada por el Reglamento (CEE) 4055/86, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, y, más tarde, para el cabotaje dentro de los Estados miembros, por el Reglamento (CEE) 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre de 1992. En el caso de los transportes aéreos, las normas de referencia son el Reglamento (CEE) 2407/92, del Consejo, de 23 de julio, sobre concesión de licencias a las compañías aéreas, y el Reglamento (CEE) 2408/92, del Consejo, de igual fecha, sobre el acceso de las compañías aéreas a las rutas aéreas intracomunitarias³.

A los efectos de estas líneas, lo relevante de esta libertad es su ámbito y limitaciones.

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, esta libertad exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, pero también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos (por todas, STJUE de 20 de febrero de 2001, C-205/99, caso ANALIR, apartado 21). Esta garantía convierte cualquier limitación en excepcional. En este sentido, la exigencia de un título administrativo previo es una medida restrictiva, de modo que sólo estaría justificado cuando concurran circunstancias de interés general que sólo puedan ser atendidas de ese modo, de lo contrario, lo único admisible es la comunicación de inicio de la actividad econó-

3 Estas son las disposiciones que "liberalizaron" la prestación de esos transportes. Además, debe citarse la Directiva 96/67/CE, de 15 de octubre de 1996, sobre la prestación de servicios de asistencia en tierra a las compañías aéreas (handling). No existe norma equivalente para la prestación de servicios portuarios, un primer proyecto de directiva de acceso al mercado de servicios portuarios (COD 2001/0047) fue rechazado por el Parlamento Europeo (noviembre de 2003); en la actualidad, se encuentra en tramitación por segunda vez, pero aun no ha sido aprobado (COD 2004/0240).

mica de que se trate (la citada sentencia de 20 de febrero de 2001, apartado 26).

Las únicas limitaciones o restricciones admisibles son las que respondan a una razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública (por todas, STJUE de 21 de marzo de 2002, C-451/99, apartado 31); a las que se suman razones imperiosas de interés general, como la protección del medio ambiente y la racional ordenación del territorio (STJUE de 13 de junio de 2002, C-430/99 y 431/99, apartado 39). La misma doctrina rechaza, de modo taxativo, cualesquiera limitación que responda a objetivos de naturaleza económica (por todas, STJUE sentencia de 29 de abril de 1999, C-224/97, apartado 16); en este supuesto, aquellas libertades no pueden ser restringidas, ni mediante su prohibición, ni tampoco a través de su publicación.

Por último, de concurrir una causa justificada, las medidas restrictivas y limitativas que se adopten deben respetar el principio de proporcionalidad, esto es, deben ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo necesario en su consecución (la citada sentencia de 21 de marzo de 2002, apartado 32).

2.2. LAS TARIFAS COMO MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Es doctrina pacífica que, en orden a la viabilidad de determinados servicios e instalaciones de interés general, los Estados miembros puedan establecer un régimen tarifario, legal o reglamentario. Es indiferente cuál sea la naturaleza jurídica de la contraprestación económica que se establezca (la discusión tributotasa, precio administrativo) el criterio es material: pago por el servicio recibido (lo ha vuelto a recordar la Decisión de la Comisión 2004/393/CE, de 12 de febrero de 2004, apartados 146 a 149, asunto Ryanair/Charleoi). Es más, esa misma doctrina sostiene que es competencia de cada Estado determinar los criterios de fijación de las

tarifas en función de los intereses públicos que pretendan atender (por todas, STJUE 1 de octubre 1998, C-38/97, apartado 48).

Es igualmente pacífico que un régimen de tarifas es una medida restrictiva de la libertad de prestación, de modo que deben ser respetados sus límites: no discriminación por razón de nacionalidad, no obstaculización iniciativa económica. La jurisprudencia es diáfana (por todas, STJUE de 5 de octubre de 1994, C-381/93, caso Francia-Comisión, apartado 13, y de 18 de junio de 1998, C-266/96, caso Corsica Ferries France, apartado 56).

