



FACULTAD DE DERECHO

**CAMBIOS EN EL MODELO DE  
PRESTACION DE LOS SERVICIOS  
PÚBLICOS: EL CASO AENA.**

Autor: José Miguel Sánchez de Ibargüen Moreno.

Director: Antonio Jesús Alonso Timón

Área de Derecho Público.

Derecho Administrativo.

Madrid

Abril 2014

José Miguel  
Sánchez de  
Ibargüen  
Moreno.

**CAMBIOS EN EL MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: EL CASO  
AENA.**



## CONTENIDO

1.	Introducción.....	5
1.1.	Justificación .....	5
1.2.	Objetivos.....	5
1.3.	Metodología.....	6
2.	El concepto de servicio público.....	7
2.1	Noción amplia de servicio público. ....	7
2.2	Noción estricta.....	8
2.3	La crisis de la noción de servicio público.....	9
2.4	El concepto de servicio público constitucional y comunitario. ....	11
3.	Evolución y liberalización de los servicios públicos.....	21
3.1	Liberalización, privatización y desregulación. ....	21
3.2	Breve evolución histórica. Del antiguo régimen a la actualidad. ....	22
3.3	Críticas al sector público.....	25
3.4	La liberalización en España. ....	26
4.	El nuevo holding aeroportuario español.....	31
4.1	Régimen jurídico de AENA.....	31
4.2	La constitución de AENA AEROPUERTOS. ....	33
4.2.1	Régimen jurídico de <i>AENA AEROPUERTOS</i> .....	36
4.3	La nueva gestión aeroportuaria.....	37
4.3.1	La necesidad del cambio. ....	37
4.3.2	La gestión individualizada. ....	38
4.3.3	Elementos comunes y dispares en las nuevas formas de gestión individualizada.....	41
4.3.4	La retribución de los nuevos gestores aeroportuarios. ....	43
4.3.5	La repercusión del nuevo régimen jurídico en la competencia entre aeropuertos.....	45

4.4	La posible privatización de AENA AEROPUERTOS. ....	46
5.	Conclusiones.....	49
6.	Bibliografía.....	52
6.1.	Libros y artículos. ....	52
6.2.	Legislación y jurisprudencia.....	57
7.	Anexo. ....	60

## **LISTA DE ABREVIATURAS.**

AENA	Aeropuertos españoles y Navegación Aérea.
AGE	Administración General del Estado.
BBA	<i>British Airport Authority.</i>
C.E	Constitución Española.
EBITDA	<i>Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization.</i>
INH	Instituto Nacional de Hidrocarburos.
INI	Instituto Nacional de Industria.
PEIT	Plan estratégico de Infraestructuras y Transporte.
PRM	Persona de Movilidad Reducida.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
S.A	Sociedad Anónima
SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.
TC	Tribunal Constitucional.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
U.E	Unión Europea.

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación**

Desde la década de los ochenta, el modelo neoliberal se ha ido estableciendo en las diferentes economías desarrolladas, produciéndose la liberalización – y posterior privatización- de sectores históricamente atribuidos a la Administración Pública. Debido a la crisis financiera de los últimos años, el Estado español anunció la privatización de diversos entes públicos- las joyas de la corona-, con el objetivo de mejorar su eficiencia y rebajar el déficit público. De entre todas estas empresas, este trabajo tiene como objetivo principal abordar la privatización más importante acaecida en España en los últimos años, la de la red aeroportuaria estatal (AENA).

En consecuencia, la crisis financiera ha acentuado una nueva crisis en el Estado del Bienestar, continuando la llamada huida del Derecho Administrativo, abandonando el Estado la prestación de servicios públicos que históricamente habían sido inherentes a la soberanía nacional.

Mediante la definición del servicio público, y la evolución histórica tanto de éste como del proceso liberatorio en España, se persigue abordar la reforma del modelo de gestión aeroportuaria propuesto por el gobierno para mejorar la competitividad y eficiencia del sector. Por lo tanto, mediante el análisis jurídico de las propuestas emitidas, se pretende analizar tanto las razones que han llevado al Estado a tomar esta decisión así como la conveniencia del mismo.

### **1.2. Objetivos.**

Como se ha expuesto en el apartado anterior, el objetivo principal de este trabajo es realizar una aproximación general sobre la reordenación del sector aeroportuario español aclarando las cuestiones más conflictivas del mismo. Mediante este trabajo, se pretende que el lector tenga una amplia visión sobre la evolución de la prestación de servicios públicos en España, centrándose el trabajo en la gestión aeroportuaria. Para conseguir los objetivos propuestos, el trabajo se ha dividido en tres partes diferenciadas.

En primer lugar, se analiza doctrinalmente el concepto jurídico de servicio público que nos va a permitir comprender mejor el tema a tratar. En segundo lugar, se analiza el

concepto de servicio público desde la óptica de la Constitución Española y del Derecho Comunitario, realizando asimismo una evolución histórica de la prestación de servicios públicos en España. A continuación, se estudia el proceso de liberalización español, señalando las críticas que han llevado a la actual situación.

Por último, se examina el régimen jurídico de AENA y de la nueva sociedad mercantil AENA AEROPUERTOS, analizando de esta forma el nuevo holding aeroportuario español, desmenuzando las particularidades del mismo. Por último, se exponen las conclusiones, analizando las ventajas e inconvenientes del proceso de privatización.

### **1.3. Metodología.**

La metodología de investigación a seguir va a ser una metodología cualitativa, y más en concreto, el método de revisión bibliográfica o de revisión de la literatura, que consiste en extraer, recopilar, organizar, analizar y sintetizar toda la información existente alrededor de un tema, para finalmente llegar a unas conclusiones al respecto. Por lo tanto, principalmente se va a trabajar con fuentes secundarias, es decir, con información proveniente de otros artículos científicos con el objetivo de confeccionar un texto acotado y sintetizado sobre la nueva gestión aeroportuaria en España, incluyendo la visión crítica del autor.

De esta manera, se ha llevado a cabo una recopilación de datos documentales de las principales fuentes del Derecho Público español. En primer lugar, se ha estudiado la normativa sobre los servicios públicos en España y más concretamente, sobre la gestión aeroportuaria. En segundo lugar, se ha empleado tanto jurisprudencia como doctrina administrativa. Por último, en los temas más conflictivos, se han escogido las posturas con las que el autor se encuentra más de acuerdo.

## 2. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.

Siguiendo a PARADA<sup>1</sup>: “La actividad administrativa de prestación es aquella en la que la Administración satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados”. De esta forma, el sector público abarca gran una gran disparidad de servicios como el transporte, educación, sanidad, y seguridad entre otros.

A pesar de ser una labor que difiere del objetivo principal del trabajo, resulta básico definir el concepto de servicio público o al menos, realizar una aproximación general del mismo. La locución servicio público es de las más indeterminadas dentro del Derecho Público ya que existen tantos conceptos como autores doctos en la materia. De acuerdo con GARRIDO FALLA, servicio público es “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial”.<sup>2</sup>

### 2.1 Noción amplia de servicio público.

A pesar de que ya en el siglo XVIII se comienza a utilizar la expresión servicio público, no es hasta el siglo XIX cuando comienza a utilizarse más habitualmente el concepto. De hecho, es la escuela realista de León DUGUIT la que propone una noción amplia del servicio público mediante su ya clásica definición:

Es servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.<sup>3</sup>

En su libro “*Les transformations du droit public*”, DUGUIT reemplaza el clásico concepto del Derecho Administrativo de la soberanía por el de servicio público. De hecho, de acuerdo con DUGUIT, en el momento en que se produce una separación entre administradores y administrados, surge el concepto de derecho público ya que el

---

<sup>1</sup>PARADA VAZQUEZ, J.R. “Los servicios públicos en España”, en AA.VV., *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carís.*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1845-1869.

<sup>2</sup>GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, Volumen II, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p.396.

<sup>3</sup>DUGUIT, L. *Les transformations du droit public*, Paris Armand Colin, Paris, 1913.



concepto de soberanía ya no es congruente. Por lo tanto, toda actuación administrativa deviene así en actuación de servicio público. (GARRIDO FALLA).<sup>4</sup> En definitiva, DUGUIT convierte el servicio público en la parte esencial del Derecho Público.

JÉZE fue el continuador de la escuela realista poniendo especial énfasis en el especial procedimiento por el que se rige la gestión de los servicios públicos. De acuerdo con él, la expresión servicio público debe ser reservada a aquellas necesidades de carácter general cuya satisfacción se proporcionare con sujeción a un régimen jurídico especial, es decir, un régimen de derecho público.<sup>5</sup> En definitiva, para JÉZE, el régimen se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general.<sup>6</sup>

Por último, conviene mencionar a HAURIUO por la disputa que mantuvo durante años con los miembros de la escuela realista así como ser la cabeza de la corriente que más ha perdurado. Para HAURIUO, el servicio público es “un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”.<sup>7</sup> A partir de esta definición, comienza a surgir una corriente en la que se encuentra numerosos autores de reconocido prestigio como BIELSA, FLEINER o GARCÍA OVIEDO. De esta manera, surge así el servicio público como justificación teleológica del poder lo que, dentro del ángulo de su legitimación, no deja de tener una importancia clave.<sup>8</sup>

## 2.2 Noción estricta.

A pesar de lo dicho, una importante parte de la doctrina afronta el problema desde una definición estricta del término. Por un lado, DE VALLÉS centra su atención en el segundo término de la expresión – público-. Según DE VALLÉS, no se trata de la calidad del ente que realiza la actividad sino del destinatario del servicio, es decir, una colectividad indeterminada. Aun así, solo son servicios en sentido propio y jurídico aquellos que son públicos también del lado subjetivo, es decir, los que están en manos

---

<sup>4</sup> GARRIDO FALLA, F., op.cit., p. 400.

<sup>55</sup> Para JEZÉ “Decir que en determinadas ocasiones existe el servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico”.

JEZÉ, G. *Los principios generales del Derecho administrativo*, Depalma, Buenos aires. 1948.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> HAURIUO, M. *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, 9ª edición, Dalloz Sirey, 1919, p.44.

<sup>8</sup> GARRIDO FALLA, F., op.cit., p. 402.

de los entes públicos.<sup>9</sup>JORDANA DE POZAS establece que existen tres tipos de actuación administrativa: policía<sup>10</sup>, fomento y servicio público. De esta forma, se satisfacen las necesidades públicas- las necesidades son aquellas que pueden producir graves males en caso de no ser satisfechas-.Por lo tanto, para JORDANA DE POZAS, “el servicio público es una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer por la propia Administración y con exclusión o concurrencia de los particulares”.<sup>11</sup>

Por consiguiente, la doctrina dispone que dado que el objetivo del servicio público es satisfacer una necesidad, debe de estar dotado de un régimen exorbitante que asegure la uniformidad en su prestación<sup>12</sup>, continuidad en la satisfacción de un interés social, garantizar ciertos actos ante la confianza del público o, finalmente, hacer posible su gratuidad.<sup>13</sup>

En definitiva, los elementos esenciales de la noción del servicio público son los siguientes: En primer lugar, el fin desempeñado por el servicio – satisfacción colectiva-. En segundo lugar, la persona encargada y en tercer lugar, el régimen especial que lo normaliza. Sin embargo, conviene prestar atención a la llamada “crisis de la noción de servicio público”.

### **2.3 La crisis de la noción de servicio público.**

Durante la última mitad del siglo XX se ha producido una paulatina desaparición del Derecho Administrativo clásico y se ha llegado incluso a cuestionar la muerte del servicio público debido principalmente a la privatización de entes estatales.

---

<sup>9</sup>Ibid., p. 388.

<sup>10</sup> Para MORELL OCAÑA: “Las características sustanciales de la policía administrativa son: 1. El empleo de técnicas de limitación de los derechos e intereses de los particulares; la noción de limitaciones se emplea en sentido lato, haciéndola coincidir con situaciones de *gravamen* en la esfera de los particulares.2. Estas limitaciones se imponen para *verificar la adecuación de la actividad particular a las exigencias del interés público*.3. Se llevan a cabo mediante una intervención singular y transitoria de la Administración sobre la esfera jurídica del particular. Las medidas de policía tienen el sentido de un tracto instantáneo, de relación jurídica no permanente, con vistas a llevar acabo aquella verificación del ajuste entre el interés general y el de carácter particular”.

MORELL OCAÑA, M. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp.35 y ss.

<sup>11</sup> JORDANA DE POZAS, L, “Ensayo sobre una teoría del fomento en Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº48, 1948, p.44.

<sup>12</sup> Es decir, que todos los administrados sean tratados de igual modo.

<sup>13</sup> GARCÍA OVIEDO, C. *Derecho Administrativo*, Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1957, pp. 327 ss.

Por consiguiente, resulta fundamental conocer esta nueva realidad del servicio público- a pesar de no ser el objetivo de este trabajo por su dificultad y opacidad-. De acuerdo con MUÑOZ MACHADO, “existe un acuerdo general sobre la ideología del servicio público, es decir, la institución de prestaciones por la Administración en atención a los ciudadanos”<sup>14</sup>.

Autores como DE LA CUÉTARA han subrayado la ventaja de sustituir el habitual concepto subjetivo de servicio público por un concepto objetivo del mismo. Es decir, se pasa de una actividad exclusiva del sector público a un concepto que nos indique las actividades que se encuentran sujetas a la intervención pública.<sup>15</sup> Otros como GÓMEZ-FERRER MORANT introdujeron el concepto de servicio público objetivo. Mediante la locución, se trata de explicar la presencia de servicios públicos de interés general sin reserva formal por parte del Estado. Sin embargo, el uso del concepto ha quedado desfasado ya que la Unión Europea (U.E) está aplicando una expresión novedosa; servicios de interés económico general. Además, el servicio público objetivo aspira a un intenso control por parte del Estado y la tendencia en los últimos años está siendo la desregulación, y por lo tanto, una intervención mínima por parte de los Estados.<sup>16</sup>

De la misma manera, también conviene distinguir entre servicios públicos económicos y asistenciales ya que el cambio está afectando fundamentalmente a los primeros. Es más, los segundos fueron los primeros en aparecer tras las primeras revoluciones liberales, en las que el Estado empieza a llevar a cabo las prestaciones asistenciales que históricamente había llevado a cabo la Iglesia como la enseñanza. Por lo tanto, el Estado empieza a llevar a cabo una serie de tareas diferentes a las tradicionales –Estado gendarme o liberalismo abstencionista-. Durante esta etapa, como expuso FORSTHOFF<sup>17</sup>, la intervención por parte de la Administración solo se encuentra justificada cuando falla la iniciativa privada en la satisfacción de una necesidad pública.

Por otro lado, con la modernización de la sociedad se comienzan a abandonar los postulados del *laissez-faire*. Entonces, comienzan a surgir los servicios públicos económicos que nada tienen que ver con la valor asistencial clásica del Estado y cuya primera modalidad fueron los monopolios fiscales. De hecho, la característica principal

---

<sup>14</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado*, volumen I, Civitas, Madrid, 1997, pp.99 y ss.

<sup>15</sup> DE LA CUÉTARA, J.M. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.57 y ss.

<sup>16</sup> CABALLERO SANCHEZ, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto nacional de Administración pública, Madrid, 2003, pp.60 y ss.

<sup>17</sup> FORSTHOFF, E. *Sociedad Industrial y administración pública*, Madrid, ENAP, 1967, pp.21-95.

de la Administración durante gran parte del siglo XX ha sido el intervencionismo hasta la llegada del neoliberalismo con los consiguientes intentos de volver al Estado mínimo. De esta forma, se ha popularizado la expresión “muerte del servicio público” debido a la desregulación y liberalización de los servicios públicos económicos.

