

LA ASISTENCIA EN TIERRA EN LOS AEROPUERTOS Y EL PROCESO LIBERALIZADOR DEL TRANSPORTE AÉREO

FCO. JAVIER ARIAS VARONA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos*

Extracto:

EL transporte aéreo no se agota en el traslado por aire de personas o pasajeros. La realización de esta tarea implica otras muchas que se desarrollan antes y después de ese momento: facturación de pasajeros, gestión de la carga y los equipajes, suministro de combustible, limpieza de la aeronave, etc. Estas tareas eran inicialmente desarrolladas por las propias aerolíneas, pero con el tiempo ha tenido lugar un proceso de especialización que ha llevado al nacimiento y desarrollo de empresarios encargados de la prestación de los llamados servicios de asistencia en tierra, también conocidos bajo el nombre anglosajón del *handling*. Las particularidades del transporte aéreo y el entorno aeroportuario, ambos bajo un característico oligopolio a nivel internacional y una fuerte intervención administrativa, generaban un mercado ausente de competencia en este sector. La progresiva apertura del mercado de transporte aéreo tenía necesariamente que llevar aparejada la de los servicios de asistencia en tierra, haciendo imprescindible una intervención normativa en esta cuestión. El presente trabajo pretende proporcionar un análisis del régimen legal al que queda sujeto este aspecto de la prestación de servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos, o *handling*.

Palabras clave: contrato de transporte, transporte aéreo, asistencia en tierra, *handling*.

Sumario

- I. Introducción.

- II. Cuestiones iniciales en materia de acceso al mercado de prestación de servicios en tierra y el proceso de liberalización.

- III. La autorización administrativa como requisito previo para el acceso a la actividad.

- IV. Libertad de acceso y restricciones: la liberalización del mercado de asistencia en tierra.
 - IV.1. Régimen básico.

 - IV.2. Medidas complementarias.

I. INTRODUCCIÓN

El transporte aéreo no se agota en el traslado por aire de personas o pasajeros. La realización de esta tarea implica otras muchas que se desarrollan antes y después de ese momento: facturación de pasajeros, gestión de la carga y los equipajes, suministro de combustible, limpieza de la aeronave, etc. Estas tareas eran inicialmente desarrolladas por las propias aerolíneas, pero con el tiempo ha tenido lugar un proceso de especialización que ha llevado al nacimiento y desarrollo de empresarios encargados de la prestación de los llamados servicios de asistencia en tierra, también conocidos bajo el nombre anglosajón del *handling*. En ese proceso, un primer paso fue la creación por las compañías aéreas de filiales dedicadas específicamente a la prestación de este tipo de servicios. Más adelante, y en tiempos relativamente recientes, se ha producido la aparición de empresarios independientes, con los que las aerolíneas contratan para que les proporcionen los servicios que precisan en el entorno aeroportuario. Las prestaciones ofrecidas por estos últimos intentan dar al cliente un servicio integral que cubra todas las necesidades del porteador aéreo en el aeropuerto ¹. Así, entre sus prestaciones, se encuentran el suministro del combustible o alimentos, el manejo de los equipajes desde su entrega en la terminal hasta su colocación en la bodega del avión, la gestión de los pasajeros con necesidades especiales, el desarrollo del proceso de facturación del vuelo o los trámites administrativos necesarios con las autoridades aeroportuarias. Un buen ejemplo de la amplitud de sus funciones puede encontrarse en el Anexo al Real Decreto 1161/1999, en el que se recoge un exhaustivo listado de servicios de asistencia en tierra, que pone de manifiesto la variedad de prestaciones ofrecidas bajo ese genérico concepto ².

¹ V. D'ORAZIO, B., «In tema di responsabilità extracontrattuale dell'operatore di *handling* in solido con il vettore aereo», en *Dir. Trasp.*, 1997, pág. 155.

Es frecuente referir las actividades de asistencia en tierra o *handling* a las operaciones accesorias o instrumentales para la llegada o salida de la aeronave, pasajeros, equipajes o carga (así, literalmente, RIGUZZI, M., «Le imprese di handling: competenze e responsabilità», en *Gli operatori aeroportuali. Competenze e responsabilità*, Milano, 1996, pág. 17).

² No es necesario detallar toda la casuística de servicios que se prestan bajo la noción de servicios en tierra, para lo que me remito al Anexo del Real Decreto 1161/1999 que reproduce casi literalmente el listado contenido en el Anexo de la Directiva 96/67, a su vez tomado, si bien con diferencias, de la catalogación que se realiza en el manual de este tipo de operaciones realizado por IATA (el *IATA Ground Handling Agreement*). Sin embargo, y por su función ejemplificativa, resulta útil anotar que comprende 11 categorías distintas: (a) la asistencia administrativa en tierra y supervisión; (b) la asistencia a pasajeros; (c) la asistencia de equipajes; (d) la asistencia de carga y correo; (e) la asistencia de operaciones en pista; (f) la asistencia de limpieza y servicio de la aeronave; (g) la asistencia de combustible y lubricante; (h) la asistencia de mantenimiento en línea; (i) la asistencia de operaciones de vuelo y administración de la tripulación; (j) la asistencia de transporte de superficie y (k) la asistencia de mayordomía o *catering*.

La regulación normativa de este fenómeno es escasa y su contenido muy limitado. En realidad, la atención del legislador se ha proyectado solamente sobre la regulación de esta actividad desde la perspectiva de la competencia y las eventuales restricciones de acceso a la misma. Las particularidades del transporte aéreo y el entorno aeroportuario, ambos bajo un característico oligopolio a nivel internacional y una fuerte intervención administrativa, generaban un mercado ausente de competencia en este sector. La progresiva apertura del mercado de transporte aéreo tenía necesariamente que llevar aparejada la de los servicios de asistencia en tierra, haciendo imprescindible una intervención normativa en esta cuestión. Conviene destacar que la regulación de este sector orientada a la libertad en la prestación de estos servicios se deriva de los planteamientos generales en esta misma línea para el transporte aéreo. Como en este último, una tutela normativa expresa de la libertad de empresa no significa la ausencia de un cierto control administrativo sobre estas actividades. En el caso de los aeropuertos, hay suficientes razones de todo tipo que justifican la existencia de restricciones en el principio de libertad de competencia, por una parte, y de limitaciones en el acceso a este tipo de actividades, controlado por la administración competente, por la otra. El presente trabajo pretende proporcionar un análisis del régimen legal al que queda sujeto este aspecto de la prestación de servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos, o *handling*. Se ha optado por omitir el tratamiento de los problemas referentes a las relaciones jurídicas entre los agentes de asistencia en tierra y sus clientes, cuestión en la que el legislador no ha considerado precisa intervención alguna y de la que me he ocupado específicamente en otro trabajo ³.

La exposición se acomodará al esquema habitual en este tipo de cuestiones, dedicando un primer apartado a ciertas precisiones de carácter general en este punto (II), analizando después el régimen de autorizaciones preciso para poder prestar este tipo de servicios (III) y finalizando el análisis con el estudio del funcionamiento del principio de libre competencia en este sector (IV).

II. CUESTIONES INICIALES EN MATERIA DE ACCESO AL MERCADO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN TIERRA Y EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN

La prestación de los servicios de asistencia en tierra estaba tradicionalmente condicionada por dos circunstancias. La primera era el régimen habitualmente monopolístico de la actividad de transporte aéreo, sometida a una fuerte intervención estatal, como es sabido. La segunda, las especiales características del aeropuerto, desde la perspectiva tanto de los factores de seguridad, como de la profusa regulación administrativa de su régimen legal. El resultado era que, en la práctica, la prestación de los servicios de asistencia en tierra venía limitada a un operador, con frecuencia el gestor del aero-

³ Vid. ARIAS VARONA, F.J., «La asistencia en tierra en los aeropuertos (*handling*) y la responsabilidad del prestador del servicio», en *Revista de Derecho Mercantil*, Enero-Marzo 2009 (en prensa). Sin perjuicio de la remisión a ese trabajo para un análisis en detalle de este tema, conviene indicar, con absoluta brevedad, que se trata de una materia dejada al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, que tienen libertad para configurar esa relación, aunque la uniformidad del régimen convencional en este punto, dominado por un modelo contractual de difusión generalizada auspiciado por IATA, es indiscutible, lo que no obsta para que se generen numerosos e interesantes problemas de índole jurídica en los que puede haber una cierta interacción con lo legalmente dispuesto en materia de derechos de acceso y régimen aeroportuario.

puerto o la aerolínea de bandera del país de que se tratara o una filial suya. Una vez que la Unión Europea decide acometer la liberalización del mercado de transporte aéreo, la presencia de situaciones monopolísticas en el mercado de la asistencia en tierra no era admisible, pues, entre otras cosas, generaba efectos muy perjudiciales en la competencia del propio mercado del transporte aéreo⁴. Por esta razón se plantea la necesidad de liberalizar la actividad de prestación de los servicios en tierra y el complicado proceso de asegurar que haya competencia en ese mercado de los aeropuertos, al menos en los de mayor importancia. El objetivo pretendido será proporcionar a los usuarios la posibilidad de optar entre varios proveedores de estos servicios. Conviene anotar desde este primer momento, sin embargo, que la pretensión liberalizadora se modera notablemente, pues no se fijará como objetivo la apertura completa del mercado, sino que se admitirán importantes limitaciones. Así, aunque la mayoría de los servicios propios de la actividad de asistencia en tierra se abre plenamente a la competencia, habrá una serie de ellos en los que se contempla la posibilidad de que se impongan restricciones en el número de posibles prestadores⁵. De este modo, la directiva comunitaria en la materia habilitará a los Estados miembros a que restrinjan el número máximo de operadores autorizados a prestar cierto tipo de servicios en los aeropuertos, una posibilidad de la que, de hecho, se hace uso, introduciendo así restricciones a la competencia.

