

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA, RELATIVA A LAS AYUDAS DE ESTADO A FAVOR DEL AEROPUERTO REGIONAL DE LEIPZIG/HALLE

Gonzalo Riesgo Fernández
Asesor jurídico en asuntos europeos del Principado de Asturias
GONZALO.RIESGOFERNANDEZ@asturias.org

Resumen: Nos encontramos en presencia de una Sentencia con una trascendencia futura innegable, en tanto en cuanto los criterios que se aplican a una infraestructura pública regional podrán aplicarse a otra tipología de proyectos, cuya actividad económica determinará si la financiación de esos proyectos de infraestructura han de sujetarse al régimen comunitario de ayudas de estado, requiriendo con ello un análisis adicional ex-ante, sobre el que la Comisión europea desplegará su competencia específica de control.

Al hilo de esa sentencia, se analiza la legitimación de las entidades regionales y locales, el concepto de empresa/actividad económica en la financiación de infraestructuras públicas regionales, la posición de un ente público regional como beneficiario de una ayuda de estado, y cómo no, la aplicación de los principios generales del derecho comunitario europeo. Todo ello, desde el punto de vista de la posición de una entidad regional o local, ante el régimen comunitario de ayudas de estado.

Palabras clave: Infraestructura pública, Empresa pública, Empresa privada, Actividad económica, Entidades regionales, Entidades locales, Ayudas de estado

La presente Sentencia¹ trae causa de un recurso de anulación parcial frente a la Decisión de la Comisión europea, relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto regional de Leipzig/Halle².

Básicamente la Decisión establece en su artículo primero, que es el objeto de impugnación, lo siguiente: *“La ayuda estatal por importe de 350 millones de euros que Alemania tiene intención de conceder al aeropuerto de Leipzig/Halle para la construcción de una nueva pista sur de aterrizaje y despegue, así como las correlativas infraestructuras aeroportuarias, resulta compatible con el mercado común en virtud de lo dispuesto en el artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado CE”* (actual artículo 107 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)).

La construcción de la pista y sus infraestructuras, a financiar con una aportación de capital, corren a cargo de una sociedad pública *Flughafen Leipzig/Halle GmbH* (en adelante FLH), filial a su vez de otra entidad *Mitteldeutschen Flughafen AG* (en adelante MFAG), participada al 100% por entidades públicas territoriales, regionales y locales y que no dispone de ningún accionista privado.

El desarrollo de estas nuevas infraestructuras aeroportuarias se enmarca en la decisión de la mercantil DHL de trasladar su centro de operaciones de Bruselas al aeropuerto regional de Leipzig/Halle.

Para ello, DHL suscribe un acuerdo marco con FLH y MFAG por la que se le garantiza, además de otras condiciones de explotación, el funcionamiento continuo de la nueva pista, las 24 horas del día, durante todos los días del año, así como la garantía de que al menos el 90% de los transportes aéreos puedan realizarse desde dicha pista.

Este acuerdo contempla igualmente garantías posteriores al inicio de la explotación, estableciéndose las correlativas obligaciones de indemnización en caso de que las mismas no se cumpliesen. Con esa finalidad de garantía, el Land de Sajonia, a la sazón accionista mayoritario de MFAG, elaboró una carta de garantía a favor de FLH y DHL garantizando el rendimiento financiero de FLH y estableciendo la obligación de indemnizar a la compañía DHL para el caso de que el aeropuerto no pudiese utilizarse en la forma prevista.

Por lo que al acuerdo marco y la carta de garantía se refiere, comunicada formalmente por Alemania, la Comisión consideró que esas garantías ilimitadas no resultan compatibles con el mercado común, por entender que las mismas no serían aceptadas por un inversor privado y dado que ya se había concedido a la compañía DHL el importe máximo de ayuda a la inversión, deberían por tanto suprimirse esas medidas ilimitadas y recuperarse la denominada comisión de garantía hasta la supresión de las mismas.

¹ Sentencia T-443/08 y T-445/08, de 24/03/2011.

² Decisión 2008/948/CE – DOUE L 346, de 23/12/2008.