Por último, conviene reseñar el concepto de actividad de interés general. Es decir, cuáles deberían de ser las labores de la Administración en la actualidad con independencia de quien las preste. De acuerdo con CABALLERO SÁNCHEZ<sup>18</sup>:

Nacen así (desde una óptica desvinculada de la tradición jurídico-social del servicio público) las actividades de interés general o sectores esenciales, que son aquéllas que tienen una relevancia especial para el funcionamiento de la sociedad, hasta el punto de que el poder público se compromete a garantizar su prestación y desarrollo a favor de la colectividad. Es cierto que todo segmento de la actividad económica tiene su trascendencia para el sistema global [...] pero en determinados supuestos esa importancia alcanza un valor neurálgico, no tanto por el nivel de facturación o porcentaje del PIB que pueda representar, sino por su carácter de conquista alcanzada por el desarrollo social ( la educación básica para todos, el transporte de personas y mercancías por el territorio por medio de distintas vías, el suministro de energía en sus distintas modalidades, los sistemas de comunicación, la atención médica y social de los ciudadanos[...] cuya dispensa queda comprometida por el poder público. Esas actividades constituyen sistemas vitales del tejido social, cuyo valor añadido les cualifica como actividades de interés general. Naturalmente el contenido de esas actividades esenciales y su intensidad son variables, al igual que lo es el grado de desarrollo socio-económico, y será cometido del legislador el concretar el alcance de la categoría.

De esta forma, se resalta que lo decisivo no es la naturaleza del sujeto – público o privado- sino el interés general que conlleva la actividad. Por lo tanto, nos encontramos ante actividades de interés general llevadas a cabo por empresas privadas – la televisión por ejemplo- así como actividades de interés general que siguen siendo acaparadas por la Administración.

## **2.4 El concepto de servicio público constitucional y comunitario.**

### **2.4.1 Evolución histórica.**

En primer lugar, conviene hacer un poco de historia y referirnos al concepto de servicio público antes de la Constitución española (C.E) de 1978. Las fases más importantes son las siguientes:

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p.68.

Durante el siglo XIX, de acuerdo con la Ley 20 de febrero de 1850 sobre la contabilidad general provincial y municipal, y la Ley de desamortización de 1 mayo de 1855, el servicio público es sinónimo de actividad administrativa. Años más tarde, el servicio público es equivalente a obra pública ya que ésta se concibe como un bien general para la sociedad. De hecho, el Código de Comercio de 1885 se adhiere a la equivalencia de obra pública y servicio público.

Más tarde y como consecuencia del conflicto competencial entre municipios y Estado<sup>19</sup>- de acuerdo con MEILAN GIL<sup>20</sup>: “se utilizará la relación del servicio con el dominio público para justificar la intervención de los municipios [...] El título habilitante de la competencia no sería el servicio público; aquel derivaría de la titularidad de las vías por donde discurrirían” De acuerdo con VILLAR PALASÍ<sup>21</sup> “dominio público, obra pública y servicio público eran técnicas de mutuo apoyo”.

En adelante, y debido a la Administración municipal, los servicios públicos son objeto de una gran diversidad de contratos, al no existir declaración formal sobre lo que eran. De nuevo siguiendo a MEILAN GIL: “El servicio público, no constituía, pues un título habilitante de la intervención de la Administración municipal en el sentido de delimitar una actividad que se reservaba a aquella y que pudiera ser después objeto de concesión a los particulares”. Como acertadamente expone VILLAR EZCURRA<sup>22</sup>: “La jurisprudencia y la legislación española de principios de siglo ofrecen un verdadero caos de sentencias y disposiciones dispersas donde se otorga la calificación de servicio público a las actividades más diversas”.

Por último, ya durante la dictadura de Primo de Rivera empieza a arraigarse el concepto de servicio público de la doctrina francesa y se comienzan a realizar las primeras declaraciones formales al respecto. Es en este momento cuando empieza a aparecer el concepto de servicio público como título habilitante de la intervención administrativa.

De esta manera, es patente que previamente a la CE – y en especial durante la segunda parte del siglo XX- se realizaron multitud de esfuerzos para definir el concepto de

---

<sup>19</sup> Un claro ejemplo sería el conflicto por los tranvías.

<sup>20</sup> MEILAN GIL, J.L., “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, en *Cuadernos de derecho público*, número 2, 1997-2007, p.528.

<sup>21</sup> VILLAR PALASÍ, J.L. *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1964, p.164.

<sup>22</sup> VILLAR EZCURRA, J.L. *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 46 y ss.

servicio público, destacando el término *publicatio*. Según VILLAR PALASÍ, el término supone la declaración expresa por parte de la Administración Pública de que la actividad es propia del Estado. Así, en la doctrina española el servicio público quedo expresado como “conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado, a fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo nota distintiva la *publicatio*, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa”. (FERNANDEZ FARRERES)<sup>23</sup>

#### **2.4.2 El artículo 128.2 de la C.E y su doble interpretación.**

En primer lugar hay que destacar que en la CE no aparece una noción exacta de servicio público y solo aparece de manera indirecta en diferentes artículos; en el artículo 38 sobre libertades y derechos fundamentales – libertad de empresa- , artículo 106 – paridad con actividad administrativa- , artículos 28 y 37 referidos a los servicios esenciales de la comunidad y con la misma expresión de servicio esencial en el artículo 128.2.

En consecuencia, el artículo 128.2 de la CE dice: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Así, no se habla en ningún momento de servicio público sino de reservar determinadas materias esenciales a la Administración. De esta forma, la reserva que se efectúa en el artículo 128.2 CE (“mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”) establece a priori la restricción de la iniciativa privada de la economía en sectores o servicios esenciales. De acuerdo con FERNÁNDEZ FARRERES<sup>24</sup> :

La reserva mediante ley de servicios esenciales presupone, siempre y en todo caso, la monopolización *de iure* de la actividad en que consista el servicio, sin perjuicio de que esta titularidad pública no suponga que el servicio tenga que ser gestionado por la Administración titular del mismo.

---

<sup>23</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, en *Doctrina Justicia Administrativa*, 2002, p. 12.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p.10.

Otros como ARIÑO ORTIZ<sup>25</sup> establecen lo siguiente:

A partir del momento de su *publicatio*, se consagra en ellos ( servicios esenciales) un monopolio *de iure*, una reserva de titularidad, una exclusividad regalística, que puede ir o no acompañada de monopolio *de facto*, pero que en cualquier caso impide la libre entrada en ellos de la iniciativa privada, la cual, sólo previa concesión, puede llevarse a cabo.

En parecidos términos se expresa GÓMEZ-FERRER<sup>26</sup>:

La reserva del sector público de recursos o servicios esenciales, con la consiguiente exclusión del sector privado, supone un límite a la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución, de manera que esta reserva implica de una parte la exclusión del sector privado pues de lo contrario se confundiría con la iniciativa económica pública a que se refiere el propio precepto, y, de otro, el reconocimiento de la titularidad de la competencia a la Administración.

La reserva admite llevar a cabo una política de nacionalizaciones – titularidad y gestión estatal- y por consiguiente, un monopolio, en aquellos servicios considerados esenciales. En consecuencia, en aquellos servicios calificados como no esenciales se aplicaría el régimen tradicional, es decir, titularidad pública y gestión directa o indirecta – concesión-. En conclusión, se trata de determinadas actividades que por su carácter de esencialidad se sustraen del sector privado y son exclusivamente estatales.

Por otro lado, existe una segunda interpretación que parte de que la noción de servicio público es una construcción doctrinal. Por consiguiente la utilizada en el artículo 128.2 no tiene por qué coincidir con una noción doctrinal específica entre las diferentes variantes que hay. En consecuencia, las diversas variantes del concepto tienen que tener cabida dentro del artículo 128.2 de la CE. Análogamente, GARRIDO FALLA<sup>27</sup> dispone que, “una segunda interpretación postularía la identificación entre servicios públicos y servicios esenciales (la esencialidad sería la característica de todo servicio público), cuya consecuencia práctica sería la de propiciar y favorecer las tendencias privatizadoras.” Por esta razón, al llevarse a cabo los servicios por los particulares, se produce el paso de la concesión a la mera autorización.

---

<sup>25</sup> ARIÑO ORTIZ, G.,” Servicio Público y libertades públicas ( una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución”, en A.A.V.V., *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Complutense, Madrid, 1992, p.1330.

<sup>26</sup>GÓMEZ-FERRER, R., “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3.808 y ss.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p.396.

### **2.4.3 El modelo económico de la Constitución Española.**

A pesar de todo ello, la C.E contiene contradicciones a priori por lo que merece la pena pararnos a desmenuzar los diferentes artículos: 38, 51, 128 y el 131.

El artículo 38 de la CE dispone “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. La expresión empleada – economía de mercado- admite gran cantidad de interpretaciones. Según MORELL OCAÑA<sup>28</sup>:

El núcleo esencial del concepto reside en el dato de que, en una economía de mercado, la iniciativa y la decisión queda en manos de una pluralidad de sujetos, que concurren en condiciones de igualdad; y no en la voluntad de un poder público centralizado. En todo caso, en una economía de mercado, puede estar presente el poder, si bien en condiciones de igualdad con el resto de los agentes, los particulares, que concurren al mismo. Una economía de mercado, en su significación habitual, excluye la previsión exhaustiva, completa, del funcionamiento económico a través de la previsión exhaustiva [...] Mediante la cláusula general el constituyente ha permitido que la exigencia legal se acompañase en cada momento a las exigencias legales. Estas exigencias son cambiantes, de modo que los bienes o valores jurídicamente protegidos están situados en una evolución que puede alterar su significación o contenido.

Quizás la mayor importancia jurídica del mismo radica en su colocación, es decir, se encuentra en la sección 2.ª del capítulo II – derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos-. Por ende, no se encuentra ni en el capítulo III ni en la sección 1.ª del capítulo II de la CE. Parece obvio pero es importante tenerlo en cuenta.

En cambio, el ya citado artículo 128.2 de la CE mediante la disposición de la iniciativa pública, parece que choca frontalmente contra el artículo 38 ya que es completamente opuesto a la libertad de empresa. Así, se autoriza mediante el ordenamiento constitucional la limitación en determinadas zonas. Como ya se ha dicho, la idea central del artículo 128.2 recae en la locución “iniciativa pública”, que supone la teórica anexión por parte de la administración de actividades que se encuentran en manos privadas.

En otras palabras, el sector público no solo tiene la capacidad para crear empresas de ámbito público – de la nada- sino que tiene las aptitudes necesarias para nacionalizar

---

<sup>28</sup> MORELL OCAÑA, L., op.cit., pp. 90 y ss.



empresas de carácter privado. A pesar de ello, al analizar más atentamente el artículo, se imponen una serie de requisitos para llevar a cabo las nacionalizaciones. Primero, se exige que haya reserva de Ley. Segundo, que los bienes afectados tengan la naturaleza de esenciales<sup>29</sup>. Y por último, las nacionalizaciones no son de empresas concretas – salvo excepciones de utilidad pública en las que cabe la expropiación- sino de sectores completos.

Por otro lado, el mayor peligro para una economía capitalista radica en las nacionalizaciones al azar, alegando todo tipo de razones como la defensa de la nación<sup>30</sup> u otras de índole ideológica como la explotación de los trabajadores por la clase capitalista.

De esta manera, al producirse las nacionalizaciones se obvian circunstancias claves como si la nacionalización va a mejorar la productividad de la nación y por consiguiente, si va a aumentar la riqueza de los ciudadanos. Y por lo general, las empresas nacionalizadas son menos eficientes que aquellas que se encuentran regidas por el capital privado. A este respecto, no hay que olvidar que la tendencia nacionalizadora se ha probado ineficiente tras la caída del muro de Berlín en 1989.

Efectivamente, los artículos 38 y 128.2 de la CE contraponen dos teorías económicas contrarias – socialismo y liberalismo- que permiten a los diferentes gobiernos aplicar las políticas más adecuadas para el país en cada momento. En mi opinión, la habilitación al Estado para crear monopolios *ex novo* en concurrencia con el sector privado no supone un ataque al artículo 38 de la CE siempre que no se establezcan como monopolios legales.

En otro orden de cosas, como se ha establecido previamente, la interpretación del artículo 128.2 pueden llevar a dos interpretaciones contrarias entre sí. Según GARRIDO FALLA<sup>31</sup> son:

Que la iniciativa pública económica- en cualquiera de sus manifestaciones, incluida, por tanto, la creación *ex novo* de empresas públicas- está condicionada por las exigencias que en el propio precepto se añaden: que se trate de servicios o recursos esenciales o de supuestos de monopolio. Segundo, que tales exigencias se establecen únicamente para justificar la actuación pública económica en régimen de monopolio.

---

<sup>29</sup> Se trata de un concepto indeterminado como ya hemos visto.

<sup>30</sup> Un claro ejemplo son los países sudamericanos como Venezuela o la reciente expropiación de YPF por parte de Argentina alegando todo tipo de razones de índole populista y sin ningún tipo de fundamento.

<sup>31</sup> GARRIDO FALLA, F., *op.cit.*, p.398.

Siguiendo a GARRIDO FALLA de nuevo y con el que me encuentro de acuerdo, no se entiende – sin extremar el principio de subsidiariedad- el argumento de que la creación de una empresa estatal que concurre en régimen de igualdad con las empresas privadas ataque el principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la CE. Además, de esta manera se confina la actividad económica monopolística del Estado a sus límites más estrictos- los servicios esenciales-.<sup>32</sup>

Por otro lado, según la STC 26/1981, de 17 julio (RTC 1981,26), para que un servicio sea esencial “deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos”. De esta forma, es el legislador el que tiene la facultad de fijar cuando es esencial un servicio. (STC 12/1982, de 31 marzo [RTC 1982, 12]). Por lo tanto, para que un servicio sea esencial es preciso que haya tenido un reconocimiento legal por parte de la Administración así como garantía pública en su prestación. No obstante, no hay que confundir la garantía pública con la titularidad de la prestación ya que esta podrá ser tanto pública (gestión directa o indirecta) como privada (libre mercado).

En definitiva, de acuerdo con ESCUIN PALOP<sup>33</sup> : “El Estado Español tiene la libertad para declarar que actividades constituyen servicios públicos, el marco normativo en el que se desarrollan las actividades que constituyen su objeto y los mecanismos de control y sanción que se reserva la Administración.”

Además, dicha interpretación es favorable a lo establecido en el artículo 86.1<sup>34</sup> de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL)<sup>35</sup>:

Las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución.

En otras palabras, se pueden establecer monopolios previa reserva expresa de ley<sup>36</sup> a la Administración así como el libre establecimiento de empresas<sup>37</sup> dentro del marco del libre mercado.

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p.398.

<sup>33</sup> ESCUIN PALOP, C. *Curso de derecho administrativo*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia,2005, p.764.

<sup>34</sup> Nos ceñimos a la antigua Ley ya que la nueva Ley aprobada por el Partido Popular, se encuentra en el Tribunal Constitucional, con graves sospechas de inconstitucionalismo.

<sup>35</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

<sup>36</sup> Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial

Por lo tanto, los monopolios solo pueden establecerse por medio de reserva de Ley. Por ende, se prohíbe de esta manera la existencia de servicios públicos esenciales y no esenciales pero adjudicados en monopolio. Es decir, todo monopolio (y no la creación de una empresa estatal en régimen de libre competencia) necesita previamente ser calificado como esencial. Esto es, pueden existir servicios públicos que no sean calificados como esenciales.

En conclusión, de acuerdo con el artículo 128.2 de la C.E, la actividad administrativa se expone de la siguiente forma siguiendo a GARRIDO FALLA<sup>38</sup>:

- Creación *ex novo* de empresas públicas en régimen de competencia con las empresas privadas del propio sector económico o industrial y desprovistas de toda suerte de facultades exorbitantes o privilegios.