Al mismo tiempo, el régimen legal en esta materia acepta la existencia de restricciones en el acceso a la actividad de prestación de servicios de asistencia en tierra. La necesidad de coordinar los principios de libre competencia con las evidentes exigencias de seguridad que reclama esta actividad implica que se contemple la posibilidad de exigir una cierta solvencia empresarial y profesional, como un requisito previo indispensable para el ejercicio empresarial de este tipo de prestaciones. Esto vendrá articulado, como es habitual, por medio de la obligatoria concesión de una licencia por un órgano especializado.

Los objetivos señalados se concretarán en el ámbito comunitario, después de un proceso histórico complicado⁶, en la Directiva 96/67/CE, de 17 de octubre, relativa al acceso al mercado de asisten-

⁴ La influencia de los servicios de asistencia en tierra sobre la actividad de las compañías aéreas presenta dos perfiles distintos que incentivan en ambos casos el proceso liberalizador. El primero es la repercusión del coste sobre el del transporte, pues la prestación remunerada de estos servicios forma parte de los costes de las compañías y la situación monopolística indudablemente favorece tarifas superiores a las que se obtendrían en un mercado sujeto a la competencia. El proceso de liberalización habría de tener como efecto inducido una reducción de costes que supondría un abaratamiento en los precios de los billetes. Un segundo perfil se refiere a la preocupación de las compañías por el efecto de la calidad en la prestación de los servicios sobre la imagen propia. Desde la perspectiva del usuario del transporte, los problemas producidos en el desarrollo de buena parte de las prestaciones de la asistencia en tierra se imputan subjetivamente a la compañía (retrasos, pérdidas de maletas, problemas en la facturación, *catering* defectuoso o limpieza insuficiente de la aeronave, etc.). De ahí que las compañías tengan interés en la existencia de un mercado liberalizado que mejore la calidad en la prestación del servicio y que les permita optar por otros proveedores en los casos de prestación defectuosa, dado el impacto que tiene sobre su imagen comercial. Vid. PETIT LAVALL, M.^a Victoria, «La liberalización de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad Europea», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, T. II, Castellón, 1999, pág. 751.

⁵ El planteamiento de partida es la plena liberalización de aquellos servicios que implican contacto con el usuario o que presentan escasas restricciones en materia de costes, seguridad o disponibilidad de espacio, optándose por una liberalización solo parcial para los servicios que no reúnan esas características (vid. SOAMES, T., «Ground handling liberalization», en *Journal of Air Transport Management*, 1997, 3, pág. 85).

⁶ Los antecedentes de la directiva, es decir, los distintos instrumentos legales comunitarios relativos a la prestación de servicios de asistencia en tierra pueden verse en PETIT LAVALL, M.V. «La liberalización...» cit., págs. 752 y ss. y, con una

cia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad ⁷, modificada más tarde por el Reglamento (CE) 1882/2003, de 29 de septiembre ⁸. La incorporación de las previsiones comunitarias en nuestro ordenamiento se hará mediante el Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, modificado luego por el Real Decreto 99/2002, de 25 de enero. Las dos normas comparten su propósito y contenido: fijar el régimen legal y las posibles condiciones a las que ha de someterse la prestación de servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos, con la finalidad de introducir la competencia en ese mercado, sin perjuicio de ciertas restricciones, aconsejables en atención a las particulares características del sector ⁹.

La existencia de este régimen legal, dirigido a regular las condiciones en que los agentes de asistencia en tierra pueden acceder a esta actividad y el modo en que haya de regularse su prestación en los aeropuertos, no significa que su alcance sea general. La finalidad principal de la normativa, que

perspectiva que abarca también cuestiones de índole económica y social, en SOAMES, T., «Ground liberalization...» cit., págs. 83 y ss.

⁷ La opción por una directiva, en vez de un reglamento, que es el instrumento habitual en materia de transporte aéreo, resulta algo sorprendente e incluso algunos operadores del sector han manifestado expresamente que habría resultado más adecuado regular reglamentariamente la materia (*vid.* la pág. 54 del Estudio sobre la calidad y eficiencia de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos comunitarios como resultado de la incorporación de la Directiva 96/67, http://ec.europa.eu/transport/air_portal/airports/doc/2002_ground_handling_final_report.pdf). La razón puede estar en las reticencias al proceso liberalizador por parte de algunos de los Estados miembros (*vid.* PETIT LAVALL, M.V., «La liberalización...» cit., pág. 756).

⁸ Los efectos de la directiva han sido objeto de análisis posterior, a través de un informe encargado por la Comisión Europea y realizado por la consultora *SH&E Internacional Air Transport Consultancy*, con fecha de 7 de octubre de 2002 (disponible en Internet en la dirección http://ec.europa.eu/transport/air_portal/airports/studies_en.htm). Sobre la base de ese informe, la Comisión Europea ha publicado más tarde (el 24 de enero de 2007) un informe sobre la aplicación de la Directiva 96/67/CE [COM(2006) 821 final].

⁹ La sujeción del sector de la asistencia en tierra a la libre competencia es, en realidad, algo que viene de lejos y que, en el momento presente, no puede considerarse agotada en la regulación emanada de la directiva. Se trata de un problema que quedaría desligado del polémico sometimiento del transporte aéreo a las normas del Tratado en materia de competencia a partir de 1985, cuando la Comisión manifestó expresamente el carácter complementario al transporte de los servicios de asistencia en tierra, con lo que quedaban fuera del mercado de transporte y, por tanto, fuera del debate sobre la aplicación de las normas de competencia al transporte aéreo. De hecho, los antecedentes históricos de la directiva comunitaria se insertan en el proceso de liberalización del transporte aéreo y consistieron en reglamentos de exención a favor de los acuerdos entre compañías aéreas y empresas especializadas en la prestación de servicios de asistencia en tierra (Reglamento CEE 2673/88, de 26 de julio, posteriormente sustituido en el contexto del segundo paquete de medidas de liberalización del transporte aéreo por el Reglamento 82/91, de 5 de diciembre de 1990). El enfoque, sin embargo era erróneo, pues el principal problema en materia de competencia no venía planteado por la existencia de acuerdos contrarios a la prohibición general de las prácticas colusorias, sino en el sistema de gestión de estos servicios mediante concesiones administrativas y el frecuente mantenimiento de situaciones monopolísticas. Por ese motivo, se abandona el planteamiento con ocasión del tercer paquete y se sustituye la metodología de los reglamentos de exención por la de la directiva de liberalización. Sobre estas cuestiones, *vid.* más ampliamente, PETIT LAVALL, M.V., «La liberalización...» cit., págs. 752 y ss.

Los problemas asociados al sometimiento del sector de la asistencia en tierra a la libre competencia, sin embargo, no pueden considerarse agotados con la aprobación de la correspondiente directiva. De hecho, la propia directiva deja claro que la actividad en este mercado sigue sujeta, al margen del alcance de la liberalización operada por ella, a las normas generales en materia de competencia. Ello tiene la interesante consecuencia de la posible aplicación de las normas en materia de abuso de posición dominante al comportamiento de los operadores de asistencia en tierra en aquellos aeropuertos en que se dé esa situación. Se trata de un extremo que puede tener especial importancia como mecanismo de control en el abanico de aeropuertos que, por sus dimensiones, no entran dentro de los que se introduce obligatoriamente la presencia de competidores. De hecho, cabe constatar que las autoridades de la competencia han tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones referentes al mercado de asistencia en tierra, poniendo así ciertos criterios sobre la interpretación de extremos relevantes a estos efectos, como pueda ser el mecanismo de delimitación del mercado relevante (*vid.* SOAMES, T., «Ground handling...» cit., págs. 90 y ss.).

es garantizar una mayor competencia en este sector sin merma de las condiciones de seguridad mínima, se considera compatible con la limitación a un grupo determinado de aeropuertos, como son aquellos que superan unos determinados umbrales. El ámbito de aplicación de la normativa viene, por tanto, restringido, aunque en esta materia las previsiones comunitarias y las españolas no son idénticas.