Pues bien, el conflicto puede surgir cuando ese régimen tarifario traspasa el ámbito propio de la libertad de prestación de servicios (también, de modo más general, las normas sobre la libre competencia); en concreto, cuando se quiebran aquellos límites y, en particular, cuando se infringen los principios de no discriminación, equivalencia, interés general, objetividad, necesidad y proporcionalidad.

a) El principio de no discriminación

Un régimen tarifario que establezca diferencias entre los nacionales de un Estado y los de otros Estados miembros vulnera esta libertad. En el caso de la libertad de prestación de servicios de transporte marítimo, el Tribunal de Justicia ha precisado que vulnera esta libertad que las tarifas por servicios nacionales sean diferentes de las exigidas por servicios intracomunitarios (STJUE de 5 de octubre de 1994, C-381/93, apartado 17); también cuando el mismo factor lleva a diferenciar la tarifa sobre la mercancía (por ejemplo, un recargo del 40% por proceder de otro Estado miembro, STJUE de 17 de julio de 1997, C-242/95, apartado 20) o a una tarifa del pasaje que discrimine por igual motivo (STJUE 19 de febrero de 2002, C-295/00, apartado 9).

Igualmente, es jurisprudencia pacífica que la libertad de prestación de transporte marítimo alcanza las rutas intracomunitarias,

pero también las rutas entre un Estado miembro y un país tercero, lo que se traduce en la imposibilidad de establecer un régimen tarifario diferente entre los operadores que realicen estas dos clases de rutas (por todas, STJUE 14 de noviembre de 2002, C-435/00, apartado 21). Esta última regla se proyecta sobre los barcos, pero también sobre los pasajeros y las mercancías y, por tanto, sobre las tarifas imputables a cada uno de ellos.

Lo mismo acaece con las tasas aeroportuarias (STJUE, 26 de junio de 2001, C-70/99).

b) El principio de equivalencia (precios equitativos)

Las tarifas deben cumplir con el principio de equivalencia. En su virtud, aquellas deben tener relación razonable con el valor económico del servicio prestado (desde la STJUE de 14 de febrero de 1978, C-27/76, caso United Brands/Comisión, apartado 250). La aplicación de este principio sobre las tarifas portuarias permite reconocer las siguientes reglas generales:

a) La prohibición de percibir tarifas por servicios no prestados, aunque, formalmente, sean obligatorios (STJUE de 10 de diciembre de 1991, C-179/90, caso Puerto de Génova).

b) La prohibición de percibir tarifas relacionadas con el coste de prestación cuando esa conexión sólo es explicable por el uso de medios y técnicas obsoletas (en la anterior sentencia).

c) La prohibición de percibir tarifas por el mero acceso al mercado sin prestar a cambio ningún servicio (STJUE de 16 de octubre de

2003, C-363/01, apartado 50, sobre canon de acceso al mercado aeroportuario).

d) La ilegalidad de exigir tarifas diferentes según los puertos de origen o destino, clases de pasajeros, buques o rutas, sin que exista correlación entre la diferencia y el coste de los servicios portuarios prestados (STJUE de 17 de mayo de 1994, apartado 36, y de 14 de noviembre de 2002, apartado 26).

e) La ilegalidad de exigir tarifas diferentes según la distancia o la situación geográfica del puerto de destino (STJUE de 14 de noviembre de 2002, apartado 28).

En resumen, la correlación entre los costes del servicio y las tarifas exigidas por su prestación funciona como garantía básica de la libertad de prestación de servicios frente a medidas que pretendan obstaculizar, dirigir o distorsionar el ejercicio de esa libertad y, por tanto, la libre competencia⁴.

c) El principio del interés general

Como repite la jurisprudencia, la existencia de diferencias objetivas en los servicios prestados legitiman la exigencia de contraprestaciones diferentes. De acuerdo con el Tratado de la Unión Europea, es posible identificar tres clases distintas de motivos de interés general que pueden justificar una restricción objetiva de la libertad de prestación de servicios y, por ende, un régimen de tarifas no equitativo o discriminatorio. Esas causas son las siguientes:

– *Razones de orden público, seguridad y salud pública (artículo 46 TUE).*

La seguridad marítima es motivo suficiente para justificar un régimen de tarifas discriminatorio. Es el caso de la obligación de

4 No obstante, en relación con el uso de los aeropuertos regionales –no los grandes aeropuertos estatales e internacionales–, la Comisión Europea admite cierta flexibilidad en cuanto al principio de equivalencia, sobre la base de que, casi todos, cuentan con ayudas públicas para ser operativos, y, en muchos Estados, una parte de su financiación procede de los recursos captados en los aeropuertos de interés general. En todo caso, exige que los costes se fijen de acuerdo con criterios objetivos, oídas las compañías usuarias, en aras de la transparencia y la igualdad entre usuarias, en normas a las que todas puedan acogerse (la citada Decisión 2004/393/CE, de 12 de febrero, apartado 263).

contribuir a un sistema de regulación del tráfico marítimo que grava sólo a los buques de más de 41 metros de eslora habida cuenta que son los que más riesgo causan para la navegación en la zona afectada (STJUE 13 de junio de 2002, C-430 y 431/90, apartado 37).