- Declaración por ley de carácter de un servicio público esencial y consiguientemente titularidad estatal de una determinada actividad con expresa reserva al Estado, con la consiguiente habilitación a la Administración pública para proceder a su gestión directa en régimen de monopolio ( nacionalización) o su concesión al particular para explotación también en monopolio.

- Simple declaración de interés público del servicio, sin expresa declaración de reserva, lo cual permite su reglamentación, que sería el resultado de combinar el principio de libertad de empresa con la potestad administrativa de reglamentar los servicios prestados al público para salvaguarda del interés público y que se confunde con lo que antes llamábamos servicios públicos o impropios”.

#### **2.4.4 El marco europeo.**

El artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone:

[...] los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido [...].

Para comenzar, si bien es cierto que el artículo 14 del TFUE supedita la intervención pública al régimen de libre mercado, también es cierto que acepta el principio de

---

aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

<sup>37</sup> Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

<sup>38</sup> GARRIDO FALLA, F., op.cit., p.400.

neutralidad del artículo 345 del TFUE (“Los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”). En consecuencia, de acuerdo con la COMISION EUROPEA<sup>39</sup>: “la Comunidad no cuestiona el estatuto, público o privado, de las empresas encargadas de misiones de interés general y no impone ninguna privatización”<sup>40</sup>.

Por otro lado, el artículo 106.2 del TFUE:

Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada [...].

La categoría comunitaria de actividad de interés económico general del 106.2 se diferencia de las actividades económicas ordinarias y de las actividades de interés no económico general. Dicha categoría, coincide con la noción de servicio público y permite limitaciones al libre mercado (financiación pública por ejemplo) así como el otorgamiento de derechos exclusivos (PAREJO ALFONSO).<sup>41</sup> Por consiguiente, las empresas del 106.2 del TFUE tienen que cumplir las reglas de la libre competencia. Sin embargo, cuando la aplicación de la libre competencia resulte perniciosa o impida el objetivo de la empresa de interés económico general, dicha subordinación puede ceder.<sup>42</sup>

De esta manera, se expresaba la Exposición de Motivos de la antigua Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico<sup>43</sup>:

“[...] Se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa

---

<sup>39</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Los servicios de interés general en Europa”, en *Diario Oficial*, C 281, 1996, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/126087\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/126087_es.htm), consulta realizada el 15 de marzo de 2014.

<sup>40</sup> Por esta razón la comunidad vigila las prácticas desleales con la competencia ya sean de titularidad pública o privada.

<sup>41</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de derecho administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.44.

<sup>42</sup> El tribunal de Justicia de la UE ha confirmado lo dicho en multitud de sentencias entre las que destaca la Sentencia Sachi de 30 de abril de 1974 en la que se dispone que un derecho exclusivo por razón de interés público no se opone al TFUE. Sin embargo, tras la liberación del sector de las telecomunicaciones se estimó que los derechos exclusivos tenían que ser suprimidos. Por ejemplo, la Sentencia Corbeau del 19 de mayo de 1993. Sin embargo, posteriormente en la Sentencia Almelo. En la misma, se estableció que las empresas de interés económico general podían ostentar derechos exclusivos si eran necesarios para el cumplimiento de su misión.

<sup>43</sup> Derogada por la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico.

garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional [...]”.

De una manera similar se expresaba la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos en su Exposición de Motivos.: “Se pretende, por tanto, conseguir una regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia”. Igualmente, la antigua Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones<sup>44</sup> establece también en su exposición de motivos que “los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia”.

Por esta razón, concluimos que el artículo 106.2 del TFUE ni ha producido una transformación en la CE ni la ha relegado a un segundo plano. De hecho, las normas comunitarias y las españolas – e interiores en su mayoría- son totalmente compatibles. De ahí que el *quid* del servicio público en cualquiera de sus variantes es la existencia del interés general – fundamento aclaratorio y justificativo- capaz de establecer soporte a la opción concreta para la organización de la satisfacción de las obligaciones colectivas (PAREJO ALFONSO)<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> El sector de las telecomunicaciones fue considerado a lo largo de la historia el tradicional ejemplo de monopolio natural. La aprobación del “Libro Verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones” supuso el marco jurídico para iniciar el proceso liberalizador en nuestro país quedando la Ley 31/1987 desfasada.

<sup>45</sup> PAREJO ALFONSO, L., *op.cit.*, p.54.

### 3. EVOLUCIÓN Y LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

#### 3.1 Liberalización, privatización y desregulación.

Como introducción previa a este segundo apartado, se van a definir tres términos esenciales para la mejor comprensión de la materia. Comencemos con el más importante de los tres.

Siguiendo a BOIX PALOP<sup>46</sup>: “Por liberalización entendemos la transformación del régimen de prestación de ciertos servicios, que pasan de estar reservados al Estado a abrirse a los particulares”. Por lo tanto, ciertos sectores que no eran libres- reservados por el Estado- , ahora lo son, transformando de manera radical las “reglas del juego”.

Por otro lado, según RODRIGUEZ CHIRILLO<sup>47</sup> se acude a la denominación de privatización para “referirse con carácter general a todo el proceso, en términos globales, de reducción de las potestades de los poderes públicos en la economía, que queda paralelamente en manos de empresas privadas”. Otra definición de privatización sería la dada por DE LA SERNA<sup>48</sup>: “Privatización material es la traslación, bien total, bien parcial, al sector privado de actividades empresariales hasta el momento desplegadas por los poderes públicos”.

Por último, se encuentra el término desregulación que complementa a los anteriores .De nuevo, siguiendo a DE LA SERNA<sup>49</sup>:

La desregulación es el conjunto de medidas que tienen por objeto la reducción no sólo del volumen sino también de la importancia de las normas jurídicas en una determinada actividad, de forma que la reglamentación de las mismas sea menor pero que también la actividad de control de la Administración se retraiga.

Por un lado, la privatización únicamente persigue que una empresa de titularidad estatal pase a ser controlada por agentes particulares. Por otro lado, la liberalización y la

---

<sup>46</sup> BOIX PALOP, A. “Cohesión social y liberalización de servicios públicos”, *Universidad de Valencia*, 2001., p.36, <http://www.uv.es/aboixp/publicaciones/boix%20palop.dea.pdf>, consulta realizada el 10 de marzo de 2014.

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J. *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*, IEE, Madrid, 1993, pp. 18 y ss.

<sup>48</sup> DE LA SERNA BILBAO, M<sup>a</sup>. N. *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 66.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 40.

desregulación tienen como principal objetivo el aumento de la competencia en el mercado. Además, de acuerdo con DE LA SERNA<sup>50</sup>:

La desregulación persigue también, , además, algo que la liberalización por sí misma no puede lograr: acabar con la existencia de agentes económicos reguladores del mercado distintos de los poderes públicos, pues el desarrollo de actividades empresariales tanto de los poderes públicos como de los particulares al abrigo de un marco legal protector frente a la competencia, además de favorecer la ineficacia, comporta el riesgo de conversión de los sujetos en agentes reguladores del mercado, debido al poder y nivel de información que adquieren dichos sujetos.

### **3.2 Breve evolución histórica. Del antiguo régimen a la actualidad.**

Los servicios públicos se construyeron en Europa durante las monarquías absolutistas bajo el concepto de monopolios nacionales llevados a cabo por funcionarios estatales. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX se está produciendo una crisis en el Derecho Público debido principalmente a las ideas del neoliberalismo económico y la globalización, que están derribando los fundamentos de los Estados del Bienestar.

Ahora bien, son las Monarquías absolutistas europeas las que establecen los primeros servicios públicos como los asuntos exteriores, la defensa, justicia, caminos, correos. Es decir, todos aquellos servicios que son inherentes a la soberanía nacional. Sin embargo, los servicios sociales no eran prestados por los Estados sino por la Iglesia.<sup>51</sup> Esto es, la Iglesia Católica llevaba a cabo las funciones de beneficencia y educación así como funciones de registro – mediante los registros parroquiales- . Por lo tanto, la Iglesia procedía “al modo de organismos autónomos especializados, que gestionaban establecimientos asistenciales, sin perjuicio de sus fines espirituales, cumpliendo cabalmente misiones educativas y asistenciales” (PARADA)<sup>52</sup> .La Iglesia llevaba a cabo desde la educación de la nobleza – por ejemplo la Compañía de Jesús- , el cuidado de los leprosos o la sopa que se daba a los más necesitados en conventos e iglesias.

A continuación, llegaron los constitucionalismos que acabaron con el viejo régimen. En España, de manera análoga a Francia, se estableció una potente Administración dirigida por eficaces burócratas que empieza a abarcar todo tipo de servicios, sustituyendo a la

---

<sup>50</sup> DE LA SERNA BILBAO, M<sup>a</sup>.N., Op. cit. p. 47

<sup>51</sup> En contraste, los Estados protestantes resolvieron estas necesidades generales mediante empresas privadas ya que estas Iglesias no crearon estructuras asistenciales como las llevadas a cabo por las Iglesias Católicas. De esta manera, se produjeron movilizaciones de la sociedad civil para satisfacer estas necesidades. He aquí el germen del régimen de las *public utilities*.

<sup>52</sup> PARADA, J.R., Op. cit. p. 1849.

Iglesia en las labores que tradicionalmente había efectuado. Asimismo, destacar que los servicios públicos son llevados a cabo a cargo de los presupuestos del estado, engrosados por la desamortización eclesiástica de Mendizábal. Por otro lado, en estos primeros años la iniciativa privada no existe, ya que estos servicios se configuran como una obligación del Estado para con sus ciudadanos.

Así pues, el Estado implantó diversos servicios como la sanidad, obra pública, correos, educación y cultura (bibliotecas y museos) entre otros. Según PARADA<sup>53</sup> destaca:

El carácter monopólico en la implantación de estos servicios y en la explotación de los bienes afectos a la riqueza nacional (aguas y minas), lo que obedeció sin duda a los intereses burocráticos de los funcionarios y al escaso vigor del capitalismo en la Europa continental.

Durante el siglo XX debido a los numerosos avances tecnológicos, nuevos servicios públicos son declarados por el Estado –agua, energía eléctrica, telefonía, carburantes, transporte aéreo y marítimo- mediante la técnica de concesión impuesta. Por lo tanto, el Estado se apropia de sectores que considera esenciales para la satisfacción general de los ciudadanos.

En otras palabras, hasta hace fechas no muy lejanas, en España no ha existido el libre mercado debido fundamentalmente al atraso que supuso la autarquía económica a la que se vio sometida el país por el resto de países desarrollados durante la primera etapa del franquismo. De acuerdo con BOIX PALOP<sup>54</sup>, diversos motivos motivan el intervencionismo público en esta época:

En primer lugar, económicos ya que la concentración de los medios de producción que se produce en ese momento histórico obliga en ocasiones al Estado a intervenir, dado que la relevancia económica de algunas de las actividades que se desarrollan desaconseja permitir a la iniciativa privada el acceso a ciertos mercados, mientras en otros casos es la propia lógica económica la causante de la irrupción estatal debido a la estructura de monopolios naturales<sup>55</sup> de algunos mercados y a la magnitud de las inversiones, que vedan el acceso a la iniciativa privada. Pero también sociales, pues este proceso coincide con la aparición de

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 1846.

<sup>54</sup> BOIX PALOP, A., *Op. cit.* p. 13.

<sup>55</sup> Monopolio natural': cuando una actividad productiva es más económica o, con un costo dado, más eficaz para los usuarios/clientes si es prestada por una sola organización económica). La situación de monopolio natural puede ser por economías de escala puras, por economías de escala relativas a no duplicar (o triplicar,...etc.) una red física de suministro, o por economías de coordinación (servicios ferroviarios, por ejemplo).

VERGES, J., "Privatización de empresas públicas y liberalización", *Universidad Autónoma de Barcelona*, 2010, p.4, <http://webs2002.uab.es/jverges/pdf%20GEP&R/Privatizacion%20de%20EP%20y%20Liberalizacion.pdf>, consulta realizada el 15 de marzo de 2014.



nuevas necesidades que requieren una satisfacción más o menos rápida e igual para todos y el desarrollo de las reivindicaciones que las exigen [...] Y por supuesto, factores meramente políticos [...] El auge de las ideas keynesianas y de las teorías económicas basadas en la estimulación de la demanda, en las que el empleo del gasto público es considerado capital como instrumento de política económica

Como consecuencia de este aislamiento internacional, hay escasez de determinados bienes. Por lo tanto, el régimen del general Franco llevó a cabo una política paternalista invadiendo la actividad industrial, convirtiéndose en fabricante de bienes – SEAT, ENSIDESA y ENFERSA por ejemplo- todos ellos pertenecientes al Instituto Nacional de Industria (INI)<sup>56</sup>. Es más, no es hasta el año 1963 cuando se aprueba la Ley 110/1963, de 20 de junio, de Represión de prácticas Restrictivas de la Competencia mediante la cual el régimen franquista trata de abrirse hacia el mercado.

Sin embargo, dicha tendencia ha cambiado en los últimos años debido principalmente a la caída de los países comunistas y el auge de las ideas neoliberales, profundamente críticas con el estatalismo.<sup>57</sup> Todo esto ha llevado a una profunda crisis al Estado de Bienestar. De hecho, el derecho comunitario escogió desde el primer momento el libre mercado y la competencia – Tratado de Roma de 1957- como hemos visto ya. En los últimos años las tendencias liberalizadoras se han potenciado siguiendo las políticas de Thatcher y Reagan que tenían ideologías muy similares. Dicho de otro modo, a partir de los años ochenta, la gran mayoría de gobiernos del mundo – ya sean países desarrollados como Reino Unido o Francia o países subdesarrollados como Shri Lanka- comunicaron el propósito de llevar a cabo procesos liberatorios en sus economías, mediante la venta de empresas públicas al sector privado e incluso en ocasiones, liquidándolas. De esta forma, se trata no solo de privatizar diversos sectores sino también llevar a cabo una profunda desregulación para aumentar la competencia.

En conclusión, nos encontramos ante un proceso global, impulsado por las potencias occidentales, que busca establecer un nuevo paradigma estatal basado en la libre competencia del modelo norteamericano.

---

<sup>56</sup> Las empresas públicas toman forma mercantil, habiendo un único socio, el Estado.

<sup>57</sup> Citamos a Friedman para ilustrar rápidamente su pensamiento: “Nadie gasta el dinero de otra persona tan cuidadosamente como gasta el suyo. Nadie usa los recursos de otra persona con tanto cuidado como utiliza los suyos. Así que si quieres la eficiencia y la eficacia, si desea que el conocimiento sea utilizado apropiadamente, usted tiene que hacerlo a través de los medios de propiedad privada”.

### 3.3 *Críticas al sector público.*

Entre las diferentes críticas que se han realizado al sector público, en primer lugar destaca la desmitificación del sector público. Si durante largo tiempo, las Administraciones públicas eran sinónimo de eficacia. *A contrario sensu*, hoy en día se le achaca a la Administración no solo una falta de eficacia y competitividad galopante sino una relación de indiferencia con los ciudadanos debido principalmente al gigantismo de la Administración Pública. En otras palabras, al no tratarse de clientes sino de meros administrados, los ciudadanos se ven sometidos a una completa indiferencia por parte de las Administraciones Públicas, denunciándose la falta de cordialidad en el trato.

Por otro lado, los monopolios son criticados desde el punto de vista teórico-económico. De acuerdo con la teoría económica neoclásica, al encontrarnos en un régimen monopolista – un productor tiene el poder del mercado- , se producen menor cantidad de bienes a un precio mayor. Por lo tanto, nos encontramos ante un fallo de mercado en el que el monopolista controla la fabricación de bienes e impone el precio de dichos bienes.