Los demandantes en este asunto solicitan al Tribunal la anulación del artículo 1 de la Decisión, en la medida en que declara que la aportación de capital constituye una ayuda de estado y, por otra parte, en que la misma asciende a 350 millones de euros.

No resultan por tanto objeto de controversia las ayudas de estado declaradas incompatibles y conformadas por las garantías ilimitadas ofrecidas al amparo de ese acuerdo marco, así como la denominada carta de garantía.

En el asunto T-443/08, son partes demandantes el Estado de Sajonia y el Land de Sajonia-Anhalt y en el asunto T-455/08, son MFAG y FLH los demandantes, apoyados por la República Federal de Alemania y la Asociación de Trabajadores Aeroportuarios, ambos objeto de acumulación a efectos de la Sentencia.

1.-La legitimación activa de las entidades territoriales regionales y locales

Respecto al primer asunto, el Tribunal lo declara inadmisibile al entender que las partes demandantes no han demostrado que concurre un interés existente y real en solicitar la anulación pretendida, elemento éste que debe ser apreciado en el momento de la interposición del recurso, no pudiendo además invocarse situaciones futuras e inciertas para acreditar el mismo, tal y como lo ha ido conformando la jurisprudencia del Tribunal³.

El hecho de que las demandantes sean accionistas mayoritarios de las sociedades públicas afectadas no demuestra, a juicio del Tribunal, que ello les confiera ese interés existente y real, sin perjuicio claro está de la legitimación activa que ostentan esas sociedades públicas para interponer el recurso de anulación. Nótese que nos referimos a la legitimación de entidades sub-estatales, que no gozan de la legitimación privilegiada que atribuye el Derecho originario a los Estados miembros.

Frente a las muy diversas alegaciones de las demandantes sobre las eventuales consecuencias que una declaración de nulidad de la aportación de capital tendría en el Derecho interno alemán su caracterización como ayuda estatal, caso del Derecho de sociedades, el Tribunal descarta que el carácter imprevisible de esas consecuencias pueda servir de fundamento del interés en ejercitar la acción.

En el asunto T-455/08 las sociedades públicas demandantes plantean en torno a diversos motivos sus argumentaciones tendentes a la anulación del mencionado artículo 1.

2.- El concepto de empresa/actividad económica en la financiación de las infraestructuras aeroportuarias

³ Sentencias T-141/03 Sniace/Comisión y T-136/05 Salvat père & fils y otros/Comisión.

Los demandantes estiman que la construcción de esta tipología de infraestructuras constituye una medida perteneciente a los ámbitos de las políticas de transporte, económica y regional, no constituyendo una actividad económica, ni resultando de aplicación el concepto de empresa a los efectos del actual artículo 107.1 TFUE, (antiguo artículo 87.1).

Señalan asimismo la inexistencia de rentabilidad de la inversión y que la misma no es ejercida por inversor privado alguno, no siendo además factible la repercusión de los gastos de construcción a través de las tasas aeroportuarias, debiendo por tanto asumirse los costes de estas infraestructuras con cargo a la colectividad, al igual que en el caso de los puertos.

A mayor abundamiento, las partes alegan que ha de diferenciarse la actividad de construcción de la actividad de explotación de esas infraestructuras, tal y como estiman se produjo en la Sentencia Ryanair/Comisión⁴.

Pues bien, el Tribunal General, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de empresa⁵, en tanto que el mismo comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica – ofreciendo bienes o servicios - con independencia de su estatuto jurídico y de su financiación, estima que nos encontramos ante una actividad económica, la desarrollada por FLH, donde además no puede disociarse la construcción, del uso posterior que se realice, bien al contrario, considera que se encuentran íntimamente asociados.

Tampoco queda desvirtuado que estemos en presencia de una actividad económica, por el hecho de que ningún operador privado se haga cargo de esa actividad, ni por la falta de rentabilidad de la operación. De hecho, tras la Sentencia Aeropuertos de París⁶, confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷, el Tribunal estima que ha de considerarse que esos operadores realizan una actividad económica, caso por ejemplo de la Sentencia en el asunto Ryanair/Comisión.