La directiva comunitaria emplea un criterio de limitación estrictamente cuantitativo. Sus previsiones se aplican en la medida en que el aeropuerto supere un umbral determinado de pasajeros o carga. Como en otros ámbitos, el proceso de liberalización fue progresivo, razón por la cual los criterios de sometimiento al contenido de la directiva no han sido estáticos y han variado a lo largo del tiempo, tanto desde el punto de vista de las categorías de servicios, como desde el de los límites cuantitativos. En cualquier caso, a partir del 1 de enero de 2001, queda sometido al régimen dispuesto en la directiva para la prestación de servicios de asistencia en tierra cualquier aeropuerto comunitario abierto al tráfico comercial que supere el umbral de los dos millones de pasajeros o las 50.000 toneladas de carga de tráfico anual¹⁰, quedando exentos de la aplicación para los servicios de asistencia de pasajeros aquellos que superen exclusivamente los límites de carga (*vid.* art. 1.2 y 3 Directiva 96/67/CE). Con el objeto de posibilitar la aplicación de la norma comunitaria, los Estados miembros quedan obligados a remitir anualmente a la comisión el listado de aeropuertos que superen esos límites dentro de su territorio, lista que se hace pública por la Unión Europea (*vid.* art. 1.4 Directiva 96/67/CE).

El Real Decreto 1161/1999, por contraste con el régimen comunitario, somete a los aeropuertos *de interés general* a la normativa sobre prestación de servicios, como queda claro en el primer artículo y se reitera más tarde en el artículo 9. Este texto legal no aclara, sin embargo, lo que deba entenderse por aeropuerto de interés general, concepto que se encuentra definido en el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, cuyo artículo 1 atribuye esa condición a todos aquellos aeropuertos que reúnan alguna de las siguientes condiciones: (a) que puedan ser empleados para tráfico internacional; (b) que por su situación, características o capacidad de generar tráfico, puedan incidir en la ordenación del transporte o del espacio aéreo o en el control del mismo; (c) que sean aptos para ser designados como aeropuertos alternativos de los anteriores y (d) que tengan interés para la defensa nacional. Al margen de que pudieran incorporarse nuevos aeropuertos a esta categoría, en función de estas condiciones, la realidad es que, en el modelo del Real Decreto 2858/1981, el carácter de aeropuerto de interés general venía determinado por su titularidad pública gestionada por Aeropuertos Nacionales (*vid.* su disposición transitoria), organismo autónomo encargado entonces de esas funciones y más tarde sustituido por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), entidad pública empresarial creada en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 y regida por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio.

La introducción de un innecesario criterio cualitativo en la incorporación de la directiva comunitaria resulta poco adecuado. La decisión es aún más criticable si se tiene en cuenta la distinta finalidad perseguida por el Real Decreto de 1999 (proceder a la liberalización de los servicios en tierra)

¹⁰ Según las estadísticas proporcionadas por AENA, los aeropuertos españoles con un movimiento de pasajeros superior a los 2.000.000 son, de mayor a menor, los de Madrid-Barajas, Barcelona, Palma de Mallorca, Málaga, Gran Canaria, Alicante, Tenerife Sur, Lanzarote, Valencia, Ibiza, Fuerteventura, Tenerife Norte, Bilbao, Sevilla, Girona, y Menorca. Las 50.000 toneladas de carga solo se superaron en los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona (fuente, AENA: <http://estadisticas.aena.es>).

y el Real Decreto de 1981 del que se toma el concepto de aeropuerto de interés general (resolver las competencias del Estado y de las comunidades autónomas en esta materia, en virtud de lo establecido en el art. 148.1.6.^a CE). La distinta finalidad no justifica el empleo del concepto para un ámbito distinto, lo que genera disfunciones con independencia de que, desde algunos ámbitos, se proponga la validez de un sistema de catalogación de los aeropuertos de interés general por criterios cuantitativos, equivalente al de la directiva comunitaria ¹¹.

Es posible que la crítica indicada no revista una importancia excesiva, pues el criterio del interés general del aeropuerto como pauta para la aplicación del real decreto cede más adelante, en beneficio de criterios cuantitativos en la línea de la directiva comunitaria. En ese sentido, a los efectos de fijar normativamente las posibles restricciones y los límites al acceso del mercado de asistencia en tierra, nuestro derecho emplea esa referencia por volumen, aunque con umbrales distintos a los de la directiva. Así, los límites vienen fijados en un millón de pasajeros (y no en dos, como en la directiva), o en 25.000 toneladas de carga (en vez de 50.000, como hace el régimen comunitario) ¹². La utilización de esos umbrales más reducidos no parece inadecuada, desde el punto de vista de la finalidad pretendida por la norma comunitaria. En efecto, si la intención de la directiva es asegurar la máxima liberalización del mercado, salvaguardando las particulares exigencias de seguridad y gestión, no resulta perjudicial reducir el umbral cuantitativo que obliga a la introducción de competencia en ese sector. La decisión podría estar justificada por la necesidad de abrir el mercado en aeropuertos de dimensiones más reducidas que las tomadas como referencia por el legislador comunitario, aunque con los datos actuales no parece que la realidad española lo haga necesario ¹³.

Un segundo extremo que convendría aclarar en este primer momento, desde el punto de vista del ámbito de aplicación de la normativa sobre prestación de servicios de asistencia en tierra es que su sometimiento a un régimen de competencia no supone, automáticamente, que sus usuarios hayan de recurrir necesariamente a terceros para que se los presten. De hecho, en este ámbito, la práctica de la llamada autoasistencia ¹⁴ ha sido y es frecuente. La prestación de asistencia, sea para la totali-

¹¹ Así, *vid.* SANZ GANSESEGUI, F., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*, Madrid, 2005, pág. 214.

¹² A los aeropuertos mencionados en la nota número 10 habría que añadir, para el año 2006, en pasajeros y por orden descendente, los de Santiago de Compostela, Murcia-San Javier, Reus, Jerez de la Frontera, Asturias, Vigo, La Palma, Granada-Jaén, Almería y A Coruña. En cuanto al movimiento de carga, se sumarían los aeropuertos de Gran Canaria y Vitoria (fuente, AENA: <http://estadisticas.aena.es>).

¹³ Pese a lo que pudiera parecer, los datos estadísticos del año 2006 no justificarían el cambio de criterio con relación al de la directiva. Desde el punto de vista de la participación en el total de pasajeros transportados, que es el más determinante, los aeropuertos españoles que superan los dos millones representan el 80 por 100 del total, mientras que los que están entre el millón y los dos millones representan apenas el 15 por 100. En el contexto comunitario, de los 100 aeropuertos que superan los 2.000.000 anuales de pasajeros, 13 son españoles y solo se sumarían 9 más si se incorporaran los que transportan 1.000.000 o más de pasajeros (la proporción, en este caso, sería de 22 sobre 150, de manera que la participación relativa sería sustancialmente idéntica). Los datos indican que ni en el contexto del mercado comunitario, ni en el interno resulta justificable la variación de las previsiones comunitarias en términos objetivos, a los efectos de incorporar un mayor número de aeropuertos en el mercado interno sobre la base de una pretendida menor dimensión general de los aeropuertos españoles.

¹⁴ El artículo 2 del Real Decreto 1161/1999 define la autoasistencia como aquella «situación en la que un usuario se presta directamente, a sí mismo, una o varias categorías de servicios de asistencia, sin celebrar con un tercero ningún contrato, cualquiera que sea su denominación, cuyo objeto sea la prestación de dichos servicios».

dad de lo que requiere la operación de la aeronave, sea para una parte de ello, a través de los medios con los que cuenta el propio porteador o recurriendo a empresas filiales es normal. Este es el motivo por el cual la regulación legal de la prestación de servicios de asistencia en tierra toma en consideración no solo esos dos modelos posibles (el recurso a terceros y la autoasistencia), sino la frecuente vinculación entre las compañías aéreas y los suministradores de servicios de asistencia en tierra, tan solo formalmente independientes de ellas ¹⁵.

En primer lugar, tanto la normativa comunitaria como la regulación nacional distinguen entre la prestación de servicios en tierra por terceros y el recurso a la autoasistencia, es decir, a los medios de la propia compañía aérea. La diferencia entre una y otra es irrelevante en lo que se refiere a la obligación de contar con la correspondiente licencia. Cualquier agente independiente debe estar autorizado administrativamente para poder prestar este tipo de servicios en los aeropuertos contemplados en la norma correspondiente (*vid.* arts. 4 y 9 RD 1161/1999 y art. 14 Directiva 96/67/CE). Pero, del mismo modo, también se requiere esa autorización para las compañías aéreas que pretendan recurrir a la autoasistencia (*vid.* art. 3 RD 1161/1999). Esta última tampoco escapa a las intenciones liberalizadoras, pues se cuenta con ella como factor determinante de la competencia en este tipo de mercado, aunque, como luego se verá, el contenido concreto de la norma varía algo según se trate de asistencia a terceros o autoasistencia.