De hecho, beneficiándose de los avances tecnológicos cayeron multitud de barreras de entrada en determinados sectores – claro ejemplo es el sector de las telecomunicaciones- , incrementándose la demanda y reduciéndose simultáneamente los costes del servicio. De esta forma, incluso las reservas del sector público dejan de tener sentido al no necesitar ya los mismos ser monopolizados para satisfacer el interés general. Por lo tanto, no solo se reprochan las reservas del sector público sino que económicamente los monopolios tampoco se encuentran justificados.

Por último, y posiblemente el factor de mayor importancia, se han apreciado enormes deficiencias en la gestión de los servicios por el Estado. Es decir, durante décadas se creyó que el Estado era el ente más capacitado prestar servicios públicos de manera eficaz pero esto se demostró falaz. Entre los problemas más habituales, siguiendo a ARIÑO ORTIZ<sup>58</sup> :

- La vinculación del modelo a objetivos políticos y colectivos – y no con fines económicos- ha llevado a la falta de beneficios de las entidades. Dicha falta de beneficios

---

<sup>58</sup> ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, pp.391 y ss.

provoca un excesivo endeudamiento por parte de las empresas, lo que lleva a la concesión de subsidios por parte del Estado, endeudando de esta manera a la ciudadanía.

- La remuneración del capital invertido y los dividendos repartidos por las empresas del sector público suelen ser escasos.
- El uso de las mismas por los políticos, utilizando las empresas públicas para fines ajenos a los establecidos.<sup>59</sup>
- Las nacionalizaciones no han supuesto un aumento de la riqueza de la nación sino solo de algunos privilegiados – directores, empleados-.
- Al no existir competencia, la productividad es baja debido a la falta de motivación de los empleados, provocando la ineficiencia empresarial.
- Los bienes y servicios de las empresas reguladas son caros y no lo suficientemente buenos.
- El gigantismo de la Administración la ha llevado a ser un monstruo devorador de recursos, impidiendo el dinamismo de la economía.<sup>60</sup>

Por último, tan solo reseñar que las ideas de FRIEDMAN han contribuido enormemente a esta crisis del Estado del Bienestar, realizando una crítica mordaz a los capitalismo de Estado. No es hasta la expansión de sus ideas cuando los ciudadanos comienzan a advertir las deficiencias del sector público.

### **3.4 La liberalización en España.<sup>61</sup>**

Como ya hemos dicho, el gobierno conservador de Margaret Thatcher fue el pionero en Europa en llevar a cabo reformas sobre el modelo de Estado – privatización y posteriormente, liberalización-. De esta manera, el ensayo inglés dio el pistoletazo de salida a la tendencia a disminuir el sector público en Europa, que hasta aquellos momentos, seguía manteniendo una gran fortaleza.<sup>62</sup>

En España, el proceso privatizador y liberalizador se pone en marcha con el gobierno socialista de Felipe González. En una primera instancia, las privatizaciones tienen como objetivo empresas con graves problemas que habían sido nacionalizadas previamente

---

<sup>59</sup> Sin ahondar en el tema, solo destacar la multitud de cargos a dedo – normalmente familiares- que pueblan el entramado de empresas pública españolas.

<sup>60</sup> A pesar de todo ello, en el periodo 2000-2008, el gasto público estatal por habitante aumentó hasta cerca de los 10.000 euros. Para más información al respecto, GONZALEZ FUENTES, M., “El coste de la Administración pública en España”, en *EAE Business School*, 2009, [http://www.cenavarra.es/documentos/ficheros\\_comunicacion/EL%20COSTE%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20EN%20ESPANA%20def%20Oct09.pdf](http://www.cenavarra.es/documentos/ficheros_comunicacion/EL%20COSTE%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20EN%20ESPANA%20def%20Oct09.pdf), consulta realizada el 25 de marzo de 2014.

<sup>61</sup> En el anexo, privatizaciones de empresas vendidas mediante OPV así como empresas públicas vendidas directamente.

<sup>62</sup> Hasta aquellos momentos, prácticamente nada se había hecho al respecto en Alemania, Francia solo había tenido cortas intenciones por sus gobiernos conservadores, prácticamente inexistente también en Italia).

para garantizar su supervivencia. Es decir, se privatizaron empresas de sectores no reservados a la Administración como por ejemplo TEXTIL TARAZONA, MARSANS O ENFERSA. De acuerdo con MODERNE<sup>63</sup>, durante la primera etapa de gobiernos socialista, no existe un programa de privatización, produciéndose privatizaciones “silenciosas”. De esta forma, el Estado tratar de obtener recursos financieros mediante la racionalización del sector público, que deja de ser un cementerio de elefantes.

En cuanto a los servicios públicos, principalmente las privatizaciones – REPSOL, ARGENTARIA ENDESA, ENCE,- se realizan por motivos económicos mediante la venta de enormes paquetes de acciones pero manteniendo el Estado la gran mayoría de las acciones. En este periodo, no se crea una ley de privatizaciones, sino que cada venta supone una resolución ministerial determinada- hasta 1995 no se aprueba una Ley de privatizaciones-. Sin embargo, no es hasta los últimos años de este primer periodo socialista, cuando se inicia un auténtico periodo liberalizador, debido fundamentalmente al estímulo que supone la entrada en el euro.

El Partido Popular llega al gobierno en el año 1996 y uno de sus principales objetivos desde el primer momento fue llevar a cabo una autentica liberalización del mercado. Además del aspecto financiero – necesidad de reducir el déficit- y la demanda comunitaria, el Partido Popular tenía una ideología libremercadista. Conviene destacar que ya en 1995, mediante el Real Decreto-Ley 5/1995, se promueve la racionalización del sector público así como una mayor eficiencia mediante la supresión del INI y el Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH). En definitiva, se busca una mayor eficiencia en el sector público, lo que supuso la proclamación de la muerte del servicio público tradicional. Como expuso FERNÁNDEZ RODRIGUEZ<sup>64</sup>: “porque un sector público rentable, lo es también socialmente. Y la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad”.

Como ya hemos dicho, el Partido Popular, de un corte infinitamente más liberal que el Partido Socialista, decreto la dirección a seguir mediante el Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, estableciendo las Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial. En su exposición de motivos se manifiesta:

---

<sup>63</sup> MODERNE, F., “Les privatisations en Espagne”, en *Annuaire européen d’Administration publique*, 1988, p.92.

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, p. 37.

El papel del Estado en el nuevo escenario económico debe consistir, primordialmente, en crear un entorno económico institucional lo más favorable posible para la competitividad de la empresa, mediante la apertura y liberalización del sistema económico y la reducción y saneamiento del sector público empresarial. El Estado, como impulsor directo de la actividad empresarial a través de la empresa pública, ha pasado a un segundo plano en el nuevo escenario económico nacional e internacional, ello como consecuencia, entre otros factores, de la globalización de los mercados, del desarrollo tecnológico que hace perder el fundamento a los monopolios naturales, de las crecientes exigencias de la normativa comunitaria para las empresas públicas y, por último, la existencia en España de un sector privado capaz que debe ser apoyado e incentivado como creador de riqueza y de empleo.

Mediante el acuerdo de Consejo de Ministros de 1996 se crea el Consejo Consultivo de Privatizaciones (CCP), que supone la única gran diferencia entre la última etapa del periodo socialista y el gobierno popular.

En resumen, los pasos a partir de este momento son los siguientes: El ente público que corresponda – ya sea la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) o el Ministerio de Fomento- cuando toma la decisión de privatizar una empresa, requiere al CCP un informe sobre el procedimiento a llevar a cabo así como un valor aproximado de las acciones a enajenar. Tras ello, se realiza la proposición al ministerio dependiente por parte del ente público (si es el SEPI a Industria por ejemplo). Dicha propuesta, junto con el informe del CCP se expide a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Tras ello, se somete a aprobación por el Consejo de Ministros. En el caso de aprobarse, el Gobierno puntualiza todas las posibles cuestiones que puedan surgir debido a la privatización.<sup>65</sup>

A pesar de ello, el proceso no se ha encontrado exento de críticas a pesar de la gran cantidad de adalides que tiene en el entorno económico. Fundamentalmente, estas críticas han sido vertidas desde el punto de vista jurídico. A pesar de todo ello, conviene hay que distinguir entre la huida del Derecho Administrativo y el proceso de privatización como veremos a continuación.

En primer lugar, la principal crítica desde el ámbito jurídico compete a la llamada huida del Derecho Administrativo. De acuerdo con GARCÍA GOMEZ DE MERCADO<sup>66</sup> esto supone:

---

<sup>65</sup> VERGÉS, J., op.cit., p.15.

<sup>66</sup> GÓMEZ DE MERCADO GARCÍA, F.,” La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales”, en *Boletín Aranzadi Administrativo*, num.19, 2000, p.1.

Que pasen a regirse por reglas de Derecho privado actividades regidas anteriormente por el Derecho Público [...] No se trata de que actividades en manos públicas, o del sector público, pasen a regirse por unas normas a someterse por otras (más flexibles) sino que la actividad pase de manos públicas a manos privadas.

Muchos han criticado la Huida del Derecho Administrativo como LAGUNA DE LA PAZ<sup>67</sup> que sugiere:

Con la excusa de conseguir una mayor operatividad y eficacia – no siempre demostrada-, la Administración crecientemente encomienda la realización de tareas a entes públicos creados *ad hoc*- a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho privado-, o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla [...] la definición jurídico-formal de la Administración hace que el recurso a la empresa pública y, en general, a las organizaciones instrumentales condicione esencialmente el régimen jurídico de la actuación. Con la intermediación de estos entes generalmente se busca –y se consigue– la singularidad, la distancia respecto de las Administraciones públicas territoriales y de su Derecho.

Por otro lado, hay que insistir en que es muy diferente el establecimiento de entes públicos sometidos al Derecho privado que el empleo del Derecho Privado en la función laboral del estado a través de empresas estatales. Como indica SAZ CORDERO<sup>68</sup>:

Para estos nuevos entes públicos [...] que no pueden ser encuadrados en la actividad industrial del Estado ya que o bien actúan en el terreno de los servicios públicos o bien son entes que ejercen verdaderas funciones públicas, se quiebra la aplicación del Derecho Administrativo a los entes públicos.

En consecuencia, hay que diferenciar la reprochable huida del Derecho Administrativo y el supuesto de “la privatización de actividades industriales, de actividades económicas separables de la actividad propia de la Administración” (GOMEZ DE MERCADO)<sup>69</sup> ya que este último es un procedimiento constitucionalmente genuino por el artículo 38 de la CE. Además, de esta manera es posible alcanzar una minoración del déficit estatal- a priori-<sup>70</sup> y distribuir los excedentes a otros propósitos de índole social.

Si bien es cierto que en la CE existe una reserva constitucional a favor de las funciones de justicia, policía y fomento, tal y como expone TRONCOSO REIGADA<sup>71</sup>: “La

---

<sup>67</sup> LAGUNA DE LA PAZ, J.C., “La renuncia de la administración pública al derecho administrativo”, en *Revista de Administración pública*, nº 136, 1995, pp.201 y ss.

<sup>68</sup> SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, p. 63.

<sup>69</sup> GOMEZ DE MERCADO, F., *op.cit.*, p.2.

<sup>70</sup> 20 años después nos encontramos ante el mismo problema ya que el crédito barato llevo de nuevo a la hipertrofia del sector público.

<sup>71</sup> TRONCOSO REIGADA, A. *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.458.

actividad de servicio público y la actividad logística o de suministro no son típicamente administrativas – no están dentro de la reserva de Administración pública- y no tienen obligatoriamente que ser ejercitadas por Administraciones”. Igualmente, DE LA SERNA BILBAO reconoce la privatización de determinadas funciones del Estado pero advierte; “igualmente se debe señalar que no puede ser objeto de traspaso a los sujetos privados las funciones públicas soberanas como la policía o la justicia. Estas actividades u otras similares están totalmente excluidas de esta posibilidad<sup>72</sup>”.

En definitiva, de acuerdo con todo ello, es posible declarar que las actividades inherentes al Estado como las funciones de policía y fomento, constituyen el tope máximo de los procesos de privatización y liberalización.

---

<sup>72</sup> DE LA SERNA BILBAO, M<sup>a</sup>.N., Op. cit. p. 50.

## 4. EL NUEVO HOLDING AEROPORTUARIO ESPAÑOL.

### 4.1 Régimen jurídico de AENA.

La gestión aeroportuaria ha sido un sector regulado cuya función principal era proveer un servicio público a sus clientes. Además, a lo largo de los últimos años según CHECA TAMARIT<sup>73</sup> el sector “ha ido adquiriendo una dimensión de mercado [...] basada en criterios de eficiencia económica, consecuencia de la necesidad de incrementar los ingresos que generan estas infraestructuras”. En definitiva, la desregulación y la liberalización del sector han producido una renovada gestión aeroportuaria en nuestro país.

En primer lugar, subrayar que la normativa aeroportuaria española se encuentra recogida en la Ley 48/1960, de Navegación Aérea. A pesar de que ha sido modificada en infinidad de veces<sup>74</sup>, sigue encontrándose vigente a día de hoy.

Desde el año 1991, la gestión aeroportuaria española se ha desarrollado en régimen de monopolio y se encuentra en manos de la entidad de derecho público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA). Se trata de un ente público, sometido a la Administración General del Estado (AGE) a través del Ministerio de Fomento. La fundación de AENA se produjo al aprobarse su Estatuto por el Real Decreto (RD) 905/1991, de 14 de Junio que derogaba el Real Decreto 2878/1982<sup>75</sup> de 15 de octubre relativo al Organismo Autónomo de Aeropuertos Nacionales. El citado decreto desarrolla la previsión incluida en los Presupuestos Generales del Estado de 1990, en su artículo 82:

Uno. Se crea, adscrito al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones y con la denominación de «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea», un Ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada que se registrará por lo dispuesto en la presente Ley y las disposiciones que la desarrollen, entendiéndose

---

<sup>73</sup> CHECA TAMARIT, A., “Estudio descriptivo del modelo de gestión aeroportuaria español en el contexto competitivo del sector aéreo europeo”, *Universidad Politécnica de Valencia*, 2012,p.31, <http://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/18135/Estudio%20descriptivo%20del%20modelo%20de%20gesti%C3%B3n%20aeroportuario%20espa.pdf?sequence=1>, consulta realizada el 25 de marzo de 2014.

<sup>74</sup> Por citar varias; Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea, Ley 5/2010, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.

<sup>75</sup> En la disposición transitoria, se calificaban los aeropuertos nacionales como de “interés general”, por lo que la gestión de todos los aeropuertos nacionales civiles recaía sobre el organismo autónomo Aeropuertos Nacionales.



comprendido en el número 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria. Dos. Dicho Ente se regirá por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación, ajustándose en el desarrollo de sus funciones públicas a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y demás leyes que le sean de aplicación.

De esta manera, en el artículo 1 del RD 905/1991 indica que la misión de AENA “será contribuir al desarrollo del transporte aéreo en España y garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez, eficacia y economía”. En cuanto al objeto de AENA, “será la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas que permitan rentabilizar las inversiones efectuadas”. Consecuentemente, AENA tiene “personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, plena capacidad jurídica –pública y privada- y patrimonio propio”.

Por otro lado, el artículo 3 establece que “se regirá por el ordenamiento jurídico civil, mercantil y laboral, ajustándose, cuando actúe en el ejercicio de sus funciones públicas, a las disposiciones de derecho público que le sean de aplicación”. Además, se dispone mediante el artículo 8:

Para el desarrollo y ejercicio efectivo de sus funciones, el Ente público AENA podrá promocionar o participar en Sociedades estatales y privadas [...] siempre que ello ni implique la realización de actos correspondientes a las funciones públicas propias del ente. El ente público asignará a dichas Sociedades los recursos y medios financieros que resulten precisos para el desarrollo de sus propias funciones.