– *Razones vinculadas con la prestación de servicios económicos de interés general (artículo 86.2 TUE).*

Es jurisprudencia constante que la garantía de regularidad de determinados servicios portuarios es causa legítima para percibir una tarifa por su utilización superior al coste efectivo de prestación, en la medida que el exceso constituya una cantidad dirigida a financiar la continuidad, regularidad y disponibilidad de ese servicio como prestación universal dentro del puerto. Es el caso, entre otros, del servicio de practicaje (STJUE de 18 de junio de 1998, C-266/96, apartado 80).

– *Razones imperiosas de interés general (TJUE).*

Se trata de un criterio de creación jurisprudencial. Es un concepto de interpretación restrictiva como resulta del adjetivo “*imperiosas*”. Dentro de este concepto tienen cabida medidas dirigidas a la protección medioambiental y a compensar el alejamiento y la insularidad, siempre, por supuesto, que su aplicación no discrimine subjetivamente entre operadores (por todas, SS.TJUE de 30 de noviembre de 1995, C-134/94, apartado 26, y 20 de febrero de 2001, caso ANALIR, apartado 28, citada).

En cambio, la misma doctrina excluye cualesquiera medidas que, entre otros fines, persigan desarrollar una política nacional de transportes (STJUE de 17 de mayo de 1994, apartado 36) o, más en general, pretendan servir intereses económicos o financieros de los Estados miembros. Es jurisprudencia reiterada sobre las libertades fundamentales que “*motivos de naturaleza económica no pueden servir en ningún caso de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado*” (por todas, STJUE de 4

de junio de 2002, C-367/98, apartado 52, y las que cita, más reciente, STJUE 13 de mayo de 2003, C-463/00).

d) La medida de las justificaciones: objetividad, necesidad y proporcionalidad

La existencia de una causa justificada no equivale a la legitimidad de cualesquiera medida limitativa que se quiera adoptar, por el contrario, cada medida debe responder a los parámetros de objetividad, necesidad y proporcionalidad. Nuevamente, la jurisprudencia ha tenido ocasión de acotar el significado de estos principios: “*el principio de libre prestación de servicios sólo puede verse limitado por normas justificadas por el interés general (...) Además, tales restricciones deben ser objetivamente necesarias para asegurar la protección de los intereses que se persiguen. Incumbe al Estado miembro acreditar la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones a la libre prestación de servicios*” (STJUE de 13 de febrero de 2003, C-13/01, apartado 15).

En el ámbito de las tarifas, el incumplimiento de estos parámetros ha llevado a resoluciones judiciales anulatorias de regímenes tarifarios discriminatorios. No porque, a priori, carecieran de una justificación de interés general, sino porque el Estado afectado fue incapaz de probar la necesidad de la discriminación, en concreto, su necesidad para conseguir los fines públicos perseguidos. Es el caso del problema de tarifas de prácticos resuelto por la STJUE de 17 de mayo de 1994 (C-18/93) en donde se concluye lo siguiente: “*En efecto, suponiendo que incluso dichos objetivos (motivos de seguridad de la navegación o de política nacional de transportes y de protección del medio ambiente) puedan justificar una intervención de los poderes públicos en el sector de los transportes, una tarificación discriminatoria, como la impugnada, no resulta necesaria para conseguir los objetivos fijados*” (apartado 36). Como recuerda otro pronunciamiento, la proporcionalidad

exige que “*las medidas sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para su consecución*” (STJUE de 21 de marzo de 2002, C-451/99, apartado 32).

En suma, incluso con causa justificativa, cada medida discriminatoria debe pasar por el filtro de los principios de objetividad, necesidad y proporcionalidad, entre los fines y los medios empleados.

e) La garantía formal: transparencia y motivación

Un régimen de tarifas debe cumplir con una serie de reglas formales que operan como garantía última de su validez. Los elementos de cuantificación y criterios de cálculo de la tarifa deben ser conocidos y encontrarse publicados. Igualmente, habida cuenta de la necesaria relación entre la tarifa exigible y los costes de prestación del servicio, el cálculo de los costes y, en su caso, su modificación, y su reparto, deben ser explicados. La tarifa siempre debe estar motivada (relación con coste prestación).