No obstante, tal y como reconoce la Comisión europea en la Decisión de la que trae causa la presente Sentencia, el Tribunal entiende que no todas las actividades de una entidad gestora revisten carácter económico, caso de aquellas vinculadas al ejercicio de prerrogativas públicas⁸.

Sentado lo anterior y entendiendo el Tribunal que los conceptos de empresa y actividad económica son idénticos en todos los ámbitos del Derecho de la competencia, considera acertada la calificación como ayuda de estado realizada por la Comisión europea.

⁴ Sentencia T-196/04 Ryanair/Comisión.

⁵ Sentencias TJUE C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze y C-205/03 Fenim/Comisión.

⁶ Sentencia T-128/98 Aeropuertos de París/Comisión.

⁷ Sentencia TJUE C-82/01 Aeropuertos de París/Comisión.

⁸ Sentencia TJUE C-49/07 MOTOE.

3.- La calificación de un ente público como beneficiario de una ayuda de Estado

Los demandantes argumentan que, ascendiendo el porcentaje de participación pública al 100% de la sociedad, estamos en presencia de una financiación de una actividad de servicio público, por lo que su calificación y efectos deben ser como si la propia Administración lo prestase, incurriendo además la Comisión en un exceso competencial, al resultar la organización administrativa de competencia exclusiva de los Estados miembros.

En apoyo de este argumento las partes alegan que al tratarse de un instrumento público para la financiación de un proyecto concreto, la entidad FLH no puede ser beneficiaria de ayudas estatales.

Al hilo de esta cuestión, el Tribunal vuelve a señalar la procedencia de analizar el asunto sobre la base del concepto de empresa y de actividad económica, precisando además que el alcance del actual artículo 107 TFUE abarca a todas las empresas⁹, públicas o privadas, no pudiendo eludirse la aplicación de las normas comunitarias relativas a las ayudas de estado por la creación de un instrumento público autónomo.

4.- La doble condición del ente público como beneficiario y otorgante de una ayuda de Estado

Dado que la Comisión estimó por un lado que FLH era la beneficiaria de una ayuda de Estado, constituida por la ampliación de capital, y por otro, que era la otorgante de una ayuda a DHL, con arreglo al acuerdo marco y las garantías señaladas al inicio, las demandantes entienden que no puede darse esa doble condición al entenderla incompatible.

Además, estiman que ninguna empresa, en el sentido establecido por el artículo 107.1 del TFUE otorgaría ayudas sin contraprestación.

Pues bien, a juicio del Tribunal, no cabe identificar incompatibilidad alguna en la señalada doble condición de otorgante y beneficiario.

De hecho, el planteamiento es precisamente el contrario, por entender que nada impide que un ente público pueda conceder ayudas de estado y resultar a su vez beneficiario de otras, siempre y cuando, claro está, actúe como empresa que opere en el mercado, ejerciendo una actividad económica.

5.- La aplicación de los principios generales del derecho comunitario europeo

Básicamente los demandantes alegan que la Comisión europea analizó el asunto aplicando las Directrices de Aviación de 2005¹⁰ cuando todavía no se encontraban en vigor, en detrimento de la aplicación de las Directrices de

⁹ Sentencia TJUE C-387/92 Banco Exterior de España.

¹⁰ DOUE C 312, 9/12/2005.

Aviación de 1994¹¹, que consideraban a las infraestructuras aeroportuarias como medidas de política económica general y que resultaban aplicables en el momento en el que se realizó la aportación de capital a FLH, con fecha 4 de noviembre de 2004.

El Tribunal rechaza esta interpretación, al entender que tras la Sentencia del Tribunal Aeropuertos de París/Comisión¹² no resulta posible excluir la aplicación a los aeropuertos regionales las disposiciones relativas a las ayudas estatales.

Con arreglo a lo señalado, considera que no estamos en presencia de ninguna aplicación retroactiva por parte de la Comisión europea ni ante quiebra alguna de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, sino frente a la aplicación de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia.

Ciertamente esa interpretación jurisprudencial es la que recogen las vigentes Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales (Directrices de Aviación de 2005) y que actualmente se encuentran en una nueva fase de revisión.