Por otra parte, la naturaleza jurídica de AENA cambió mediante la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En su artículo 64 establece que “ el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea adoptará la configuración de Entidad Pública Empresarial de las previstas en la letra b) del apartado 1 del artículo 43 de la Ley 6/1997<sup>76</sup>”.

Del mismo modo, señalar el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (PEIT) 2005-2020 aprobado mediante Consejo de Ministros el 15 de julio de 2005, que prevé

---

<sup>76</sup> Los Organismos públicos se clasifican en: a) Organismos autónomos. b) Entidades públicas empresariales. C) Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley.

una inversión de cerca de 250.000 millones de euros. Por consiguiente, los objetivos en el campo de aviación son<sup>77</sup>:

- a) Doblar el volumen de absorción del tráfico.
- b) Modernizar operatividad de la red aeroportuaria española logrando que cada aeropuerto logre el equilibrio financiero, mediante la inevitable obtención de recursos.
- c) Apertura a la Participación de otras Administraciones e Instituciones.
- d) Incorporar la regulación sobre Cielo Único Europeo.

Por último, hay que incidir en la publicación de diversas leyes en los últimos años<sup>78</sup> ya que el régimen aeroportuario ha cambiado mucho durante el último lustro. Toda esta normativa persigue tres objetivos principales: En primer lugar, la creación de un holding empresarial mediante la creación de dos entes independiente, independizando la gestión aeroportuaria de los sistemas de navegación aérea. En segundo lugar, lograr un entorno jurídico adecuado que permita al sector privado intervenir en la gestión aeroportuaria y por último, posibilitar la gestión singularizada de los aeropuertos mediante la adecuación de los mismos a sus características particulares.<sup>79</sup>

#### **4.2 La constitución de AENA AEROPUERTOS.**

A raíz del Real Decreto-ley (RDL) 13/2010 se produce la irremediable división entre gestión aeroportuaria y la de navegación aérea. De hecho, el artículo 7 RDL 13/2010 establece:

Además de cualquier otra función que pudiera atribuirle el Consejo de Ministros, «Aena Aeropuertos, S.A.» asumirá el conjunto de funciones y obligaciones que actualmente ejerce la entidad pública empresarial AENA en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, así como cualesquiera otras que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios, en relación a la red de aeropuertos integrada por los

---

<sup>77</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, “Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005”, [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2005/c1507050.htm#PEIT](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2005/c1507050.htm#PEIT), consulta realizada el 28 de marzo de 2014.

<sup>78</sup> El Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo («Real Decreto-ley 13/2010»), en sus artículos 7 a 12 de Modernización del sistema aeroportuario, La Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, modificada por la Ley 1/2011, que transpone parcialmente la Directiva 2009/12/CE, de 11 de marzo, relativa a tasas aeroportuarias («Directiva 2009/12/CE») así como el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA).

<sup>79</sup> NIETO MENOR, M., “Modernización del sistema aeroportuario español: examen del Real Decreto-ley 13/2010”, en *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N.º 7, 2011, pp. 181-193.

aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA en el momento de entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Por lo tanto, la gestión aeroportuaria es desempeñada por una nueva sociedad mercantil denominada AENA AEROPUERTOS S.A.<sup>80</sup>, creada con el propósito de abrir la puerta a la privatización del sector. De acuerdo con la CÁMARA DE COMERCIO DE BARCELONA<sup>81</sup>: “las sociedades mercantiles pueden ser un instrumento institucional de gestión de servicios públicos, de naturaleza privada”. Son sociedades anónimas con la singularidad de que la Administración es su accionista mayoritario. También destacar que se rigen por el Derecho Privado.

De acuerdo con el Ministerio de Fomento (2010)<sup>82</sup>, los principales objetivos que se persiguen mediante la creación de AENA AEROPUERTOS son:

- Aumentar la eficiencia del sistema.
- Incrementar la productividad de las empresas de gestión aeroportuaria.
- Garantizar el cumplimiento de la normativa europea.
- Maximizar la inversión realizada en los últimos años.

En el caso de AENA AEROPUERTOS, ya en este decreto se considera la posible entrada de capital privado, con un margen máximo del 49 %<sup>83</sup>. Por otro lado, también cabe destacar la distinción que realiza la Ley 9/2010. Por un lado, se permite la entrada de nuevos proveedores en los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, produciéndose una auténtica liberalización del mercado con el objetivo de “permitir que AENA pueda reorganizar mejor sus recursos humanos y materiales y garantizar de una manera más eficaz y eficiente la prestación de los servicios de tránsito aéreo en ruta o zona”.<sup>84</sup> Sin embargo, por el otro lado, la prestación de servicios de tránsito aéreo en ruta o zona,

---

<sup>80</sup> <sup>80</sup> La constitución definitiva se llevó a cabo por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 febrero de 2011. Para más información sobre el proceso, se encuentra perfectamente descrito en la Orden del Ministerio de Fomento 1525/2011, de 7 de junio. Mediante esta Orden, se determinó el inicio de las funciones de gestión aeroportuaria de AENA AEROPUERTOS.

<sup>81</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BARCELONA., “El modelo de gestión aeroportuaria en España: marco institucional y jurídico y líneas maestras para una propuesta de cambio”, *Cámara de Comercio de Barcelona*, 2010, p.17, [http://www.cambrabcn.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=09c41ee1-591c-4ed5-a7ac-3b7fd6fc007a&groupId=1533402](http://www.cambrabcn.org/c/document_library/get_file?uuid=09c41ee1-591c-4ed5-a7ac-3b7fd6fc007a&groupId=1533402), consulta realizada el 26 de marzo de 2014.

<sup>82</sup> MINISTERIO DE FOMENTO., “Aeropuertos del Estado: hacia un modelo de gestión eficiente”, *Gobierno de España*, 2010, <http://comunicatur.info/cms/images/stories/documents/AeropuertosdelEstadoHaciaunmodelodegestioneeficient.pdf>, consulta realizada el 25 de marzo de 2014.

<sup>83</sup> Aumentado posteriormente a un 60 %.

<sup>84</sup> Ley 9/2010. Exposición de motivos.

siguen siendo gestionados en exclusiva por AENA, ya que se trata de un servicio público inherente a la soberanía nacional.

Ahora bien, la contratación de los servicios de tránsito aéreo de aeródromo será contratada por el gestor aeroportuario, AENA AEROPUERTOS en este caso de acuerdo con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales. Por lo tanto, AENA AEROPUERTOS es la titular de los bienes necesarios para la prestación del servicio – las torres de control por ejemplo- y AENA tiene el carácter de proveedor de servicios de tránsito aéreo de aeródromo (ARIMAY Y PEREZ)<sup>85</sup>.

En cuanto al capital, hasta la fecha el patrimonio de AENA AEROPUERTOS pertenece a AENA. Si bien el Consejo de Ministros en julio de 2011 permitió la enajenación de las acciones de AENA AEROPUERTOS, a día de hoy – 3 años después- su venta es toda una incógnita<sup>86</sup> como más tarde veremos. Por lo tanto, en la actualidad, AENA es la propietaria de AENA AEROPUERTOS.

En otro orden de cosas, no hay un vínculo contractual que declare que AENA encomienda a AENA AEROPUERTOS la gestión aeroportuaria, ya que ésta se concede por medio del RDL 13/2010 – y no por medio de contrato-. Es decir, AENA es sustituida por AENA AEROPUERTOS en la gestión aeroportuaria. En síntesis, siguiendo a ARIMAY Y PEREZ:

Estamos, pues, ante una operación de privatización (nada se reserva la AGE en materia de gestión aeroportuaria, sin perjuicio de las potestades reguladoras que pueda atribuirle el ordenamiento y de sus facultades como propietaria de AENA) que escapa a la aplicación de la normativa de contratación pública, especialmente a las normas de preparación y adjudicación de contratos públicos [...].

En conclusión, por un lado se encuentra AENA AEROPUERTOS y por otro lado AENA. En cuanto AENA AEROPUERTOS, es la encargada de gestionar los aeropuertos nacionales. Por otro lado, AENA se configura como la prestadora de servicios de navegación aérea y su principal objetivo es “ofrecer la máxima seguridad,

---

<sup>85</sup> ARIMAY LAMOGLIA, E., Y PÉREZ RIVARÉS, J.A.,”La reordenación del sector aeroportuario”, en *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, Barcelona,2011, p.15, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3220/documento/art02.pdf?id=3368>, consulta realizada el 26 de marzo de 2014.

<sup>86</sup> AGENCIA EFE., “El gobierno siembra dudas sobre si seguirá con la privatización de AENA”, *Diario Expansión*, 11 de marzo de 2014, <http://www.expansion.com/2014/03/11/empresas/transporte/1394552983.html>, consulta realizada el 26 de marzo de 2014.

calidad y eficiencia en el desarrollo y operación del sistema de navegación aérea español<sup>87</sup>”.

#### **4.2.1 Régimen jurídico de AENA AEROPUERTOS.**

El artículo 8 del RDL 13/2010 establece el régimen jurídico de AENA AEROPUERTOS. De esta forma, AENA AEROPUERTOS S.A se registrará por las normas mercantiles con las siguientes particularidades:

En primer lugar, el régimen de contratación será el previsto para AENA “teniendo la consideración entre sí y con respecto a la AGE de empresa asociada a efectos de la Ley 31/2007<sup>88</sup>”. Además, “se subroga en todos los contratos laborales suscritos por la entidad pública empresarial AENA que se le atribuyan en el momento de que comience a ejercer de manera efectiva sus funciones”. Añadir que el personal de AENA AEROPUERTOS tendrá naturaleza laboral.

En segundo lugar, “tendrá la condición de beneficiaria de las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión”. Por consiguiente, los bienes expropiados se incorporan al patrimonio de AENA AEROPUERTOS. Ahora bien, la AGE sigue atesorando la potestad para expropiar.

En tercer lugar, “las obras de nueva construcción, reparación y conservación que realice en el ámbito de los aeropuertos y de su zona de servicio no estarán sometidas a licencia ni a otros actos de control preventivo municipal”.<sup>89</sup> Se trata de una previsión ante las complicadas relaciones que se producen entre el Estado, autonomías y entes locales.<sup>90</sup> A este respecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha admitido en multitud de sentencias (40/1989 o 204/2002) la supresión del control preventivo municipal, siempre que sea sustituido por otros mecanismos que cumplan una función similar.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, AENA AEROPUERTOS se registrará por el derecho privado. Además, AENA AEROPUERTOS queda subrogada en todos los pleitos que tuviera AENA anteriormente, siempre que se encuentren en el marco de la gestión aeroportuaria.

---

<sup>87</sup> AENA, “Conócenos”, *Ministerio de Fomento*, <http://www.aena.es/csee/Satellite/navegacion-aerea/es/Navegacion-Aerea.html>, consulta realizada el 30 de marzo de 2014.

<sup>88</sup> Artículo 8 RDL 13/2010.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> Conflicto entre el interés general que suponen los aeropuertos y la ordenación del territorio y urbanismo.

Por último, el artículo 9 del RDL 13/2010 sobre el patrimonio aeroportuario dispone lo siguiente:

Todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, dejarán de tener naturaleza de bienes de dominio público, sin que por ello se entienda alterado el fin expropiatorio, por lo que no procederá su reversión.

Es decir, las torres de control por ejemplo dejarían de tener naturaleza demanial ya que no se encuentran afectas a los servicios de navegación aérea. Además, incide en que “el patrimonio de los aeropuertos gestionados por sociedades concesionarias o sociedades filiales se mantendrá en todo caso bajo la titularidad de la sociedad AENA AEROPUERTOS”. Destacar también la obligación de ceder gratuitamente determinados espacios para ciertos servicios públicos como aduanas, que impone el artículo. Por último, destacar que en el caso de producirse la enajenación de las acciones de AENA AEROPUERTOS, su estatuto jurídico permanecería intacto.

### **4.3 La nueva gestión aeroportuaria.**

#### **4.3.1 La necesidad del cambio.**

Tradicionalmente, la gestión aeroportuaria en España se ha fundamentado en un modelo de gestión integrada, siendo AENA la encargada de gestionar y explotar los diversos aeropuertos del país.

Nos encontramos por tanto ante un modelo de caja única, en el que los aeropuertos rentables financian las operaciones de aquellos aeródromos que no cubren sus costes, es decir, que no alcanzan el equilibrio financiero. Si bien es cierto que este tipo de modelo es eficiente, no hay que olvidar el coste de oportunidad que supone la falta de adaptación al mercado.

De hecho, únicamente ocho aeropuertos<sup>91</sup> a día de hoy obtienen beneficios después de pagar impuestos<sup>92</sup>, - existen 47 aeropuertos en España-. Destacar también que otros

---

<sup>91</sup> Estos aeropuertos son Palma de Mallorca, Barcelona-El Prat, Gran Canaria, Tenerife Sur, Ibiza, Lanzarote, Sevilla y Bilbao.

<sup>92</sup> T.S.V., “Solo ocho aeropuertos españoles obtienen resultado positivo después de impuestos”, *Diario ABC*, 27 de diciembre de 2013, <http://www.abc.es/economia/20131221/abci-aeropuertos-rentabilidad-201312201606.html>, consulta realizada el 28 de marzo de 2014.

como Barajas, Málaga o Alicante no son rentables debido a los costes de amortización, por las mejoras introducidas en los últimos años. Por lo tanto, parece claro que el modelo tradicional español se encuentra acabado, ya que unos pocos aeropuertos financian a otros tantos. En mi opinión, tras el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, la gestión aeroportuaria ha quedado expuesta ya que cuatro de cada cinco aeródromos son deficitarios. En consecuencia, pienso que el Estado no debería de mantener aeropuertos inviables<sup>93</sup>. Si bien es cierto que se trata de un servicio público, no pienso que mantener infinidad de aeropuertos – con distancias entre ellos ínfimas por lo general - constituya una obligación estatal.

Por otro lado, también conviene criticar el actual sistema de tasas basado en la división de los aeropuertos en tres categorías. Esta división se realiza sin ningún tipo de objetividad, rozando el azar en ocasiones. Si bien en sus inicios tuvo sentido, a día de hoy es un despropósito ya que no tiene en cuenta los costes operativos de cada aeropuerto. Además, gozan de gran inflexibilidad imposibilitando la posibilidad de llevar a cabo diferentes políticas de gestión de tasas para atraer pasajeros.

En conclusión, siguiendo a la CÁMARA DE COMERCIO DE BARCELONA, la transformación del modelo de gestión aeroportuario parece una necesidad por diversas razones<sup>94</sup>:

- Ineficiencia del modelo actual por la dificultad de adaptar la gestión aeroportuaria al mercado.
- Distorsiones derivadas de las subvenciones cruzadas desde los aeropuertos con excedentes de explotación hacia aquellos que son deficitarios pero deben de mantenerse operativos por consideraciones de servicio público.
- Insuficiencia de recursos financieros generados por el conjunto del sistema.
- Utilización de tasas, en lugar de precios, como contraprestación de los servicios aeroportuarios.

#### **4.3.2 La gestión individualizada.**

Tradicionalmente, según GÓMEZ DE MERCADO<sup>95</sup> siguiendo a PARADA VÁQUEZ<sup>96</sup> han existido diversas configuraciones de gestión aeroportuaria:

---

<sup>93</sup> El Estado español se encuentra suficientemente endeudado para mantener Aeropuertos inviables.

<sup>94</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BARCELONA., op.cit., p. 7.