3. LA ILEGALIDAD DE LOS DESCUENTOS PRACTICADOS POR UN OPERADOR DOMINANTE

El otro ámbito de enjuiciamiento de los descuentos tarifarios atiende la posición de quien lo concede y, en particular, cuando se encuentra en posición de dominio, a los criterios construidos por el Tribunal de Justicia cuando la impugnación se ha basado en que el organismo público abusa de su posición dominante (artículo 82 TUE).

El planteamiento es sencillo. Según ese precepto, es incompatible con el mercado común y queda prohibido, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte

sustancial del mismo. En especial, entre otras prácticas, queda prohibido: “*a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas*” y “*c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”. En la jurisprudencia sobre tarifas es fácil encontrar demandas basadas en la infracción de este mandato, bien por el primer supuesto, cuando las tarifas no son equitativas, bien por la segunda práctica, cuando las tarifas son discriminatorias para prestaciones equivalentes.

De los casos en que se ha suscitado esta clase de controversia, el de los descuentos por volumen de uso de los servicios aeroportuarios es el que mejor da cuenta de cómo opera este mandato comunitario, el primero de ellos fue el referido al aeropuerto de Bruselas (Decisión de la Comisión 95/364/CE). Los datos analizados y la valoración de la Comisión Europea fueron los siguientes:

– La medida enjuiciada era el sistema de descuentos por la utilización del aeropuerto de Bruselas aplicado a las compañías aéreas en función del número de operaciones diarias realizadas. En la práctica, como en otros aeropuertos europeos, sólo la compañía de bandera nacional realizaba el número de operaciones suficiente para poder acogerse a esa reducción tarifaria.

– La Comisión partió de dos datos clave: el primero, que en 1992, ese aeropuerto era el destino final o punto de partida del 85% de los pasajeros que lo utilizaban, mientras sólo un 15% pasó en tránsito hacia otros lugares; el segundo, que, en distancias intracomunitarias, medias y cortas, no existían alternativas realistas que permitieran sustituir ese aeropuerto: el más cercano se encontraba a más de 100 kilómetros (lo sigue estando). En suma, ese aeropuerto era difícilmente sustituible por otros.

– El mercado afectado era el de los servicios relacionados con el acceso a las infraes-

estructuras aeroportuarias que constituyen la razón de ser del canon, es decir, la explotación y mantenimiento de las pistas, vías de circulación y áreas de tráfico y control de aproximación. Y es que para la empresa que desee realizar servicios de transporte aéreo, que es un mercado diferente, el acceso a las instalaciones aeroportuarias constituye una condición indispensable para lograrlo. Esas infraestructuras son, como las portuarias, instalaciones esenciales o básicas.

– El organismo de derecho público belga, “Regie des Vois Aériennes”, en su calidad de autoridad aeroportuaria, ocupa una posición dominante en el mercado de los servicios relacionados con el despegue y aterrizaje de aviones, servicios que constituyen la razón de ser del canon.

– El sistema de descuentos tiene como efecto aplicar condiciones desiguales a unas compañías frente a otras por servicios equivalentes en el despegue y aterrizaje, causándoles una desventaja competitiva. Aunque, en este supuesto, la ventaja no es para el operador dominante, la autoridad aeroportuaria, también constituye un abuso de esa posición actuar en beneficio de determinadas empresas, por ejemplo por pertenecer al mismo Estado, en detrimento de sus competidores.

– La Comisión terminó declarando que el sistema de descuentos constituye una medida incompatible con el artículo 90.1 en relación con el artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actualmente, artículos 86 y 82, respectivamente).

Esta valoración se repite en sucesivos pronunciamientos sobre la misma práctica en otros aeropuertos⁵ y, en particular, en la prestación de servicios en tierra⁶. En relación con una conducta diferente (la denegación de acceso a las instalaciones portuarias), esta misma aproximación se reconoce en las decisiones de las mismas autoridades sobre los puertos comunitarios⁷.