En segundo lugar, es necesario indicar que la normativa incluye como autoasistencia no solo aquella prestada específicamente por el propio usuario, es decir, por la propia compañía aérea. También se considera así el supuesto en que, tratándose de un sujeto formalmente independiente, se trate de una filial de la compañía. La diversificación de actividades y riesgos en el grupo de la compañía había conducido a la constitución de filiales encargadas del negocio de asistencia en tierra, participadas íntegramente o controladas por la compañía, normalmente de bandera y dominante en el mercado de los aeropuertos de los que era nacional. Esta realidad de hecho es la que explica porqué, al tratarse de la autoasistencia, se asigne ese carácter a los supuestos en los que el usuario del servicio de asistencia en tierra participe mayoritariamente en el agente prestador o una entidad tenga una participación mayoritaria en ambos [art. 2 f) directiva]. Nuestro ordenamiento precisa expresamente que debe haber una participación superior al 50 por 100 [*vid.* art. 1 d) RD 1161/1999] ¹⁶, sin aclarar si

¹⁵ El reconocimiento de la posibilidad de autoasistencia no impide que, desde el punto de vista de la introducción de competencia en este mercado y sus efectos indirectos sobre el del transporte aéreo, resulte mucho más relevante la prestación de servicios de asistencia en tierra a terceros, teniendo en cuenta que la autoasistencia no es una opción viable para muchas aerolíneas (*vid.* SOAMES, T., «Ground handling...» cit., pág. 86). A ello podría añadirse también que el recurso a la asistencia por terceros resulta imprescindible para las aerolíneas en proceso de apertura o estudio de nuevas rutas, de modo que la promoción de la competencia en la asistencia a terceros favorecerá sin duda el incremento en la competencia en el transporte aéreo.

¹⁶ La exigencia de que la participación sea superior al 50 por 100 plantea serios problemas en aquellos casos en los que las aerolíneas poseen participaciones importantes que, *de facto*, integran en su grupo otras aerolíneas, pero inferiores a ese porcentaje, lo que excluye del supuesto de *autohandling* la prestación de servicios de asistencia en tierra a esas aerolíneas. Entre nosotros el problema ha presentado especial virulencia en el aeropuerto de El Prat con relación a Iberia, que cuenta con licencia para el *autohandling*, pero que quedó fuera en el último proceso de concesión del año 2006. Como consecuencia de ello, aunque mantenía la posibilidad de «asistirse» en sus vuelos, perdía la posibilidad de hacerlo a Clickair, la aerolínea de bajo coste de Iberia, cuya participación en ella era del 20 por 100 y a Air Nostrum, vinculada a Iberia por un contrato de franquicia. La solución al problema, con notorios efectos laborales bien conocidos, ha venido de la mano de la constitución de una UTE con Globalia, que fue una de las empresas a las que se adjudicaron concesiones para la

esa participación ha de ser directa o, por el contrario, también sería aplicable a los casos de participación indirecta, como parece más correcto, para así bloquear un empleo de sujetos interpuestos que impidiera la aplicación de la norma (así se hace, por ejemplo, en el art. 14.3 RD 1161/1999).

III. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO PREVIO PARA EL ACCESO A LA ACTIVIDAD

El punto de partida del acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos es la necesidad de contar con una autorización administrativa para ello ¹⁷, a cuyos requisitos y procedimiento se dedica buena parte del Real Decreto 1161/1999. En nuestro ordenamiento, la autorización es proporcionada por la Dirección General de Aviación Civil (en adelante, DGAC), órgano administrativo especializado en este ámbito ¹⁸, y se prevé para una duración de siete años, renovable a su vencimiento si se solicita al menos seis meses antes del mismo (art. 9 RD 1161/1999) ¹⁹. En realidad, la exigencia deriva de las previsiones comunitarias, aunque a este respecto conviene hacer una aclaración.

prestación de servicios de asistencia en tierra a terceros (*vid. El País*, de 29 de septiembre de 2006). Un problema semejante podría darse para los casos en los que, en virtud de los acuerdos de alianza entre compañías, se tratara de los servicios de asistencia en tierra a compañías con los que existen acuerdos de reciprocidad en estas cuestiones (este tipo de pactos son frecuentes, *vid. TAPIA SALINAS, L., Curso de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1980, pág. 425).

¹⁷ La autorización es única para la prestación de este tipo de servicios, al margen de que luego, según las características de cada aeropuerto, sea necesario obtener la correspondiente concesión. No es correcto, por tanto, considerar que se tiene que obtener con cada uno de los aeropuertos en los que se pretende llevar a cabo la prestación de los servicios de asistencia en tierra [en ese sentido, *vid. FRANCISCO FALCÓN, J., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*, Madrid, 2005, pág. 384]. El artículo 3 del Real Decreto 1161/1999 prevé abiertamente que la autorización tenga eficacia «en todos los aeropuertos de interés general»

¹⁸ La concesión de las autorizaciones posiblemente habría podido atribuirse a AENA, siendo este el organismo especializado en la gestión de los aeropuertos. Sin embargo, y con buen criterio, la directiva comunitaria obligaba a que el órgano encargado de ello fuera distinto de la entidad gestora del aeropuerto (*vid. art. 14.1*), función que, como es sabido, desempeña AENA para los aeropuertos de interés general. Esa previsión comunitaria bloquea la posibilidad de que sea esta última quien se encargue de las autorizaciones. *Vid. una crítica del sistema, desde el punto de vista de la independencia real del órgano encargado de la autorización y el gestor aeroportuario en ESTEVE PARDO J., Régimen jurídico de los aeropuertos*, Valencia, 2001, pág. 88 y FRANCISCO FALCÓN, J., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*, Madrid, 2005, pág. 384, n. 102. En realidad, se trata de un problema que deriva en buena medida de la inexistente diferenciación entre organismo regulador y organismo gestor presente en otros ámbitos de nuestro ordenamiento (el transporte ferroviario, por ejemplo) y en el plano aeronáutico en otros países, modelo del que se parte en la normativa comunitaria (el nuestro, en este sentido, es una absoluta excepción, *vid. ESTEVE PARDO J., Régimen jurídico...*, cit., págs. 82 y ss.).

¹⁹ El plazo máximo de siete años de validez para la licencia parece haberse traído del que se dispone en la directiva comunitaria como tope para las concesiones otorgadas en todos los casos en los que se haya optado por limitar el máximo de operadores en los servicios de asistencia en tierra con limitaciones en el número de prestadores (art. 11 Directiva 96/67). Como puede observarse, sin embargo, se trata de cuestiones diferentes aunque nuestro legislador también incorpora ese plazo en el artículo 14 del Real Decreto 1161/1999. Es conveniente anotar que los operadores consideran que se trata de un plazo excesivamente breve, que puede constituir una barrera de entrada importante cuando se requieran inversiones cuantiosas difícilmente amortizables en ese plazo y que desincentiva la inversión a largo plazo. Ambos problemas, evidentemente, se agravan cuando no se recurre al plazo máximo como en nuestro país, sino que se fijan tiempos menores de validez de las licencias [*vid. SOAMES, T., «Ground handling...», cit., pág. 89 y la pág. 67 del Estudio sobre la calidad y eficiencia de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos comunitarios como resultado de la incorporación de la Directiva 96/67, http://ec.europa.eu/transport/air_portal/airports/doc/2002_ground_handling_final_report.pdf, previsión ratificada más tarde por el Informe de la Comisión de 24 de enero de 2007 (COM (2006) 821 final)*].

La redacción original del artículo 14 disponía expresamente que «los Estados miembros supeditarán la actividad de un agente de asistencia en tierra o de un usuario que practique la autoasistencia en un aeropuerto a la obtención de una autorización expedida por una autoridad pública independiente de la entidad gestora de dicho aeropuerto». Poco después, sin embargo, se rectificaría ese precepto ²⁰, para dejar en manos de los Estados miembros la decisión sobre el carácter necesario de la autorización administrativa, de modo tal que la redacción actual del artículo 14 simplemente prevé que los Estados «podrán supeditar» el ejercicio de la actividad.

No parece discutible que el sentido que tiene la exigencia de una previa autorización administrativa para el acceso a esta actividad está en conexión con las particulares características del sector. El considerando número 22 de la Directiva 96/67 vincula expresamente la exigencia de autorización con las necesidades específicas de gestión del aeropuerto, de seguridad y de protección del medio ambiente. Para asegurar que estos extremos no se ven afectados, la autorización administrativa supone un filtro de los sujetos que intervienen en ese sector que impide la actividad de aquellos que, por sus características, puedan ponerlos en peligro. Como es natural, de todos modos, la eficacia del filtro dependerá no solo de su mera existencia, sino de las condiciones que se fijen para la autorización y del modo en que se deba acreditar su cumplimiento. En este punto, puede legítimamente dudarse de que el sistema español sea adecuado. No solo por cómo se articulan las condiciones que han de ser previamente acreditadas, como se verá más tarde, sino por cómo se acreditan. En la mayoría, basta con una declaración del solicitante afirmando que se cumple con ellas (*vid.* art. 11.1 RD 1161/1999).