<sup>95</sup> GÓMEZ DE MERCADO, F., op.cit., p. 9.

- Aeropuertos bajo pleno control administrativo, en los que tanto la gestión como la explotación se hace de modo directo por el Estado, pudiendo coincidir la autoridad aeroportuaria y la de aviación civil, sistema seguido históricamente por diversos países como España.
- Gestión a través de entes públicos dotados de personalidad jurídica distinta de la del Estado, aun cuando sujeten su actividad al Derecho privado, distintos, por otra parte, de la autoridad de aviación civil. Este es el caso del sistema español, a través del ente público AENA [...] Se somete en su actuación al Derecho privado excepto en cuanto al ejercicio de funciones administrativas, tales como las relativas a materia de policía, en relación con las funciones públicas que tiene encomendadas, así como las potestades sancionadoras inherentes a las mismas.
- Empresas resultantes de la privatización de entes gestores de los aeropuertos. Éste es el caso de la BAA<sup>97</sup>, entidad anteriormente pública [...].
- Gestión bajo el régimen de concesión. Este sistema se sigue, por ejemplo, en los aeropuertos de Colombia y Chile.

Ahora bien, la gestión individualizada significa que “los aeropuertos tienen autonomía financiera y compiten por captar compañías aéreas [...]. Cada aeropuerto puede tener su propio modelo de propiedad: pública, privado o participación mixta”<sup>98</sup>.

De esta forma, mediante el artículo 10<sup>o</sup> del RDL 13/2010 se implanta en España la gestión individualizada. De acuerdo con el mismo:

Corresponderá a AENA AEROPUERTOS S.A la explotación de todos los aeropuertos y helipuertos integrados en la red atribuida a su gestión, sin perjuicio de que pueda llevar a cabo la explotación individualizada de cualquiera de ellos mediante: a) Un contrato de concesión de servicios aeroportuarios, en el que el concesionario asuma la gestión del aeropuerto a su propio riesgo y ventura. b) La creación de sociedades filiales, a las que se le aplicará el mismo régimen jurídico previsto para la sociedad AENA AEROPUERTOS .SA en el artículo 8 adaptado a su respectivo ámbito de gestión. Dichas sociedades ostentarán los derechos y asumirán las obligaciones propias del beneficiario en las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras atribuidas a su gestión.

Además, el artículo 12 del RDL 13/2010 dispone la posibilidad de crear mediante acuerdo del Consejo de Ministros la creación de sociedades gestoras de aeropuertos, filiales de AENA AEROPUERTOS. Igualmente, se dispone que “para la realización de nuevas inversiones en los aeropuertos atribuidos a la gestión de las sociedades filiales se

---

<sup>96</sup> PARADA VAZQUEZ, J.R.,” La privatización de líneas aéreas y aeropuertos. La cláusula de propiedad sustancial y control efectivo: Aspectos jurídicos aeronáuticos, civiles, internacionales y mercantiles”, en *Poder judicial*, nº 40, pp. 127 y ss.

<sup>97</sup> Abreviatura de *British Airport Authority*.

<sup>98</sup> IZKUE RODRIGUEZ, M., “Evaluación de modelos de gestión y financiación aeroportuaria”, *Escuela superior de Ingenieros de Barcelona*. 2011, p.40, <http://upcommons.upc.edu/pfc/bitstream/2099.1/13427/1/Evaluaci%C3%B3n%20de%20modelos%20de%20gesti%C3%B3n%20y%20financiaci%C3%B3n%20aeroportuaria.%20Miren%20Izkue%20Rodriguez.pdf>, accedido 30 de marzo de 2014.



celebrará un convenio de colaboración en el que se especificaran las respectivas obligaciones”.

En síntesis, mediante el RDL 13/2010 la gestión aeroportuaria en España puede ser realizada bien por la propia AENA AEROPUERTOS – o una filial- o por una sociedad diferente en régimen de concesión. Esta última posibilidad puede ser ejecutada mediante dos formas<sup>99</sup>:

En primer lugar, mediante la licitación del contrato de concesión de servicios aeroportuarios *stricto sensu*. Y en segundo lugar, mediante un procedimiento de licitación tendente a la selección de un socio (con el porcentaje que determine el pliego) de una sociedad que será la concesionaria y, por tanto, la contraparte de AENA AEROPUERTOS en el contrato de concesión de servicios aeroportuarios.

Esta última modalidad fue la escogida para la licitación de los aeropuertos de Madrid-Barajas y de Barcelona-El Prat mediante acuerdo del Consejo de Ministros en julio de 2011. Se prevé que dichas sociedades sean privatizadas, vendiéndose el 90,05 % de su capital y, manteniendo AENA AEROPUERTOS la titularidad del patrimonio y el capital restante- 9,95 %- . La creación de estas sociedades persigue como objetivo principal “dotar a su gestión de mayor competitividad y eficiencia; garantizar la titularidad pública y la sostenibilidad económica [...], y permite introducir una gestión individualizada y autónoma de los aeropuertos de Madrid y Barcelona.”<sup>100</sup>

De acuerdo con GONZALEZ SANFIEL<sup>101</sup>:” El concesionario tendrá derecho a la explotación y gestión del aeropuerto, incluyendo la contraprestación por el uso y las diversas actividades que se desarrollen en el mismo” Además, se establecía como cantidad mínima a pagar por el licitador un 20 % de la facturación del aeropuerto así como una duración de contrato de 20 años. No obstante, a pesar de que el CCP dio el visto bueno a la posible privatización de las sociedades concesionarias de dichos aeropuertos<sup>102</sup>, el Partido Popular paralizó el proceso en 2012.

---

<sup>99</sup> ARIMAY LAMOGLIA, E., Y PEREZ RIVARES, J., Op. cit. p. 18.

<sup>100</sup> Acuerdo del Consejo de ministros de 15 de Julio de 2011, [http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/\\_2011/refc20110715.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/_2011/refc20110715.htm).

<sup>101</sup> GONZALEZ SANFIEL, A. *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, Barcelona, 2013, p.209.

<sup>102</sup> Para más información, consultar el dictamen del CCP: [http://www.ccp.es/archivos/oinf\\_10.pdf](http://www.ccp.es/archivos/oinf_10.pdf).

### ***4.3.3 Elementos comunes y dispares en las nuevas formas de gestión individualizada.***

Una vez establecidas las diferentes configuraciones de gestión aeroportuaria, se procede a analizar los elementos que comparten, para posteriormente centrarnos en las principales diferencias que existen entre ellas.

En primer lugar, conviene destacar que ni las concesionarias ni las sociedades filiales ostentaran en ningún caso el patrimonio aeroportuario ya que son simples gestoras. De hecho, de acuerdo con el artículo 9.3 del RDL 13/2010: “ostentando dichas sociedades las facultades necesarias para su administración, promoción, gestión y explotación”. Es decir, en ningún caso tendrán facultad para disponer. En segundo lugar- como ya se ha dicho- tanto las sociedades concesionarias como las sociedades filiales tienen la obligación de ceder gratuitamente determinados lugares para la prestación de servicios públicos como aduanas o seguridad. Además, ambas se subrogan laboralmente en las obligaciones que tuviera AENA AEROPUERTOS con su personal laboral.<sup>103</sup>

Por otro lado, también cabe destacar las obras que realicen tanto las sociedades filiales como las sociedades concesionarias no se encuentran sometidas a licencia municipal de acuerdo con los artículos 8 y 11 del RDL 13/2010. Asimismo, el artículo 11 establece

Las sociedades concesionarias ostentarán los derechos y asumirán las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión. Los bienes expropiados se integrarán en todo caso en el patrimonio de «Aena Aeropuertos, S.A.», sin perjuicio del derecho del concesionario a administrar, explotar y gestionar los mismos.

Por lo tanto, de acuerdo con ARIMA Y PEREZ<sup>104</sup>: “la titularidad última de los bienes expropiados determina una diferencia de trato legal entre AENA AEROPUERTOS – beneficiaria- y las sociedades filiales y concesionarias, que ostentan los derechos y obligaciones del beneficiario” .Es decir, verdaderamente no son las beneficiarias, evitando de esta manera que adquieran los bienes expropiados.

---

<sup>103</sup> Según el artículo 11.6 del RDL 13/2010: “Las sociedades concesionarias se subrogarán en la posición de empleador respecto de la totalidad de los trabajadores de la plantilla adscrita al aeropuerto que voluntariamente lo acepten, desde el momento en que empiece a operar como nuevo gestor aeroportuario”.

<sup>104</sup> ARIMAY LAMOGLIA, E., Y PEREZ RIVARES, J., Op. cit. p. 19.

Por otro lado, conviene mencionar las diferencias más significativas entre los dos tipos de gestión aeroportuaria individualizada.

En primer lugar, en el caso de concesión de servicios aeroportuarios, de acuerdo con el artículo 11.7 del RDL 13/2010 se “[...] se podrá establecer un órgano de impulso y seguimiento de la actividad del aeropuerto en el que, junto al gestor aeroportuario, participaran la AGE, la Comunidad Autónoma y, en su caso, los municipios del entorno”. Como ya hemos dicho en el Consejo de Ministros de julio de 2011, se preveía la creación de dichos órganos – Sociedades Concesionarias de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat- que ejercerían la función de vigilancia y control sobre las concesiones., cumpliendo de esta manera lo dispuesto en el artículo 11.7<sup>105</sup>. Sin embargo, la realidad es que a día de hoy, todo se encuentra parado y el proceso de privatización de AENA es toda una incógnita.

En cuanto a la gestión mediante la creación de sociedades filiales, “la planificación de las inversiones así como su financiación deberán convenirse con AENA AEROPUERTOS” (URÍA MENDENEZ). En el caso de las sociedades concesionarias, estarán a lo dispuesto en contrato. Por otra parte, si bien las sociedades filiales tienen el mismo régimen retributivo que AENA AEROPUERTOS – ingresos privados y públicos<sup>106</sup>-, las sociedades concesionarias solo cobrarán los segundos como vamos a ver en el próximo apartado.

---

<sup>105</sup>En el siguiente enlace podemos ver información del Ministerio de Fomento sobre la creación y funcionamiento de las Sociedades concesionarias: [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0CFEQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.aena.es%2Fcese%2FSatellite%3Fblobkey%3Did%26blobnocache%3Dtrue%26blobwhere%3D1237551473638%26blobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername1%3DContent-Disposition%26blobheadervalue1%3Dattachment%253Bfilename%253Dprincipales\\_elementos\\_del\\_modulo\\_concesional.pdf%26blobcol%3Durldata%26blobtable%3DMungoBlobs&ei=3uE\\_U8OzGoqi0QWatoCICA&usg=AFQjCNHktWyLBWPKIepMVD6JGgyLAWGVPg&sig2=uwuzTj30vcNBD6aLwyIfIA&bv=bv.64125504,d.d2k](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0CFEQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.aena.es%2Fcese%2FSatellite%3Fblobkey%3Did%26blobnocache%3Dtrue%26blobwhere%3D1237551473638%26blobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername1%3DContent-Disposition%26blobheadervalue1%3Dattachment%253Bfilename%253Dprincipales_elementos_del_modulo_concesional.pdf%26blobcol%3Durldata%26blobtable%3DMungoBlobs&ei=3uE_U8OzGoqi0QWatoCICA&usg=AFQjCNHktWyLBWPKIepMVD6JGgyLAWGVPg&sig2=uwuzTj30vcNBD6aLwyIfIA&bv=bv.64125504,d.d2k)

<sup>106</sup> De acuerdo con el artículo 68.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, tendrán la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, las prestaciones que la citada sociedad deba percibir en los siguientes supuestos: a) Por la utilización de las pistas de los aeropuertos civiles y de utilización conjunta y de las bases aéreas abiertas al tráfico civil por las aeronaves y la prestación de los servicios precisos para dicha utilización, distintos de la asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías. b) Por los servicios de tránsito aéreo de aeródromo que facilite el gestor aeroportuario[...], sin perjuicio de que tales servicios se presten a través de los proveedores de servicios de tránsito aéreo c) Por los servicios de meteorología que facilite el gestor aeroportuario[...] d) Por los servicios de inspección y control de pasajeros y equipajes en los recintos aeroportuarios. e) Por la utilización, por parte de los pasajeros, de las zonas terminales aeroportuarias no accesibles a los visitantes, así como de las facilidades aeroportuarias complementarias. f) Por los servicios que permiten la movilidad general de los pasajeros y la asistencia necesaria a las personas con movilidad reducida (PMRs) [...]. g) Por la

#### **4.3.4 La retribución de los nuevos gestores aeroportuarios.**

Sin explayarnos más allá de lo estrictamente necesario, en la actualidad los ingresos aeroportuarios tienen diferente naturaleza, dependiendo del tipo de gestión aeroportuaria- directa o indirecta-.

Por lo tanto, si la gestión se realiza directamente por AENA AEROPUERTOS o por una sociedad filial de ésta, los ingresos se obtienen tanto por prestaciones públicas- artículo 68.2 de la Ley 21/2003- como por precios privados<sup>107</sup> – beneficios obtenidos mediante servicios y funciones que no tengan la apreciación de prestación pública.

Por otro lado, según el artículo 71 de la Ley 21/2003: “los ingresos que perciban las concesionarias de servicios aeroportuarios en el ejercicio de su actividad aeroportuaria tendrán la naturaleza de precios privados. Su gestión y cobro se realizará con sometimiento al derecho privado”. Es decir, la retribución en la gestión indirecta tiene naturaleza privada.

Por lo tanto, el sistema retributivo de la gestión aeroportuaria española se estructura mediante dos procedimientos establecidos en la Ley 21/2003. Siguiendo a ARIMAY Y PEREZ (2011,21)<sup>108</sup>:

Por un lado, la propia AENA AEROPUERTOS y sociedades filiales, caracterizado por la ausencia de condicionantes contractuales, la afectación del rendimiento de las prestaciones patrimoniales públicas a la financiación exclusiva de este subsistema y los convenios de colaboración que suscribirá AENA AEROPUERTOS con cada una de las sociedades filiales para determinar el porcentaje de ingresos [...] que estas últimas deberán abonar a aquella para el mantenimiento de la red. Por otra parte, el subsistema propio de cada sociedad concesionaria, influido por condicionantes contractual y dotado de mayor aislamiento interno, como corresponde a su carácter de gestora a riesgo y ventura [...] sin perjuicio de la contribución que pueda establecerse al sistema global con cargo al pago de cánones (inicial y periódico) al ente concedente.

En definitiva, siguiendo a GONZALEZ SANFIEL<sup>109</sup>, las nociones principales del régimen de concesión aeroportuaria son las siguientes:

---

utilización de las zonas de estacionamiento de aeronaves habilitadas al efecto en los aeropuertos. h) Por la utilización de las instalaciones aeroportuarias para facilitar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros a las compañías [...] i) Por la utilización del recinto aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de mercancías. j) Por la utilización del recinto aeroportuario para el transporte y suministro de combustibles y lubricantes [...] k) Por la utilización del recinto aeroportuario para la prestación de servicios de asistencia en tierra [...]

<sup>107</sup> Sometido al Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria.

<sup>108</sup> ARIMAY LAMOGLIA, E., Y PEREZ RIVARES, J., Op., cit. p. 21.