La doctrina generada a lo largo de estos años puede resumirse como sigue:

- a) Los organismos públicos titulares o gestores de los aeropuertos o de los puertos son empresas en el sentido del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea⁸.
- b) Tanto un aeropuerto como un puerto de interés general son un mercado de referencia a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia.
- c) Esas instalaciones resultan esenciales o indispensables cuando un operador economi-

5 El conflicto con los descuentos en las tasas aeroportuarias se inició con la Decisión de la Comisión 95/364/CE, de 28 de junio de 1995, sobre el aeropuerto de Bruselas. Su contenido se repetirá, casi literalmente, en la Decisión 1999/198/CE, de 10 de febrero de 1999, sobre el sistema de descuentos en los aeropuertos finlandeses, en la Decisión 1999/199/CE, de 10 de febrero de 1999, sobre descuentos en los aeropuertos portugueses (confirmada por STJUE de 29 de marzo de 2001, C-163/99), y en la Decisión 2000/521/CE, de 26 de julio de 2000, sobre los aeropuertos españoles. Igual doctrina se encuentra en otras tantas decisiones sobre los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra. Es el caso de las Decisiones de la Comisión 98/190/CE, de 14 de enero de 1998, sobre esos servicios en el aeropuerto de Frankfurt, y 98/513/CE, de 11 de junio de 1998, en los aeropuertos de París; si bien, en cuanto a estos servicios, debe tenerse en cuenta la Directiva 96/67/CE, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad.

6 Es el caso de las Decisiones de la Comisión 98/190/CE, de 14 de enero de 1998, sobre esos servicios en el aeropuerto de Frankfurt, y 98/513/CE, de 11 de junio de 1998, sobre esa clase de servicios de tierra en los aeropuertos de París.

7 La aplicación de estos criterios sobre los puertos en las Decisiones de la Comisión 94/19/CE, de 21 de diciembre de 1993 (Sea Containers c/ Stena Sealink), y 94/119/CE, de 21 de diciembre de 1993 (Puerto de Rodby).

8 De acuerdo con el Tribunal de Justicia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación; y que constituya una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (por todas, STJUE 12 de diciembre de 2000, apartado 107).

co desea ofrecer un servicio de transporte en una ruta determinada –también, debe añadirse, cuando pretende realizar un servicio portuario o aeroportuario en tierra⁹.

d) Los puertos y aeropuertos de interés general gozan de una posición dominante en su mercado geográfico con barreras de acceso para la construcción de nuevas instalaciones muy elevadas.

e) El gestor de cada una de esas instalaciones ocupa una posición dominante derivada de la posición de las mismas y de su derecho exclusivo en la administración de esos bienes.

f) El mandato comunitario es aplicable tanto si la conducta es propia de la “empresa” como si es una autoridad nacional la que, al aprobar las tarifas, induce al gestor a abusar de su posición dominante, aplicando tarifas diferentes por prestaciones equivalentes.

Frente a estas conclusiones, conviene recordar los argumentos esgrimidos por los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia. En síntesis, los más relevantes son los siguientes:

a) El derecho de cualquier empresa de instaurar un sistema de deducciones como parte de su política comercial.

b) El derecho a conceder mayores descuentos a los clientes más fieles, teniendo en cuenta sobre todo la seguridad financiera que aportan.

c) La consecución de economías de escala: cuesta menos prestar servicios a una única empresa que a varios operadores.

La respuesta, primero de la Comisión, luego del Tribunal de Justicia, puede resumirse como sigue:

a) Un comportamiento comercial normal –descuentos por volumen– puede convertirse en abusivo cuando procede de una empresa en posición dominante, como en este caso¹⁰.

b) Los prestadores no eligen por la política de fidelidad comercial que practica el dominante, sino por la condición indispensable de las instalaciones que gestiona y su difícil sustituibilidad –que admite matices en cuanto el trasbordo portuario de mercancías–.

c) Los servicios prestados en los despegues y aterrizajes de un avión, como los servicios portuarios a un buque, son los mismos y tienen el mismo coste cualquiera que sea la compañía y cuantas veces se repita la operación. La única economía de escala admisible se refiere a la facturación: los grandes transportistas pueden recibir una única factura, los pequeños una por cada operación, pero el impacto económico es “insignificante”.

En resumen, el criterio interpretativo es que el carácter de instalación indispensable de los aeropuertos y de los puertos para la prestación de servicios de transporte aéreos y marítimos exige neutralidad en su funcionamiento y transparencia y objetividad en las condiciones de acceso y uso. Frente a esta regla, de nada vale alegar el derecho a realizar una política comercial propia, que no se produce en condiciones de mercado, porque no es esta la posición jurídica del titular de esas instalaciones¹¹.