La previsión comunitaria de un proceso administrativo de autorización previa exigía, para asegurar la funcionalidad de los derechos de libre establecimiento y prestación de servicios, una cierta uniformidad en los criterios de concesión. Con ello se aseguraría la descentralización de las decisiones en los Estados miembros y la posibilidad de reconocimiento, a nivel comunitario, de las autorizaciones concedidas por cada uno de los Estados. Ese es el motivo por el que la directiva comunitaria no solo prevé la existencia de la autorización como filtro de acceso al mercado, sino también la fijación de las pautas comunes que han de seguir los ordenamientos nacionales para su concesión. No parece que, en este punto, se vaya a conseguir uniformizar mucho, pues la directiva resulta poco ambiciosa, dado que se limita a marcar extremos muy generales que dejan a los Estados un amplio margen de maniobra. A pesar de ello, como se podrá observar a continuación, nuestro ordenamiento ni siquiera ha sido especialmente respetuoso con las previsiones comunitarias.

Según el artículo 14 de la directiva, los criterios para conceder la autorización deberán referirse a la buena situación económica, a la existencia de una cobertura suficiente con un seguro, a la seguridad y protección de instalaciones, aeronaves, equipos o personas, a la protección del medio ambiente y al respeto de la legislación social aplicable. La plasmación de esos criterios en el derecho interno debe respetar una serie de principios, fijados en el mismo precepto: (a) aplicarse de manera no discriminatoria; (b) tener relación con el objetivo perseguido y (c) no dar lugar en la práctica a que el acceso al mercado o la autoasistencia quede en un nivel inferior al previsto en la directiva. En realidad, el legislador español parece haber interpretado las exigencias comunitarias de una manera *sui generis*. Veamos por qué.

²⁰ La rectificación está publicada en la pág. 31 del DOCE L. 144, de 4 de junio de 1997.

Los requisitos para obtener la correspondiente autorización están fijados en el artículo 10 del Real Decreto 1161/1999, que se divide en dos párrafos distintos, uno, dedicado a las condiciones generales que habrían de cumplirse para obtener la autorización y, otro, relativo a las obligaciones que «además», deberán cumplir los agentes y usuarios «autorizados». Resumidamente, se fijan como *condiciones* en el primero: (a) estar al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social; (b) no haber sido condenado por sentencia firme a penas de inhabilitación o suspensión por hechos directamente relacionados con la actividad aeroportuaria, en tanto subsista la responsabilidad penal; (c) no haber estado sometido a procedimiento concursal; (d) no haber sido sancionado por infracciones muy graves en materia de protección de las personas, instalaciones, aeronaves y equipos o de seguridad aeroportuaria; y (e) no haber sido sancionado por infracciones graves o muy graves en materia social. En el segundo párrafo de este artículo, se requiere el cumplimiento de las siguientes *obligaciones*: (a) disponer de un centro de explotación o establecimiento permanente en España con capacidad operativa adecuada; (b) contar con un seguro de responsabilidad civil adecuado, con un mínimo de cobertura de 300.506,05 € (la cifra está en pesetas: 500 millones); (c) ejercer la actividad de acuerdo con las normas de seguridad aeroportuaria; (d) cumplir con el requisito de separación contable²¹; (e) respetar las normas de funcionamiento del aeropuerto y (f) cumplir las normas de protección del medio ambiente y la legislación social aplicable²².

Resulta fácil observar que los requisitos que se adecuan mejor a las exigencias comunitarias son los que se contienen bajo el apartado de «obligaciones». En realidad, las condiciones generales no parecen acreditar gran cosa de lo que exige la directiva comunitaria (más aún si se tiene en cuenta que, salvo la primera, las restantes se acreditan con una simple declaración del interesado). Y, sin embargo, si se sigue el texto literal del artículo 10, el cumplimiento de esas obligaciones no es una condición previa para obtener la correspondiente autorización. La redacción del artículo 10.2 indica expresamente que esas obligaciones han de ser cumplidas por «los agentes y usuarios autorizados».

²¹ La necesidad de transparencia por parte de los usuarios y los agentes de los servicios de asistencia en tierra, dado que es frecuente que sus actividades no se refieran exclusivamente a este ámbito, les obliga a una estricta separación contable, que venía impuesta por la normativa comunitaria (*vid.* art. 4 Directiva 67/96/CE) y que, en el derecho español, se exige en el artículo 15 del Real Decreto 1161/1999. Esa separación se acredita ante la DGAC mediante un informe de auditoría, para las entidades privadas, y mediante los mecanismos de control de la Intervención General del Estado, para AENA. En realidad, a pesar de que la aplicación del principio de separación contable a AENA queda un tanto difuminada en nuestro real decreto, parece que el principio de separación contable está pensado en buena parte para las entidades gestoras de los aeropuertos, para evitar que la actividad de asistencia en tierra pueda subvencionarse con los ingresos procedentes de los que derivan de sus actividades de ente gestor. Así se indica expresamente en los considerandos 19 y 20 de la directiva comunitaria en la que, significativamente, se invierte el orden de la disposición, partiendo del sometimiento al principio de separación contable de la autoridad y extendiéndolo más tarde al resto de los intervinientes como operadores de ese sector. Es muy significativo, en ese sentido, lo dispuesto en el inciso final del artículo 4.2 de la directiva.

²² El cumplimiento de los requerimientos exigidos por la normativa comunitaria se asegura con mayor detalle a través de los contratos celebrados entre AENA y los agentes concesionarios de los servicios de asistencia en tierra. El contenido de estos contratos precisa pormenorizadamente varias cuestiones todas ellas relacionadas con las obligaciones a las que hace referencia el artículo 10 del Real Decreto 1161/1999. Así, por ejemplo, las relativas a la obligatoria contratación de diferentes seguros de responsabilidad civil (aviación, general, patronal, guerra y terrorismo, medioambiente y productos) con unas sumas aseguradas mínimas en función de la categoría del aeropuerto (cláusula 6.ª del contrato). También hay un detallado desarrollo de diferentes cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales o en materia de huelga (cláusulas 18.ª, 19.ª y 20.ª del contrato con AENA). Otro tanto sucede en materia de protección al medio ambiente (a lo que se dedica una extensa cláusula 21.ª) o de seguridad aeroportuaria (cláusula 24.ª). Además, el contrato prevé un sistema sancionador por tipos de incumplimiento y su catalogación a efectos sancionadores en el que, significativamente, se agrupan los incumplimientos por el tipo de normativa infringida (seguridad en plataforma, seguridad aeroportuaria, obligaciones medioambientales, cláusula 25.ª).

Pero, además, el propio procedimiento de autorización exige exclusivamente la acreditación de los extremos mencionados en el primer párrafo, es decir, de las condiciones generales, sin reclamarse la prueba de las obligaciones a las que se refiere en el siguiente. Todo ello es, en realidad, producto de una defectuosísima técnica legislativa, que incorpora la directiva sin (parece) siquiera haberla leído detenidamente. Una técnica que además complica notablemente una interpretación correctora. No solo porque el trámite administrativo no exige la acreditación de esas «obligaciones», sino también porque es difícil acreditar *a priori* unos extremos que dependen, en realidad, de cómo vaya a desarrollarse en el futuro la actividad autorizada [¿cómo acreditar el cumplimiento de las normas de protección de medio ambiente o el respeto a las normas de funcionamiento del aeropuerto cuando, además, pueden variar de unos a otros y la autorización es (o debe ser) genérica para todos ellos?], como consecuencia de mezclar cosas que poco tienen que ver entre ellas. En el fondo, toda esta parte del real decreto merecería una nueva redacción que lo acomodara mejor a las exigencias de la directiva. Esta necesidad no se ve empañada por la circunstancia de que, de hecho, el cumplimiento de las exigencias marcadas por la normativa comunitaria se traslade en todo caso al proceso de concesión, por la vía de incorporar detalladas obligaciones en los contratos celebrados por los agentes concesionarios del servicio de asistencia en tierra y AENA, como ya se ha indicado.

El procedimiento de autorización, que se desarrolla ante la DGAC y siguiendo el régimen general de la normativa general de procedimiento administrativo (*vid.* art. 12), se inicia con la correspondiente solicitud. Conviene destacar que esa solicitud debe incluir los documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones generales dispuestas en el artículo 10.1, aunque, como ya se ha señalado, todas menos la primera se acreditan mediante una simple declaración del interesado. Llamativamente, a esa solicitud se debe acompañar una documentación que, se supone, habrá de servir para que la DGAC evalúe la solvencia de quien solicita la autorización, aunque sobre ese elemento como condición nada se dice en el régimen legal. Esta documentación está constituida, en primer lugar, por el certificado de inscripción en el Registro Mercantil y, tratándose de sociedades, la escritura en la que consten los estatutos sociales y, literalmente, una relación nominal de los socios que posean al menos un 10 por 100 de los títulos o una participación de control. Esta última exigencia es sorprendente, no solo por la defectuosa redacción (la referencia a los títulos no es muy afortunada), sino por su misma existencia. Como tal, solo parece tener utilidad a la hora de evaluar el sujeto controlante, a los efectos de determinar cuándo hay autoasistencia. Pero dado que el límite está puesto expresamente en el real decreto en el 50 por 100, no se entiende para qué necesita la DGAC saber quién posee más del 10 por 100 del capital²³. Parece que, en este punto, se ha actuado miméticamente.