- El concesionario se compromete con su propio riesgo y ventura (artículo 10 RDL 13/2010).
- Para llevar a cabo la adjudicación de la concesión, AENA AEROPUERTOS se encuentra sometida a la Ley 31/2007(artículo 11.1 del RDL 13/2010).
- Las concesiones se adjudicarán de acuerdo con los pliegos aprobados. Con respecto a los pliegos generales, se aprobarán mediante Real Decreto. Asimismo, AENA AEROPUERTOS podrá aplicar pliegos particulares. (artículo 11.3 del RDL 13/2010).
- Las tasas y tarifas se encuentran sujetas al Derecho Privado y al marco común del Derecho Comunitario<sup>110</sup> (artículo 11.3 del RDL 13/2010).
- El contratista goza de diversos privilegios como ser beneficiario de las expropiaciones – no propiamente como vimos antes- así como el no sometimiento a licencia municipal – con respecto a las obras que tenga que realizar-.
- Subrogación en la posición de empleador respecto a la plantilla, siempre que los trabajadores lo admitan voluntariamente.

Por otro lado, y siguiendo igualmente a GONZALEZ SANFIEL los atributos característicos de las sociedades filiales de AENA AEROPUERTOS son los siguientes:

- Se crean mediante Acuerdo del Consejo de Ministros. ( artículo 12.1 del RDL 11/2010)
- Régimen jurídico análogo al de AENA AEROPUERTOS (artículo 8 RDL 11/2010) aunque restringido a su ámbito de gestión.
- Los ingresos se obtienen tanto por prestación públicas como por precios privados.
- En el caso de que se realicen nuevas inversiones en los aeródromos gestionados por las sociedades filiales, se aprobará un convenio de colaboración fijando las respectivas obligaciones de las partes (artículo 12.2 RDL 11/2010).

---

<sup>109</sup> GONZALEZ SANFIEL, A., Op. cit. p. 207.

<sup>110</sup> Directiva 2009/12/CE relativa a las tasas aeroportuarias, transpuesta por la Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea. Para más información, visitar: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/transport/air\\_transport/tr0026\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/transport/air_transport/tr0026_es.htm).

#### ***4.3.5 La repercusión del nuevo régimen jurídico en la competencia entre aeropuertos.***

El artículo 92.4<sup>111</sup> de la Ley 21/2003 promulga “Garantizar la competencia efectiva entre aeropuertos sobre la base de la eficiencia y calidad de los servicios prestados al menor coste posible [...]”. De esta forma, parece claro que las nuevas formas de gestión aeroportuaria se encuentran encaminadas a mejorar la competitividad de los aeropuertos españoles, mediante el aumento de la competencia. Ahora bien, el modelo de retribución establecido sigue menoscabando la competencia ya que sufre de los mismos defectos que el modelo anterior.

Ahora bien, es cierto que el nuevo modelo de gestión aeroportuaria persigue la apertura del sector a través de la entrada de capital privado en régimen de concesión y la gestión individualizada de los aeropuertos. Además, esta nueva estrategia debería permitir a las gestoras atraer nuevas compañías y rutas mediante planes estratégicos individualizados, estimulando de esta forma la competencia entre aeropuertos equivalentes<sup>112</sup>. Sin embargo, estas tácticas ya han sido utilizadas en el sector por las entidades locales – para atraer compañías *low cost*- e incluso existen aeropuertos que no forman parte de la red de AENA- como por ejemplo el famoso aeropuerto de Castellón-.<sup>113</sup>

Con todo, el tradicional sistema de AENA de caja única sigue vigente. De esta manera, la única novedad relevante supone la división del sistema en dos subsistemas. Por un lado AENA AEROPUERTOS y sus filiales, y por otro lado las sociedades concesionarias. Consecuentemente, los aeropuertos rentables – por ejemplo Barcelona-El PRAT- seguirán financiando a los ineficaces. Por lo tanto, el clásico mecanismo redistributivo de AENA persiste, “incluso con cargo a los aeropuertos que sean gestionados por operadores privados”<sup>114</sup>.

En definitiva, a pesar de la regulación introducida, la gestión aeroportuaria en España continúa siendo anti competitiva ya que los aeropuertos improductivos continúan

---

<sup>111</sup> Redactado por el artículo 34 del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

<sup>112</sup> En el anexo, se incluye la división aeroportuaria en España.

<sup>113</sup> RUIZ OJEDA, O., Y BENITEZ MORCILLO, G. “Cielo único europeo y cielos abiertos transatlánticos. Bases de la nueva regulación para la competencia en el transporte aéreo”, en A.A.V.V., *Derecho de la regulación económica*, volumen VI, Iustel, Madrid, 2011, pp.1067-1068.

<sup>114</sup> ARIMAY LAMOGLIA, E., Y PEREZ RIVARES, J., Op. cit. p. 24.

obteniendo los recursos necesarios<sup>115</sup> para su funcionamiento de los aeropuertos rentables. Es decir, se continua con el modelo de caja única en detrimento de una autentica liberalización, que sitúe nuestro modelo entre los más productivos del mundo garantizando la estabilidad presupuestaria. Por lo tanto, a pesar de que el artículo 94.2.d de la Ley 21/2003 pregone la competencia efectiva entre los aeropuertos, no podemos más que criticar dicho precepto, tachándolo de falaz y decepcionante.

#### **4.4 La posible privatización de AENA AEROPUERTOS.**

Desde un primer momento, la sociedad AENA AEROPUERTOS fue creada con la intención de aumentar la productividad a través de la entrada de capital privado como exponía de forma clara el preámbulo del RDL 13/2010:

La reforma que se aborda se inscribe en este marco y para ello prevé la creación de una Sociedad Estatal que asuma la gestión de los aeropuertos que hasta ahora viene gestionando la Entidad Pública Empresarial AENA, dotándola así de una estructura mercantil que posibilitará, no solo una mayor agilidad de gestión, sino además un marco jurídico más adecuado para mejorar la gestión de todas las actividades no estrictamente aeronáuticas [...]la nueva estructura empresarial que se establece permite la consecución del objetivo de dar entrada al capital privado, si bien manteniendo en todo caso el carácter estatal de la sociedad, lo que supone el control de la mayoría de su capital.

Por lo tanto, en un primer momento se buscaba la entrada de capital privado- con un máximo del 49 %- manteniendo AENA el control de la sociedad. El Consejo de Ministros de 15 de julio de 2011 una vez aprobada la reforma- venta de hasta un 49 % de AENA y privatización de la gestión de Madrid-Barajas y Barcelona- El Prat-, mandó toda la información al CCP.

Sin embargo, en 2012 se paralizó la operación debido a la crisis económica. En palabras de la Ministra de Fomento, Ana Pastor<sup>116</sup>: “la situación general y las dificultades de financiación han rebajado la financiación de los activos, por lo que venderlos ahora obligaría a hacerlo por una cantidad muy inferior a su valor real”. Además, AENA tenía un deuda enorme - superó en ocho veces su EBITDA- debido principalmente a la crisis, los cambios efectuados así como el elevado apalancamiento de la sociedad. Por lo tanto,

---

<sup>115</sup> Destacar que en el caso de que ciertos aeropuertos pasaran a manos privadas, estos mantendrían igualmente aquellos aeropuertos no rentables.

<sup>116</sup> NOVOA, T., “Fomento cancela la privatización de AENA para no malvenderla”, *La voz de Galicia*, 24 de enero de 2012, [http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2012/01/24/fomento-cancela-privatizacion-aena-malvenderla/0003\\_201201G24P20991.htm](http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2012/01/24/fomento-cancela-privatizacion-aena-malvenderla/0003_201201G24P20991.htm), consulta realizada el 1 de abril de 2014.

el proceso se ha ido posponiendo y ya en octubre de 2013, el CCP informó sobre el proceso de privatización de AENA AEROPUERTOS. De acuerdo con el CCP:

La operación de privatización prevé la creación de un núcleo estable de accionistas de referencia que estará compuesto por un número comprendido entre 3 y 5 inversores que adquirirán una participación en AENA Aeropuertos de entre un 20% y un 30% de su capital social. La participación individual de cada uno de estos inversores estará situada entre el 5% y el 10%.

Ahora bien, tras la elección de accionistas de referencia, se llevaría a cabo una OPV de suficiente tamaño para vender el restante de acciones sin sobrepasar el 60 % - límite máximo-. Por lo tanto, actualmente se pretende privatizar totalmente AENA AEROPUERTOS, manteniéndose AENA como accionista minoritario.<sup>117</sup> Además, a la par que salía a la luz el informe del CCP, se anunciaba que deuda de AENA había disminuido considerablemente – sigue siendo abultada-.

Por lo tanto, habiendo emitido un dictamen favorable el CCP y con unos mercados en plena vorágine inversora, parecía que la privatización iba a llevarse a cabo irremediamente. Sin embargo, en marzo de 2014, Álvaro Nadal - Secretario de Estado de Infraestructuras- afirmaba que la privatización de AENA no es obligatoria. En sus palabras: “AENA no tiene que ser necesariamente privatizada sí o sí”.<sup>118</sup> Sin embargo, días después la Ministra Ana Pastor rebatía a Álvaro Nadal, asegurando que la privatización no se encontraba parada, afirmando que el plan de privatización se encuentra en la agenda del gobierno.

En definitiva, tras haber conseguido unos excelentes resultados en 2013, el operador aeroportuario se encuentra en un momento inmejorable para llevar a cabo su privatización, con bancos del prestigio como UBS<sup>119</sup> avalando la operación. Sin embargo, las incertidumbres alrededor del proyecto y las continuas divergencias entre las diferentes autoridades, incitan a pensar que la privatización caerá en saco roto, como tantas otras privatizaciones<sup>120</sup>. A pesar de ello, habrá que estar atento al Documento de

---

<sup>117</sup> Para más información, consultar el informe del CCP: [http://www.ccp.es/archivos/oinf\\_20.pdf](http://www.ccp.es/archivos/oinf_20.pdf)

<sup>118</sup> ONTOSO, L.M., “Fomento: Aena no tiene por qué ser privatizada sí o sí”, *Diario ABC*, 11 de marzo de 2014, <http://www.abc.es/economia/20140311/abci-fomento-aena-tiene-privatizada-201403111727.html>, consulta realizada el 2 de abril de 2014.

<sup>119</sup> NAVAS, J.A., “UBS sitúa la privatización de AENA como eje básico en la agenda reformista de Rajoy”, *El Confidencial*, 13 de febrero de 2014, [http://www.elconfidencial.com/empresas/2014-02-13/ubs-situa-la-privatizacion-de-aena-como-eje-basico-en-la-agenda-reformista-de-rajoy\\_88513/](http://www.elconfidencial.com/empresas/2014-02-13/ubs-situa-la-privatizacion-de-aena-como-eje-basico-en-la-agenda-reformista-de-rajoy_88513/), consulta realizada el 5 de abril de 2014.

<sup>120</sup> ¿No se iba a privatizar también Loterías y Apuestas del Estado y Renfe?



Regulación Aeroportuaria, que supuestamente incluye el futuro plan de negocio de la entidad.

## 5. CONCLUSIONES.

Desde finales del siglo XIX, el concepto de servicio público ha cambiado en multitud de ocasiones. De esta manera, no es hasta finales del siglo XIX- una vez se abandonan los postulados del *laissez faire*- cuando la Administración comienza a prestar un verdadero servicio público, efectuando las tareas de policía, fomento y justicia. Sin embargo, tras la II Guerra Mundial – y debido fundamentalmente a la falta de capital privado- los Estados comienzan a ampliar sus funciones, llevando a cabo multitud de reservas legales sobre multitud de sectores económicos, consagrándose el Estado del Bienestar.

Ahora bien, tras la crisis del petróleo de los años 70, el gigantismo estatal comenzó a ser cuestionado por su ineficiencia y falta de competitividad, produciéndose durante los años 80 – siguiendo el modelo neoliberal de FRIEDMAN- la llamada crisis del servicio público. Es decir, multitud de sectores fueron liberalizados, privatizándose por tanto, gran cantidad de empresas estatales. Es decir, el Estado liberaliza multitud de monopolios estatales con el objetito de incrementar su competitividad, gracias a la entrada de capital privado.

Por tanto, es en este contexto de cambio social cuando se promulga la Constitución Española de 1978, proclamándose en la misma la libertad de empresa y la iniciativa pública. Sin embargo, no es hasta la entrada en la U.E cuando el gobierno socialista empieza a acometer un auténtico proceso de liberalización en la economía española. Este proceso se acentuó con el Gobierno de Aznar, que trató de modernizar la economía española, haciéndola más competitiva y eficiente. En consecuencia, la prestación de servicios públicos ha cambiado enormemente durante el siglo XX, pasando de un Estado mínimo a un Estado Social (y de Bienestar), para posteriormente, tratar de volver de nuevo al mínimo Estado. Es más, las tendencias privatizadoras cada vez tienen más adeptos ya que las experiencias previas han evidenciado la falta de eficiencia del sector público.

Por si fuera poco, la actual coyuntura económica actual ha acrecentado de nuevo la tendencia privatizadora. No obstante, en este caso no se persigue una mayor eficiencia – en la mayoría de los casos- sino obtener fondos para reducir el déficit público. En esta situación el gobierno socialista aprobó el RDL 13/2010, con la intención de privatizar la gestión aeroportuaria en España. Mediante este decreto, se persigue crear un holding aeroportuario en España mediante la creación de una sociedad mercantil, denominada

AENA AEROPUERTOS. Esta sociedad se crea con la intención de ser privatizada, para introducir capital privado en su patrimonio.

De esta forma, la nueva gestión aeroportuaria se estructura en torno a la gestión individualizada. Esta puede llevarse a cabo o bien por la misma AENA AEROPUERTOS- o una filial- o mediante empresas en régimen de concesión. Por lo tanto, el principal objetivo del RDL 13/2010 es privatizar el sector en España mediante la entrada de capital privado en AENA, para así mejorar su competitividad. Sin embargo, la reforma resulta insuficiente ya que se sigue manteniendo el modelo de financiación basado en la caja única. Pienso que no se puede alcanzar la eficiencia si se mantienen aeródromos en quiebra, y con nulo uso la gran mayoría de las veces- como por ejemplos aeropuertos de Huesca o Albacete-. Si bien es cierto que nos encontramos ante un servicio que debe de ser prestado, no pienso que ser el país europeo con más aeropuertos resulte un privilegio. Es decir, hay que mantener el servicio pero no de esta manera. Resulta inadmisibles que existan 26 aeropuertos que podrían disponer del mismo vuelo a una hora en coche como es el caso del aeropuerto de Vitória, rodeado por cinco aeródromos.

Si bien en el programa de gobierno del Partido Popular se preveían diversas privatizaciones- AENA, RENFE o LOTERÍAS entre otras-, el gobierno ha paralizado el proyecto de privatización de AENA y a falta de un año para terminar su mandato, toda la reforma se encuentra bajo sospecha. En un primer momento, se pospuso la venta alegando la falta de liquidez en los mercados internacionales. A día de hoy, nada más se sabe, produciéndose incluso divergencias entre las declaraciones de los titulares del Ministerio de Fomento.

En mi opinión, se está perdiendo una oportunidad única para mejorar la eficiencia del sector aeroportuario español, mediante la entrada de capital privado en el mismo. Si bien es cierto que el sistema de privatización aeroportuaria puede producir diversos problemas como la falta de inversión en infraestructuras – véase el caso de BAA- , las ventajas que trae consigo la privatización compensan dichos problemas. Además, las empresas privadas por lo general son rentables y se mantienen por sus propios medios, evitando de esta manera nuevas subidas de los tipos impositivos para seguir manteniendo el entramado público español, exorbitado a todas luces.

En definitiva, la gestión aeroportuaria española necesita una profunda renovación centrada en la entrada de capital privado, que permita a las empresas mejorar su productividad, abaratando los costes al consumidor final. En consecuencia, la privatización del sector resulta necesaria, y habría que aprovechar la oportunidad actual para acometer de una vez por todas la reforma que necesita el sector.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

### 6.1. Libros y artículos.

-AENA, “Conócenos”, *Ministerio de Fomento*, <http://www.aena.es/csee/Satellite/navegacion-aerea/es/Navegacion-Aerea.html>, consulta realizada el 30 de marzo de 2014.