9 Se trata de instalaciones o infraestructuras que son básicas para llegar a los consumidores y permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades y no pueden ser sustituidas por ningún medio razonable (desde las Decisiones de la Comisión 94/19/CE, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, y 94/119/CE, *Puerto de Rodby*).

10 Es este un criterio reiterado (por todas, sobre un conflicto entre compañías aéreas, STJUE de 17 de diciembre de 2003, T-219/99, apartado 244).

11 La Comisión ha aplicado este entendimiento también a los descuentos practicados en las tarifas de los servicios ferroviarios y de los servicios postales. En cuanto al transporte ferroviario, la Decisión de la Comisión 94/219/CE, de 29 de marzo de 1994, en el caso *HOV SVZ/MCN*, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 1994 (T-229/94). En cuanto a los correos, la Comisión enjuició los “descuentos por fidelidad” ofrecidos por la empresa pública alemana de correos (*Deutsche Post AG*) a determinados clientes en perjuicio de

4. LA EXCUSA DE LA CONDICIÓN “PÚBLICA” DE ESAS INSTALACIONES

En el caso de los aeropuertos, para justificar los descuentos se ha esgrimido un último argumento: esas instalaciones son bienes de dominio público de modo que su funcionamiento es ajeno a las reglas del mercado y de la competencia (lo mismo podría decirse de los puertos).

Pues bien, el Tribunal de Justicia ha señalado que el derecho de la competencia es aplicable a cualquier empresa, entendida como entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. La clave es la naturaleza de la actividad que se realiza. A juicio del Tribunal, la actividad de gestión de infraestructuras es una actividad económica en la que no concurre el ejercicio de prerrogativas de poder público; no sería distinta si lo gestionase un operador privado. Aunque sean formalmente

dominio público, la gestión de esas instalaciones es una actividad económica susceptible de remuneración, que es perfectamente dissociable de otras actividades en las que se ejerciten prerrogativas típicas de poder público (STJUE de 24 de octubre de 2002, C-82/01 P, tasas aeroportuarias en el Aeropuerto de París, apartados 68 a 82, que confirma la de primera instancia de 12 de diciembre de 2000).

La consecuencia es diáfana: un régimen de descuentos en la cuota de las tasas o tarifas basado en el volumen de uso de las instalaciones portuarias o aeroportuarias constituye un abuso de posición dominante prohibido por el Tratado de la Unión Europea¹².

En fin, el círculo de cierra con la normativa europea sobre ayudas de Estado. Y es que, a falta de justificación objetiva, las reducciones y bonificaciones de las tarifas portuarias y aeroportuarias –o de cualquier otra instalación esencial para la competencia– pasan a convertirse en ayudas públicas que deben ser

Continuación nota 11

otros. La Comisión declaró que esa empresa ocupaba una posición dominante en el mercado de los servicios de paquetería de venta a distancia, donde aplicaba los descuentos no sólo por el volumen de negocios, sino sobre todo porque era titular de una infraestructura no sustituible. Al respecto destacó que: *“la construcción de una infraestructura alternativa para la venta a distancia requiere la creación de un sistema de centros de recepción y destino interconectados, con sus correspondientes puntos de entrega, que implica una inversión inicial perdida (sunk cost) que sólo se rentabiliza si se supera la masa crítica de 100 millones de paquetes anuales”*, de ahí que no exista sustitución o alternativa viable (Decisión 2001/354/CE, de 20 de marzo de 2001, apartado 31).