²³ A la sorpresa por la exigencia del conocimiento de los accionistas más significativos se añade el hecho de que no se prevea la notificación en caso de alteraciones en esos datos durante el plazo de vigencia de la autorización. Y ello a pesar de que el artículo 13 del Real Decreto 1161/1999 dispone expresamente que el incumplimiento sobrevenido de las condiciones que dieron lugar a la autorización provocará su suspensión cautelar y la iniciación de un procedimiento para ser revocada y el artículo 11.3 obliga a comunicar cualquier cambio en las condiciones que sirvieron de base para conceder la autorización. La razón puede estar en que, como se ha indicado en el texto, las condiciones a las que se somete la autorización en el artículo 10.1 en realidad nada dicen sobre los accionistas significativos.

Por otra parte, a veces se indica que la suspensión y posterior revocación procede por el «incumplimiento sobrevenido de tales condiciones u obligaciones» (*vid.* FRANCISCO FALCÓN, J., cit..., pág. 386, n. 106, la cursiva es mía). Realmente, el texto legal no hace referencia a las obligaciones, sino a requisitos y condiciones y, para entender que el incumplimiento de las obligaciones determina la posibilidad de suspensión o revocación de la autorización al mismo nivel que la falta de alguno de los requisitos, habría que considerar obligaciones y requisitos como iguales a la hora de la concesión, lo cual es más que dudoso con el texto legal presente.

te con respecto a otras normas similares (*vid.*, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 10 de la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1998, por la que se establecen las normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas), sin reparar que en ellas, o bien se habla de control y no de más del 50 por 100 del capital, o bien la honorabilidad de los socios con participación significativa está entre los elementos a valorar por el órgano encargado de la autorización.

El artículo 11 requiere la presentación de una copia de las cuentas correspondientes al último ejercicio, auditadas si procediera, o una previsión del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias durante los próximos dos ejercicios. Estos datos están evidentemente vinculados a la evaluación de la solvencia del solicitante, aunque hay que insistir nuevamente en que el real decreto no la menciona como factor relevante para la autorización, aunque sí lo haga la directiva comunitaria. Es destacable que se contemple la posibilidad de que el solicitante sea de reciente constitución, admitiendo que a falta de las cuentas del último ejercicio, se presente una previsión de los dos siguientes. Parece razonable que la alternativa que se proporciona, aunque nada se diga expresamente al respecto, solo se admita en ese caso y nunca cuando, por la fecha de constitución del solicitante, se pretenda evitar la presentación de las cuentas de llevanza obligatoria, auditadas en su caso.

Por último, el régimen legal obliga a que se presente una memoria de las instalaciones, equipos y medios materiales y personales, propios o disponibles, adscritos a la actividad aeroportuaria. Si el requerimiento anterior iba claramente dirigido a evaluar la solvencia financiera, este se asocia a la solvencia material, es decir, a la capacidad operativa real para el desarrollo de las actividades de asistencia en tierra para las que se pide la autorización. Tampoco se dice que esta exigencia sea un requisito para obtenerla, pero todo parece indicar que es un factor evaluado por la DGAC al concederla. Acertadamente, se contempla la posibilidad, muy frecuente en la práctica, de que buena parte de los medios materiales no sean de propiedad de la empresa solicitante, sino que simplemente cuentan con su disponibilidad por algún título que la permita (arrendamiento, cesión de otro tipo, arrendamientos financieros, etc.).

IV. LIBERTAD DE ACCESO Y RESTRICCIONES: LA LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE ASISTENCIA EN TIERRA

IV.1. Régimen básico.

El objetivo que pretende la directiva comunitaria y, por extensión, nuestro régimen legal, es proceder a una liberalización del mercado de los servicios de asistencia en tierra dentro de los aeropuertos comunitarios. Esta actividad complementaria es imprescindible para el transporte aéreo y la liberalización acometida por la Unión Europea a partir del *Primer Paquete* de 1987 requería de un proceso adecuado en este ámbito. Como se indica expresamente en los considerandos cuarto y quinto de la directiva, los servicios de asistencia en tierra son «indispensables para la buena ejecución del transporte aéreo» y su liberalización es una «medida que debe contribuir a reducir los costes de explo-

tación de las compañías aéreas y que mejorará la calidad ofrecida a los usuarios». Es claro, por tanto, que el mayor interés de la apertura del mercado de este tipo de servicios es que supone un instrumento necesario para el mejor funcionamiento de otro mercado, como es el del transporte aéreo.

La finalidad del régimen legal es, por tanto, llevar a cabo una apertura del mercado de la asistencia en tierra. Sin embargo, no se pretende conseguir una liberalización completa, pues se cuenta con ciertos condicionantes que aconsejan que se haga de manera limitada. Al margen de las restricciones en cuanto al ámbito de aplicación, que ya se han anotado, la cuestión principal será hasta qué extremo se procede a liberalizar ese mercado. En realidad, y aunque se asuma como punto de partida la libertad de ejercicio de la asistencia en tierra si se cuenta con la oportuna licencia, la normativa contempla dos restricciones muy relevantes. En primer lugar, hay ciertos servicios en los que se parte implícitamente de la existencia de restricciones a la libre competencia, de modo que se permite a los Estados la introducción de las mismas mediante la limitación del número máximo de prestadores, como de hecho sucede. A ello se une, en segundo lugar, la admisión en la normativa comunitaria de la existencia de restricciones dispuestas por los Estados, por circunstancias extraordinarias, que vayan más allá de las que se admiten en principio. Estas dos restricciones, en definitiva, implicarán limitaciones al principio de la libertad de acceso y ejercicio de la asistencia en tierra, obligado además a un necesario proceso de selección entre los candidatos y a la correspondiente elección, por un determinado órgano, de aquellos a los que se limitará el derecho al desarrollo de esta actividad en el aeropuerto de que se trate. La apertura del mercado, por tanto, se concibe de una manera limitada desde un primer momento, configurándose así un mercado en el que no jugará plenamente el principio de la libre competencia.

Las consideraciones anteriores permiten analizar la situación en materia de libertad de acceso y de competencia en la prestación de servicios de asistencia en tierra de la siguiente manera. En primer lugar, se parte como principio básico de la plena libertad en la prestación de servicios de asistencia en tierra. Sin embargo, a continuación, se cuenta con la existencia de restricciones a este principio. Estas restricciones creo que podrían ser sistematizadas en dos tipos. Unas de carácter ordinario, son las referidas a aquellos servicios en los que la normativa parte de la válida fijación de restricciones en el número de oferentes de este tipo de servicios o de sujetos autorizados a la autoasistencia. En ellas el régimen legal intenta asegurar que las restricciones competenciales no impliquen la desaparición de la competencia, obligando a que se ofrezca a los usuarios posibles la posibilidad de elegir entre varios oferentes. Junto a estas restricciones, que he optado por llamar ordinarias, se situarían aquellas de carácter extraordinario o excepcional. Son aquellas en las que las circunstancias justifican, a juicio de los Estados, la introducción de limitaciones en servicios que no permiten, *a priori*, restricción alguna y que quedan sujetos a la libre competencia o la imposición de restricciones añadidas en los servicios ya susceptibles, *a priori*, de restricción, con el efecto consiguiente de la eliminación de la competencia.