En cuanto al principio de igualdad, señala el Tribunal, no cabe observarse quiebra alguna dado que la norma, en la interpretación dada y confirmada por el Tribunal de Justicia, ha de aplicarse a la totalidad de aeropuertos regionales.

6.- La sujeción a la normativa comunitaria de ayudas de estado

Frente a la consideración de que las Directrices de 2005 incurren en error al tratar la construcción de infraestructuras aeroportuarias como actividad económica, resultando contrarias al Derecho originario, el Tribunal desestima por inoperante este motivo al considerar que esas Directrices no han sido objeto de aplicación en el presente asunto.

Señalan además los demandantes que la aportación de capital no constituía una ayuda en el momento de llevarse a cabo y que, con posterioridad, pasó a ser una ayuda dada la evolución del mercado, lo que el Reglamento 659/1999¹³ califica como ayuda existente, que conllevaría que la misma pudiese seguir ejecutándose en sus mismos términos, en tanto en cuanto la Comisión europea no declarase su incompatibilidad.

De contrario, el Tribunal afirma que tras la jurisprudencia Aeropuerto de París precitada, y vistas las Decisiones de la Comisión europea producidas con posterioridad a esa Jurisprudencia, no resultaba posible excluir de la aplicación de las normas en materia de ayudas de estado a los aeropuertos a partir del año 2001, tal y como considera la Comisión europea, por lo que desestima igualmente ese planteamiento.

¹¹ DOUE C 350, 10/12/1994.

¹² Sentencia T-128/98 Aeropuertos de París/ Comisión, confirmada mediante Sentencia TJUE C-82/01.

¹³ DOUE L 83, DE 27/03/1999.

No estamos pues en presencia de una ayuda existente, si no de una ayuda individual plenamente sujeta a la legislación comunitaria de ayudas de Estado por imperativo del actual del TFUE y sobre la que la Comisión despliega legítimamente su competencia específica de control.

7.- La adecuación al reparto competencial Estado - Unión Europea

Mantienen los demandantes que teniendo en cuenta que la construcción de una infraestructura aeroportuaria es competencia exclusiva del Estado en tanto que constitutiva de una medida de política económica, careciendo por ende de competencia la Comisión europea, llegando incluso a señalar la vulneración del principio de subsidiariedad en que incurriría la institución comunitaria al calificar como ayuda estatal la aportación de capital.

De contrario, recuerda el Tribunal que aun en el caso de que esa alegación resultase cierta, el actual TFUE, al igual que en el anterior Tratado CE, se le encomienda a la Comisión el control de las ayudas de estado, por lo que habiéndose calificado correctamente como tal, procede su control con arreglo al Tratado, no produciéndose entonces invasión alguna de competencias.

8.- La debida motivación del importe de la ayuda de estado

El artículo primero de la Decisión objeto de interés y sobre la que versa el recurso de anulación, establece un importe cierto de 350 millones de euros, declarándose que esa aportación de capital constituye una ayuda de estado compatible con el mercado común.

La determinación del mismo resulta a su vez contradictoria con los considerandos 182 y 183 de esa Decisión, donde la Comisión estima que determinados costes quedan encuadrados en el ámbito del ejercicio de prerrogativas públicas, caso de los costes correspondientes a las funciones de seguridad y policía, medidas de lucha contra incendios y seguridad pública, seguridad operativa, servicio meteorológico y control de tráfico aéreo, no cabiendo entonces considerarlos como ayuda de estado.

No obstante lo anterior, la Comisión consideró la totalidad de la aportación de capital como ayuda de estado, por lo que entiende el Tribunal que incurre en una clara contradicción, declarando en consecuencia la anulación del importe de la ayuda, en la medida en que la Decisión establece su cuantía en 350 millones de euros.

Dicho de otro modo, la Decisión de la Comisión debía contener el importe exacto, ya que fija su cuantía, pero minorado en los costes no sujetos a la normativa comunitaria sobre ayudas de estado por razón de su naturaleza.

9.- Consideraciones finales

La anulación de la Decisión se predica únicamente en la medida en que se cifra en 350 millones de euros el importe de la ayuda estatal, pero en ningún caso, en la parte que declara que la aportación de capital constituye una ayuda de estado.