12 Este argumento es una manifestación particular del proceso de ida y vuelta que supone el fenómeno conocido como “la huida de la Administración hacia el Derecho Privado”. Llegada a ciertas posiciones la Administración, que no quería serlo, alega su condición de poder público y su sometimiento a normas administrativas. En particular, esa huida del Derecho Administrativo (Público) llevó a tropezar con las normas sobre la libre competencia, tanto aquellas que pretenden asegurar la concurrencia en condiciones de igualdad –la Ley sobre Defensa de la Competencia junto con los artículos 82 y 83 del Tratado de la Unión Europea–, a la que se suman las que intentan evitar el uso abusivo de determinados medios –la Ley sobre Competencia Desleal–, como todas aquellas que, en aras de este fin público, pretenden evitar que se desvirtúen las reglas del mercado –las normas comunitarias sobre contratación pública–. La equiparación de las Administraciones Públicas con las empresas privadas en cuanto a libertad de decisión, flexibilidad en la gestión patrimonial, agilidad en la contratación de bienes, servicios y de personal, entre otras manifestaciones, lleva consigo, de manera inevitable, la aceptación de una serie de reglas indisponibles, entre ellas, la libre competencia, la transparencia contable, la responsabilidad mercantil. No es posible imaginar un operador económico que, actuando como una empresa privada, quede exenta de las reglas que disciplinan el mercado. Pues bien, en este punto, la Administración recuerda lo que es y pretende ampararse en el derecho administrativo, sea porque la función que pretende atender es pública (en España, los convenios urbanísticos como ejecución de la función pública urbanizadora), sea porque la legislación le asegura una posición dominante (condición de dominio público), sea porque los recursos de los que dispone tienen procedencia pública (y, por tanto, son inembargables). A la Administración Pública le gusta tanto la libre competencia como a los empresarios privados: le gusta aplicada a los demás. Sin embargo, una parte esencial del derecho privado es la normativa que pretende asegurar la libre competencia, sin ella no hay mercado –libertad de contratación, derecho de propiedad y disposición, garantía judicial– y, por tanto, resulta imperativa.

enjuiciadas a tenor de la regulación de las ayudas de Estado (artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, cuyos principios se resumen y explican, entre otras, en STJUE de 24 de julio de 2003, C-280/00, apartados 74 a 87). Este es el ámbito en el que se encuentran “las ayudas” otorgadas por los aeropuertos regionales europeos a las compañías aéreas de bajo coste¹³.

BIBLIOGRAFÍA:

SOBRE TARIFAS:

ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios públicos* (Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976).

Precios y tarifas en sectores regulados, Comares, Granada, 2001.

TORNOS MÁS, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas* (Real Colegio de España, Bolonia, 1982).

VILLAR ROJAS, F. J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos* (Comares, Granada, 2000).

SOBRE DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA:

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea* (Colex, Madrid, 2003).

DÍEZ ESTELLA, F., *La discriminación de precios en el Derecho de la Competencia* (Thomson-Civitas, Madrid, 2003).

PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC* (Civitas, Madrid, 2002).

SOBRE PUERTOS, AEROPUERTOS, TRANSPORTES MARÍTIMOS Y AÉREOS:

ACERO IGLESIAS, P., *Organización y régimen jurídico de los puertos estatales* (Thomson-Civitas, Madrid, 2002),

ARIÑO G. y otros, *La nueva legislación portuaria* (Atelier, Barcelona, 2004).

ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2001).

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord), *Transportes y competencia* (Thomson-Civitas, Madrid, 2004).

GONZÁLEZ SANFIEL, A., *La regulación de los aeropuertos* (Universidad de La Laguna, 2000, inédito).

NAVJAS REBOLLAR, M., *Régimen jurídico-administrativo de los puertos* (Marcial Pons, Madrid, 2000).

SOBRE INFRAESTRUCTURAS E INSTALACIONES ESENCIALES:

ARIÑO ORTIZ, G., (Dir), *Principios de Derecho Público Económico* (3ª ed., Comares, Granada, 2004).

CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, (Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003).

13 Esta es la valoración de la Comisión Europea en el conflicto sobre los descuentos en las tarifas aeroportuarias y las subvenciones pactadas entre Ryanair y el organismo gestor del aeropuerto belga de Charleroi, que determinaron la utilización de esas instalaciones por aquella compañía aérea de bajo coste: esos descuentos y subvenciones son calificadas como ayudas de Estado, y, enjuiciadas como tales, concluye su ilegalidad (la citada Decisión 2004/393/CE, de 12 de diciembre de 2004). Con todo, debe recordarse que las ayudas de Estado para financiar obligaciones de servicio público, y esto puede alcanzar a los aeropuertos regionales, son legales, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia (por todas, STJUE 24 de julio de 2003, C-280/2000, apartados 87 a 93).

- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., “*Sobre las infraestructuras en red*”, (REDETI, 1, 1998, y “*Sobre la competencia en y entre redes*” (REDETI, 10, 2001).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red* (Ed. Ciudad Argentina e Instituto Nacional de Administración Pública, Buenos Aires-Madrid, 2003).
- LÓPEZ DE CASTRO, L. y ARIÑO ORTIZ, G., *La competencia en sectores regulados* (2^a ed., Comares, Granada, 2003)
- VILLAR ROJAS, F.J., *Las instalaciones esenciales para la competencia* (Comares, Granada, 2004).