La directiva, así como el Real Decreto 1161/1999, parte del presupuesto de la libertad de acceso a los servicios de asistencia en tierra, para los agentes, y a la autoasistencia para el resto. El texto comunitario insta a los Estados miembros a garantizar el libre acceso a la asistencia en tierra o a su ejercicio, lo que en nuestro real decreto se concreta en la libertad de práctica o prestación de esos servicios (*vid.* arts. 3.1 y 4.1 RD 1161/1999). Sin embargo, la realidad es que esa libertad no es absoluta, pues para cierto tipo de servicios la directiva admite la posibilidad de que los Estados miembros limi-

ten el número de agentes o de sujetos autorizados a la autoasistencia. La regulación comunitaria y, en consecuencia, el Real Decreto 1161/1999 tratan de compaginar el principio de libertad de acceso a estas actividades con las especiales circunstancias que rodean el entorno en que se desarrollan cuando se prestan en la zona de rampa. Conviene tener en cuenta que un exceso de prestadores de servicios o de sujetos autorizados a su ejercicio puede derivar en una congestión poco recomendable en una zona tan delicada como aquella en la que tiene lugar el movimiento de las aeronaves en las fases previas al despegue y posteriores al aterrizaje. Como consecuencia de ello, los artículos 6 y 7 de la Directiva 96/67 admiten la restricción del número de prestadores de los servicios de asistencia de equipajes, de asistencia de operaciones en pista, de asistencia de combustible y lubricante y de asistencia de carga y correo, en lo que respecta a su manipulación física entre la terminal y el avión (arts. 6 y 7 Directiva 96/67). Nuestro ordenamiento traslada esas categorías, si bien con la precisión de que han de tratarse de servicios que se prestan en rampa, es decir, en la zona operativa del aeropuerto y fuera de las terminales de carga o pasajeros [*vid.* art. 2 c) en relación con los arts. 3 y 4 RD 1161/1999). Nada cabe objetar a la diferente redacción del texto comunitario y el interno. Ciertamente, la directiva omite la referencia a la rampa, pero el catálogo de actividades para las que se prevé la posibilidad de que los Estados miembros fijen limitaciones es, sin duda, ese tipo de servicios. No parece discutible con relación a la asistencia de operaciones en pista, a la asistencia de combustible y lubricante y a la asistencia de carga y correo, pues esta última se limita a la manipulación entre la terminal y el avión. El único servicio en que podría generarse una duda es el de la asistencia de equipajes, pero por el contexto parece razonable pensar que se refiere a la asistencia que se da más allá de los servicios de la terminal.

El modelo de la directiva permite que las autoridades administrativas competentes puedan limitar el número de prestadores de esos servicios, por categorías, pero siempre respetando un mínimo de dos por categoría (*vid.* art. 6.2). En la trasposición de la directiva, nuestro legislador ha optado por distinguir los supuestos de autoasistencia, de los de la prestación de estos servicios por agentes especializados. En el primer caso, habilita al Ministro de Fomento para que, a propuesta de AENA, pueda limitar hasta un mínimo de dos, los sujetos autorizados para la práctica de autoasistencia en los servicios en rampa antes mencionados. Semejante limitación solo procederá para los aeropuertos cuyo tráfico anual supere el umbral del millón de pasajeros o las 25.000 toneladas de carga (límite inferior al propuesto por la directiva, como ya se vio) y, en todo caso, cuando esté justificada por motivos de espacio, capacidad, operatividad y similares del recinto aeroportuario. En aeropuertos de menores dimensiones en cambio, es preciso que se autorice expresamente, competencia que en este caso se deja en manos de AENA (*vid.* art. 3 RD 1161/1999).

La prestación de servicios de asistencia en tierra por parte de los terceros, en el ámbito de los de rampa antes reseñados, se somete automáticamente, por el contrario, a una limitación numérica, haciendo uso de la habilitación contemplada en la normativa comunitaria. Así, en los aeropuertos que superan las cifras indicadas anteriormente, se limita el número a dos y, en los que no llegan a ella, solo se designará a un agente. El papel del Ministerio de Fomento, en estos casos, no es el de determinar la limitación, sino el de permitir un número superior al máximo fijado por el artículo 4 del Real Decreto 1161/1999 ²⁴.

²⁴ Los aeropuertos españoles en los que, superando los umbrales de tráfico fijados en el Real Decreto 1161/1999 hay excepcionalmente más de dos empresas autorizadas para la prestación de servicios de asistencia en tierra a terceros son los de

La posibilidad de que se fijen restricciones numéricas, pero limitadas a los servicios de asistencia en rampa, se complementa con la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan restricciones de mayor calado de manera excepcional. Estas restricciones pueden referirse tanto a un mayor rigor en las contempladas, como a la introducción de limitaciones para los servicios que, en principio, quedan sometidos a una plena libertad de acceso. En ambos casos, se entiende que pueden darse circunstancias extraordinarias de espacio, capacidad, índice de utilización de las superficies o aglomeraciones tales que imposibiliten el libre acceso al mercado de los servicios de asistencia en tierra o, en su caso, la viabilidad de los límites máximos de las restricciones admitidas (*vid.* art. 9 Directiva 67/96). De ser así, se permite restringir aún más el acceso a la prestación o ejercicio de los servicios limitados, en los términos ya vistos, o incorporar limitaciones a los que no estaban afectados por esa restricción. Como es natural, ello supondrá o bien la desaparición de la competencia (cuando se restrinja a un solo prestador) o la restricción de la misma (en servicios no sometidos a limitación para los que se limite el número máximo de prestadores). En nuestro ordenamiento, la facultad para dictaminar esas restricciones de naturaleza excepcional se atribuye al Secretario de Estado de Infraestructuras y Comunicaciones (*vid.* art. 6 RD 1161/1999).

La previsión legal de la existencia de limitaciones en el acceso al mercado de los servicios de asistencia en tierra implica la necesidad de articular un sistema de selección. A estos efectos, el contenido de la norma distingue entre las que he optado por denominar limitaciones ordinarias y las extraordinarias. En el primero de los casos, dado que la restricción no elimina la competencia, pues nunca puede haber menos de dos oferentes o autorizarse la asistencia a menos de dos usuarios, la necesidad de control de la restricción y del proceso de selección es menor. Las orientaciones de la directiva en este punto pretenden asegurar un proceso transparente de selección, con una adecuada publicidad y sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios y limitado temporalmente en cuanto a sus efectos (*vid.* art. 11 Directiva 67/96/CE). Se trata de unas pautas seguidas por el Real Decreto 1161/1999, cuya característica más sobresaliente de lo dispuesto en la norma comunitaria es la atribución a AENA de la decisión final, excepto en aquellos casos en los que los agentes seleccionados presten servicios similares en el aeropuerto o controlen, directa o indirectamente, otras empresas que lo hagan, en cuyo caso la decisión corresponde a la DGAC, previo informe de AENA (*vid.* art. 14). El proceso pretende integrar, en la línea de lo fijado en la directiva, al Comité de usuarios del aeropuerto en cuestión, que ha de ser oído por el órgano encargado de resolver²⁵.

Más complicaciones presenta el supuesto de las limitaciones extraordinarias, al introducir restricciones en la competencia en sectores inicialmente ausentes de ellas (servicios de asistencia en tierra distintos de los de rampa, de los que ya se ha hablado) o, directamente, eliminarla en los que tendencialmente están sujetos a restricciones (fijando un solo operador donde tendría que haber dos, al menos). Por ese motivo, la directiva comunitaria prevé un sistema mucho más complejo para permitir este tipo de restricciones extraordinarias, que implica la intervención de la Comisión Europea, a

Alicante, Barcelona, Madrid/Barajas y Málaga, con tres empresas en los cuatro casos (fuente: AENA, *Guía de tarifas*, Enero 2008, http://www.aena.es/csee/ccurl/GUIA%20DE%20TARIFAS%202008_feb.pdf).

²⁵ El Comité de usuarios está previsto como órgano de presencia en los aeropuertos que superen los umbrales fijados por el Real Decreto 1161/1999 (es decir, más del millón de pasajeros o 25.000 toneladas de carga). Su función es básicamente consultiva y está integrado por todos los usuarios del aeropuerto, bien directamente, bien a través de una organización a la que se haya encomendado la representación (*vid.* art. 7 RD 1161/1999).

la que debe ser elevada la propuesta de restricción con las razones que la justifican con una antelación de tres meses. La comisión puede, en función de las circunstancias, aprobar, denegar la propuesta del Estado miembro o autorizarla si se introducen modificaciones. Además, estas restricciones extraordinarias tienen una vigencia temporal determinada. En general, la duración máxima es de tres años, transcurridos los cuales la restricción debe someterse nuevamente a este proceso. De forma excepcional, cuando la restricción implica la reserva a un solo agente de asistencia en tierra para la prestación de los servicios en rampa de equipaje, operaciones en pista, combustible y lubricante y carga y correo, la duración máxima se reduce a los dos años, aunque se puede solicitar una prórroga por un período añadido de la misma duración (*vid.* art. 9.6 Directiva 67/96/CE).

La voluntad del legislador comunitario de asegurar la máxima competencia, restringiendo lo más posible las situaciones nocivas para ello en el mercado de los servicios de asistencia en tierra, justifica que la autorización para restricciones de carácter extraordinario esté sometida a ulteriores condiciones. En primer lugar, la propuesta debe ir acompañada de un plan de medidas apropiadas para superar las limitaciones que justifican la restricción ²⁶. En segundo lugar, nunca puede ser apta para perjudicar indebidamente los objetivos de la directiva, provocar distorsiones de la competencia entre agentes y/o usuarios que practiquen la autoasistencia o tener mayor extensión que la necesaria (art. 9.2 Directiva 67/96/CE). De cualquier modo, conviene resaltar que la intervención de la Comisión Europea se hace para autorizar la restricción, pero no parece entrar en los criterios de selección para esos casos. En ese sentido, nuestro derecho parece obviar los sistemas de selección previstos para las limitaciones ordinarias cuando se trata de restricciones extraordinarias en ese mismo ámbito (servicios de asistencia en rampa). Así, se dispone expresamente que AENA seleccionará, para la asistencia a pasajeros, a los usuarios que soliciten ejercer la autoasistencia y hubieran realizado mayor número de operaciones en el ejercicio precedente y, para la carga y el correo, a quienes hubieran transportado un mayor volumen de toneladas con origen o destino en ese aeropuerto en ese mismo período de tiempo (*vid.* art. 6.7 RD 1161/1999).