La caracterización como ayuda de estado de la aportación de capital, reviste una importancia sustancial, dado que supone sujetarse a las normas comunitarias sobre ayudas de estado, tanto las contenidas en el derecho originario, como en el derecho derivado, así como al poder discrecional, en ocasiones excesivo, del que hace gala la Comisión europea con motivo del ejercicio de sus competencias de control en materia de ayudas de estado.

Entiendo cabe identificar a mi juicio los siguientes dos grandes elementos, como principales informadores de la arquitectura jurídica de la Sentencia, que a su vez traen causa de los empleados por la Comisión europea en su Decisión.

Por un lado, el concepto de empresa/actividad económica previsto en el Tratado y por otro, la interpretación dada por el Tribunal General y confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la Sentencia Aeropuertos de París precitada, a partir de la cual no resulta posible excluir la aplicación a los aeropuertos regionales de las disposiciones relativas a las ayudas de estado.

En cuanto al concepto de empresa, el Tribunal reitera una jurisprudencia consolidada, por el que el mismo comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su financiación, lo que alcanza tanto a las empresas públicas como a las privadas y en todos los ámbitos del Derecho de la competencia, y ello por aplicación del Derecho originario contenido en el Tratado de Lisboa.

La creación por las entidades públicas territoriales, regionales y locales, de instrumentos públicos para la financiación de un proyecto concreto – o de varios, no resulta causa alguna de exclusión, al menos *a priori*, de la aplicación de la normativa comunitaria sobre ayudas de estado. Cuestión distinta será determinar, como el caso que nos ha ocupado, qué cuantía cabe imputar al ejercicio de prerrogativas públicas, lo que determinará en esa parte su no sujeción.

Por lo que se refiere a la interpretación dada por los Tribunales sobre la aplicación a los aeropuertos regionales de las disposiciones relativas a las ayudas de estado, debemos acogerla pues como la interpretación correcta y debida, decaendo la presunta aplicación retroactiva de las Directrices de 2005 que los demandantes imputaban a la Comisión.

Al hilo de esta cuestión, resulta necesario constatar cómo la Comisión europea, en el ejercicio de sus competencias, y con ocasión del análisis de proyectos de ayudas sujetos a su autorización previa, plantea sistemáticamente la introducción de nuevos elementos en los mismos, particularmente cuando en el sector de que se trate se encuentra en fase de revisión la normativa aplicable,

caso del actual proceso de racionalización de la normativa sobre ayudas estatales, en el que la Comisión europea y los Estados miembros se encuentran inmersos, de cara al nuevo período de programación (2014-2020).

Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico no debe resultar estático, ahora bien, su carácter dinámico y su naturaleza evolutiva ha de conciliarse en mejor medida con el principio de seguridad jurídica a los operadores – públicos y privados.

En fin, la trascendencia futura de esta Sentencia resulta innegable, en tanto en cuanto los criterios que se aplican a esa infraestructura aeroportuaria cabrán aplicarse a otras tipologías de infraestructuras y proyectos, cuya actividad económica determinará si la financiación de las mismas ha de sujetarse al régimen comunitario de ayudas de estado, requiriendo con ello un análisis adicional *ex-ante*, sobre el que la Comisión europea desplegará su competencia específica de control.

Oviedo, a 12 de marzo de 2013

Referencia bio-bibliográfica:

Gonzalo Riesgo Fernández es Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo y miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo. Colabora habitualmente con Escuelas autonómicas de Administración Pública y ha sido profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de Gijón.

Asesor Jurídico del Instituto de Fomento Regional (IFR) y Secretario Letrado del Centro Europeo de Empresas e Innovación (CEEI), desde 1999 presta servicios como Asesor Jurídico en asuntos europeos del Principado de Asturias. Desde 2010 y en representación de las CCAA españolas, forma parte del Comité de la Comisión Europea del programa “Europa con los ciudadanos”.

Es co-autor del libro *La participación del Principado de Asturias en los asuntos comunitarios europeos* (2006) y tiene publicados diversos artículos doctrinales y conferencias tales como “Acciones innovadoras y la financiación de los fondos estructurales” (CISS), “Regiones y ciudades en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea” (TREA).