IV.2. Medidas complementarias.

El modelo básico ya expuesto se complementa con algunas previsiones, en general dirigidas a fomentar la existencia de una competencia real en este mercado. Se trata de conseguir no solo que formalmente coexistan diversos oferentes, sino también de que se trate de sujetos materialmente diversos de los operadores dominantes en ese mercado y de que haya posibilidad real de elección.

En la línea indicada, la normativa obliga a que, en aquellos casos en los que se lleve a cabo una restricción del número de agentes que presten a terceros servicios de asistencia en tierra, al menos uno de ellos deba ser independiente de AENA y de los usuarios que hayan transportado en el año

²⁶ La directiva comunitaria señala, con relación a las medidas de restricción de carácter extraordinario, que han de tener por objeto permitir a las autoridades aeroportuarias remediar las limitaciones que están en la base de las restricciones. Ese es el sentido que tiene la exigencia de un plan de medidas, que acompañe a la comunicación elevada a la Comisión Europea, dirigidas a la eliminación o reducción de las restricciones que justifican una limitación superior de la competencia a la prevista en principio como normal por la propia normativa (*vid.* considerando 15).

anterior más del 25 por 100 de los pasajeros o la carga del aeropuerto de que se trate. La regla también se extiende, como no podría ser de otro modo, a los sujetos controlados, directa o indirectamente por AENA o esos usuarios (*vid.* art. 14.3 RD 1161/1999, que sigue lo marcado en el art. 6.3 Directiva 67/96/CE).

Uno de los problemas que presenta la norma es que, por su ubicación sistemática, puede inducir a error. En realidad, ha de entenderse que la necesidad de independencia no se da para todos los casos en que haya limitaciones, ordinarias o extraordinarias, que es el supuesto de hecho general al que se dedica el artículo 14. Más bien, esa regla se aplica en los casos de limitaciones ordinarias, es decir, para aquellos servicios de rampa en los que, al menos, ha de seleccionarse a dos agentes de asistencia en tierra. Ello es suficientemente claro en la directiva, cuya previsión al respecto se formula en el artículo 6.3 y a continuación de la regla que permite a los Estados limitar, hasta un mínimo de dos, los agentes que pueden prestar esos servicios de asistencia en tierra. Semejante previsión de independencia, en cambio, no se reitera cuando, en el artículo 9, se contempla la posibilidad de que se impongan esas restricciones que he optado por denominar extraordinarias. Una conclusión distinta, es decir, entender que es una regla (la de la independencia), aplicable a todos los tipos de restricciones, sería además incoherente con el hecho de que, según se dispone en el mismo artículo 14, AENA puede prestar esos servicios sin someterse al proceso de selección, o autorizar a prestarlo a compañías controladas por ellas, en la línea de lo marcado en el artículo 11.2 de la directiva comunitaria. Lo que lleva a que sea admisible que exista un solo prestador y este sea AENA [por ejemplo, en el supuesto contemplado en la letra d), del art. 6.1 RD 1161/1999], resultando imposible, pues, que haya de ser independiente de ella, en los términos señalados.

Un segundo problema fáctico que se presenta es el hecho de que el acceso al mercado requiere frecuentemente el uso de ciertas infraestructuras que, por diferentes razones, son gestionadas por AENA, como gestor del aeropuerto: son las llamadas infraestructuras centralizadas. Así se recoge en el artículo 5 del Real Decreto 1161/1999, que se refiere a las infraestructuras que por complejidad, coste o impacto medioambiental no permiten su división (distribución de combustible, limpieza de escarcha, clasificación de equipaje...). Desde el punto de vista de la apertura del mercado, el problema principal no reside en la retención por AENA de la gestión de esas infraestructuras, sino en el acceso a su empleo, imprescindible para quienes pretenden ofrecer servicios de asistencia a terceros. Para asegurar la coherencia del sistema, el artículo 5.3 marca expresamente que AENA ha de gestionar esas infraestructuras de modo transparente, objetivo y no discriminatorio, facilitando el acceso a ellas de los agentes de asistencia en tierra y de los usuarios que practiquen la autoasistencia (quienes, por otra parte, se ven obligados al uso de las mismas, *vid.* art. 5.2 RD 1161/1999).

Las previsiones del real decreto en este extremo deben completarse necesariamente con lo dispuesto en la directiva comunitaria, pues hay dos aspectos no concretados en nuestro derecho que pueden tener una incidencia importante en la introducción de una competencia efectiva en este mercado. Uno de ellos es la necesidad de reparto de las instalaciones o de su uso. No solo es preciso fijar el derecho al uso con arreglo a los criterios indicados, sino también ordenarlo entre los diferentes sujetos autorizados a su empleo con criterios igualmente objetivos, pertinentes, transparentes y no discriminatorios, cosa que indica de forma expresa el artículo 16.2 de la Directiva 7/96/CE. Además,

hay que considerar que el empleo de la infraestructura conllevará el pago de una remuneración al gestor (AENA, en nuestro caso). Una competencia efectiva impone que el coste asumido por los usuarios del servicio se determine de manera objetiva y no discriminatoria, para evitar las ventajas competitivas que derivarían de un trato diferente para condiciones iguales de uso. Con acierto, la directiva reitera esos mismos criterios rectores para la fijación de la remuneración por el uso (art. 15.3), algo que desafortunadamente olvidó hacer nuestro legislador al incorporar la normativa comunitaria a través del Real Decreto 1161/1999²⁷.

Un último extremo relevante desde la perspectiva de la introducción de una competencia real en el mercado de los servicios de asistencia en tierra, es el referente a la posibilidad de elección, al margen de la ubicación física del usuario en el aeropuerto. Se trata de una situación que puede ser problemática, pues la fijación de restricciones en los agentes que prestan servicios en tierra no puede conducir a una compartimentación, por ejemplo, geográfica del aeropuerto a estos efectos. Es decir, conceder autorización para un determinado servicio a tres agentes distintos, independientes entre ellos, pero concederla de modo tal que cada uno de ellos goce de una situación monopolística en un determinado entorno. Así sucedería si cada uno de ellos está autorizado a operar en una de las tres terminales del aeropuerto, pero solo en ellas. En ese caso, el proceso de concesión de estos servicios en el aeropuerto respeta formalmente la introducción de competencia en el mercado, pero materialmente conduce a una situación monopolística por terminales. Si a eso se añade, quizás, la asignación de las terminales a diferentes compañías, puede que en exclusiva, el resultado es que cada compañía ve vetada, *de facto*, la posibilidad de elegir entre diferentes agentes de servicios de asistencia en tierra. El artículo 6.4 de la directiva se refiere expresamente a ese problema, imponiendo el derecho a la elección efectiva, por lo menos, entre dos agentes de asistencia en tierra. El antecedente de la directiva aconseja interpretar en ese mismo sentido la finalidad de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Real Decreto 1161/1999, mucho menos claro en esta materia.

²⁷ El tratamiento de los costes asociados al empleo de las infraestructuras centralizadas resulta muy relevante desde el punto de vista de la adecuada competencia en la prestación de servicios de asistencia en tierra [vid. los datos que se aportan en esta cuestión en el Informe de la Comisión Europea de 24 de enero de 2007 (COM(2006) 821 final)]. No solo porque un tratamiento discriminatorio de los distintos usuarios pueda determinar posiciones competitivas diferentes sin justificación. También porque puede permitir al gestor del aeropuerto, en los casos en los que también preste servicios de asistencia en tierra, subsidiar esta actividad con fondos procedentes de la gestión de las infraestructuras centralizadas. Lógicamente, se trata de un problema algo más amplio, pues el empleo de ese sistema de subsidios cruzados puede darse no solo con relación a las infraestructuras, sino también con otro tipo de ingresos, algo que está en la base de la imposición en la directiva comunitaria de la obligación de separación contable entre actividades de los gestores aeroportuarios (vid. art. 4 Directiva 67/96/CE). En cualquier caso, y en el supuesto concreto de las infraestructuras centralizadas, a pesar de la preocupación inicial por este tema, que justificaba la presencia de una regla que obligaba a los gestores del aeropuerto al cobro del coste estrictamente, la redacción del artículo 16 de la directiva se limita a exigir una fijación objetiva y no discriminatoria. De ahí que la protección frente a precios abusivos o fijados para subsidiar otras actividades solo pueda proceder de la aplicación de la normativa en materia de competencia, en la medida en que constituya eventualmente un abuso de posición de dominio (vid. SOAMES, T., «Ground handling...», cit., pág. 90).