- **AGENCIA EFE**, “El gobierno siembra dudas sobre si seguirá con la privatización de AENA”, *Diario Expansión*, 11 de marzo de 2014, <http://www.expansion.com/2014/03/11/empresas/transporte/1394552983.html>, consulta realizada el 26 de marzo de 2014

- **ARIMAY LAMOGLIA, E., Y PÉREZ RIVARÉS, J.A.**,”La reordenación del sector aeroportuario”, en *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, Barcelona, 2011, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3220/documento/art02.pdf?id=3368>, consulta realizada el 26 de marzo de 2014.

- **ARIÑO ORTIZ, G.**,” Servicio Público y libertades públicas ( una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución”, en A.A.V.V., *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Complutense, Madrid, 1992.

- **ARIÑO ORTIZ, G.** *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999.

- **BOIX PALOP, A.** “Cohesión social y liberalización de servicios públicos”, Universidad de Valencia, 2001., <http://www.uv.es/aboixp/publicaciones/boix%20palop.dea.pdf>, consulta realizada el 10 de marzo de 2014.

- **CABALLERO SANCHEZ, R.**, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto nacional de Administración pública, Madrid, 2003.

- **CÁMARA DE COMERCIO DE BARCELONA.**, “El modelo de gestión aeroportuaria en España: marco institucional y jurídico y líneas maestras para una propuesta de cambio”, *Cámara de Comercio de Barcelona*, 2010,

[http://www.cambrabcn.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=09c41ee1-591c-4ed5-a7ac-3b7fd6fc007a&groupId=1533402](http://www.cambrabcn.org/c/document_library/get_file?uuid=09c41ee1-591c-4ed5-a7ac-3b7fd6fc007a&groupId=1533402), consulta realizada el 26 de marzo de 2014.

- **CHECA TAMARIT, A.**, “Estudio descriptivo del modelo de gestión aeroportuario español en el contexto competitivo del sector aéreo europeo”, *Universidad Politécnica de Valencia*, 2012, <http://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/18135/Estudio%20descriptivo%20del%20modelo%20de%20gesti%C3%B3n%20aeroportuario%20espa.pdf?sequence=1>, consulta realizada el 25 de marzo de 2014.

- **COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**, “Los servicios de interés general en Europa”, en *Diario Oficial*, C-281, 1996, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/126087\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/126087_es.htm), consulta realizada el 15 de marzo de 2014.

- **DE LA CUÉTARA, J.M.** *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- **DE LA SERNA BILBAO, M<sup>a</sup>. N.** *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

- **DUGUIT, L.** *Les transformations du droit public*, Paris Armand Colin, Paris, 1913.

- **ESCUIN PALOP, C.** *Curso de derecho administrativo*, 3<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

- **FERNANDEZ FARRERES, G.**, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, en *Doctrina Justicia Administrativa*, 2002.

- **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.**, “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996.

- **FORSTHOFF, E.** *Sociedad Industrial y administración pública*, Madrid, ENAP, 1967.

- **FRIEDMAN, M., Y FRIEDMAN, R.** *Libertad de elegir*, Gota a Gota ediciones, Madrid, 2008.

- **GARCÍA OVIEDO, C.** *Derecho Administrativo*, Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1957.
- **GARRIDO FALLA, F.** *Tratado de Derecho administrativo*, Volumen II, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- **GÓMEZ DE MERCADO GARCÍA, F.**,” La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales”, en *Boletín Aranzadi Administrativo*, num.19, 2000.
- **GÓMEZ-FERRER, R.**, “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- **GONZALEZ FUENTES, M.**, “El coste de la Administración pública en España”, en *EAE Business School*, 2009, [http://www.cenavarra.es/documentos/ficheros\\_comunicacion/EL%20COSTE%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20EN%20ESPANA%20def%20Oct09.pdf](http://www.cenavarra.es/documentos/ficheros_comunicacion/EL%20COSTE%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20EN%20ESPANA%20def%20Oct09.pdf), consulta realizada el 25 de marzo de 2014.
- **GONZALEZ SANFIEL, A.** *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, Barcelona, 2013.
- **HAURIOU, M.** *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, 9ª edición, Dalloz Sirey, 1919.
- **IZKUE RODRIGUEZ, M.**, “Evaluación de modelos de gestión y financiación aeroportuaria”, Escuela superior de Ingenieros de Barcelona. 2011, <http://upcommons.upc.edu/pfc/bitstream/2099.1/13427/1/Evaluaci%C3%B3n%20de%20modelos%20de%20gesti%C3%B3n%20y%20financiaci%C3%B3n%20aeroportuaria.%20Miren%20Izkue%20Rodriguez.pdf>, accedido 30 de marzo de 2014.
- **JEZÉ, G.** *Los principios generales del Derecho administrativo*, Depalma, Buenos aires. 1948.
- **JORDANA DE POZAS, L.**, “Ensayo sobre una teoría del fomento en Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº48, 1948.

- **LAGUNA DE LA PAZ, J.C.**, “La renuncia de la administración pública al derecho administrativo”, en *Revista de Administración pública*, nº 136, 1995.
- **MEILAN GIL, J.L.**, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, en *Cuadernos de derecho público*, número 2, 1997-2007.
- **MINISTERIO DE FOMENTO.**, “Aeropuertos del Estado: hacia un modelo de gestión eficiente, Gobierno de España, 2010, <http://comunicatur.info/cms/images/stories/documents/AeropuertosdelEstadoHaciaunmodelodegestioneeficient.pdf>, consulta realizada el 25 de marzo de 2014.
- **MODERNE, F.**, “Les privatisations en Espagne”, en *Annuaire européen d’Administration publique*, 1988.
- **MORELL OCAÑA, M.** *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- **MUÑOZ MACHADO, S.** *Servicio público y mercado*, volumen I, Civitas, Madrid, 1997.
- **NOVOA, T.**, “Fomento cancela la privatización de AENA para no malvenderla”, *La voz de Galicia*, 24 de enero de 2012, [http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2012/01/24/fomento-cancela-privatizacion-aena-malvenderla/0003\\_201201G24P20991.htm](http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2012/01/24/fomento-cancela-privatizacion-aena-malvenderla/0003_201201G24P20991.htm), consulta realizada el 1 de abril de 2014.
- **NIETO MENOR, M.**, “Modernización del sistema aeroportuario español: examen del Real Decreto-ley 13/2010”, en *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N. ° 7, 2011.
- **ONTOSO, L.M.**, “Fomento: Aena no tiene por qué ser privatizada sí o sí”, *Diario ABC*, 11 de marzo de 2014, <http://www.abc.es/economia/20140311/abci-fomento-aena-tiene-privatizada-201403111727.html>, accedido el 2 de abril de 2014.
- **PARADA VAZQUEZ, J.R.**,” La privatización de líneas aéreas y aeropuertos. La cláusula de propiedad sustancial y control efectivo: Aspectos jurídicos aeronáuticos, civiles, internacionales y mercantiles”, en *Poder judicial*, nº 40.



- **PARADA VAZQUEZ, J.R.** “Los servicios públicos en España”, en AA.VV., *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carís.*, Civitas, Madrid, 2003.
  
- **RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J.** *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*, IEE, Madrid, 1993.
  
- **RUIZ OJEDA, O., Y BENITEZ MORCILLO, G.** “Cielo único europeo y cielos abiertos transatlánticos. Bases de la nueva regulación para la competencia en el transporte aéreo”, en A.A.V.V., *Derecho de la regulación económica*, volumen VI, Iustel, Madrid, 2011
  
- **SAZ CORDERO, S.**, “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994.
  
- **TRONCOSO REIGADA, A.** *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
  
- **T.S.V.**, “Solo ocho aeropuertos españoles obtienen resultado positivo después de impuestos”, *Diario ABC*, 27 de diciembre de 2013, <http://www.abc.es/economia/20131221/abci-aeropuertos-rentabilidad-201312201606.html>, consulta realizada el 28 de marzo de 2014.
  
- **VERGES, J.**, “Privatización de empresas públicas y liberalización”, *Universidad Autónoma de Barcelona*, 2010, <http://webs2002.uab.es/jverges/pdf%20GEP&R/Privatizacion%20de%20EP%20y%20Liberizacion.pdf>, consulta realizada el 15 de marzo de 2014.
  
- **VILLAR EZCURRA, J.L.** *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
  
- **VILLAR PALASÍ, J.L.** *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1964.

## **6.2. Legislación y jurisprudencia.**

- Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (PEIT) 2005-2020.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011, por el que se autoriza la constitución de la Sociedad Estatal Aena Aeropuertos S.A.
- Constitución española de 1978.
- Directiva 2009/12/CE relativa a las tasas aeroportuarias, transpuesta por la Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea
- Ley 20 de febrero de 1850 sobre la contabilidad general provincial y municipal.
- Ley general de desamortización de 1 de mayo de 1855.
- Ley 110/1963, de 20 de junio, de Represión de prácticas restrictivas de la competencia.
- Ley 48/1960, de Navegación Aérea.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
- Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.
- Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.
- Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.
- Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

- Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea.
- Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales.
- Ley 5/2010, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.
- Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.
- Orden FOM/1525/2011, de 7 de junio, por la que se acuerda el inicio del ejercicio efectivo de funciones y obligaciones en materia de gestión aeroportuaria por «Aena Aeropuertos, SA.
- Real Decreto 2878/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba la estructura Orgánica del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales.
- Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el estatuto del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.
- Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de junio, de creación de determinadas entidades de derecho público.
- Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia.
- Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.
- Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
- STJUE 155/73, de 30 de abril de 1974 ( Caso Sacchi).
- STJUE C-320/91, de 19 de mayo de 1993 (Caso Corbeau).
- STJUE C-19/93 P, de 19 de Octubre de 1995 ( Caso Almelo).

- STC 26/1981, de 17 julio (RTC 1981\26).
- STC 12/1982, de 31 marzo (RTC 1982\12).
- STC 40/1989, de 16 de febrero (RTC 1989\40).
- STC 204/2002, de 31 de octubre ( RCL 2002\2700).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

## **7. ANEXO.**

Ilustración 1: Empresas estatales vendidas directamente. ....	61
Ilustración 2: Privatizaciones mediante OPV. ....	62
Ilustración 3: Estructura del grupo AENA. ....	63
Ilustración 4: Clasificación aeropuertos españoles. ....	63
Ilustración 5: Organigrama reforma del sector aéreo. ....	64
Ilustración 6: Proceso de privatización en España. ....	65

## Ilustración 1: Empresas estatales vendidas directamente.

EP estatales vendidas directamente					
Año	Empresa	sector :	Entidad pública vendedora	% venta	vendida a:..... (nacionalidad)
1985	Textil Tarazona	Textil	INI	69,6 <sup>(a)</sup>	Entrecanales/Cima (Esp)
	Secoinsa	Electrónica	"	69,1 <sup>(a)</sup>	Fujitsu (Jap)
	SKF española	Rodamientos	"	98,8	SKF (Suec.)
	Viajes Marsans	Turismo	"	100	Trapsatur (Esp)
1986	Entursa	Turismo	"	100	Ciga (Ital-Esp)
	Seat	Automóvil	"	75 +25 en 1990	Volkswagen (Aleml)
	Telesincro (Inisel)	Electrónica	"	40 +60 <sup>(b)</sup>	Bull (Fran)
1987	Purolator Ibérica	Aux. Automovil	"	97,4	Knecht Filterwerke (Aleml)
1989	Maquinista T.M.	Mat. Ferroviario	"	85 +15 en 1992	Gec-Alsthom (Fra/GB)
	Ateinsa	"	"	85 +15 " "	"
	Enfersa	Fertilizantes	"	80 +20 " 1991	Ercros (Esp/Kuwait)
	Astican	Astilleros	"	90,7	Italmar
	Oesa (Endiasa)	Aceite	"	100	Ferruzzi (Ital)
	Intelhorce	Textil	G. Patr.	100	Orecifi (Ital)
1990	Imepiel	Calzado	"	100	Cusi (Esp)
	Hytasa	Textil	"	100	Integusa (Esp)
	Salinas de Torrev	extractiva	"	38,5 <sup>(a)</sup>	Solvay (Franc)
1991	Enasa -"Pegaso"	Camiones	INI	100	Fiat-Iveco (Ital)
	G. Empr. Alvarez	Porcelanas	"	100	Pickman-Estadesa (Esp)
1992	Campa	Carburantes	INH	100	14
1993	Fab de S. Carlos	Bienes Equipo	INI	100	Grupo Narvacel (Esp)
	Carcesa	Alimentación	Tabacalera (G. Patrim.)	100 <sup>(c)</sup>	RJR Nabisco (USA)
1994	Artespaña	Artesanía	INI-Teneo	100	Medino (Esp)
	C. Trasatlántica	Transp. marít.	"	100	Nav. de Odiol/Marít Valen.
	Enagas	Gas	INH	91	Gas Natural (Esp). [51.000]
1995	Sidenor	Siderurgia	INI-AIE / ICO	100 <sup>(d)</sup>	Soc. Indust Ferr. del Norte
	Lactaria Española	Alimentación	Tabacalera (G. Patrim.)	100 <sup>(c)</sup>	Leyna/Pariat (Esp)
1996	Sagane	Gas	SEPI	91	Enagas (Esp) . [5.567]
<i>Elecciones Marzo =&gt; cambio de gobierno</i>					
	Sodical	Industrializ. region.	"	51	Junta Castilla-Leon [ ]
	Iongraf	Trat. para metales	"	100	Directivs empr. , [ ]
	Sefanitro	Fertilizantes	"	52,65	Fertiberia (Esp) , [ ]
1997	Min. de Almagrera	Minería	"	100	Navan (Irlanda) , [ ]
	Supergiclinic-plus	Material clínico	"	50	Hambros (GB) , [ ]
	Ferroprefil	Siderurgia	"	100	Directivos empr. [ ]
	Infoleasing	Arrend. financiero	"	100	Liscat(Esp). [3.100]
	Tisa	Telefonía Internac.	SEPPA	27,8 <sup>(a)</sup>	Telefónica (Esp) [127.000]
(jun)	Elcano	Naviera	SEPI	100	Varios <sup>(a)</sup>
1998	Inespal	Aluminio	SEPI	100	Alcoa (USA) ; [63.450]
	Productos Tubulares	Siderurgia	SEPI (AIE)	100	Tubos Reunidos (Esp);
	Inima	Ingeniería	SEPI	100	Lain , (Esp) ; [625]
	H. J. Barreras	Astilleros	"	100	Eq. Directivo <sup>(b)</sup> (Esp). [750]
	Suria K/Potasas del LI.	Fertilizantes	"	100	Dead Sea W. (Isr).[17.200]
1999	Initec	Ingeniería	"	100	Técnicas Reunidas, Walco y
jun	AYA	Bienes Equipo	"	100	Dragados Ind. (Esp) [5000]
"	ICSA	"	"	100	Mecaniz. Aeron. (Esp). [ ]
					" . [ ]
Jul	Astander	Astillero	"	100	Italmar (Ita) , [ ]
	Enatcar	Servic. Autobus	"	100	Alianza Bus (Esp) [26.200]
2000	Santa Bárbara	Armamento	"	100	General Dynamics (EEUU) [832]
(abr)					
2001	Babcock Wilcox Esp.	Bienes de Equipo	"	100	Babcock Sourcing (Ale) [7.487]
(jun)					
(feb)	Conversión Aluminio #	Aluminio	"	100	Alucoil (Esp) , [ ]
(sep)	Aerolíneas Argentinas	Compañía aérea	"	92,1 %	Air Comet (Esp) , [ ]
	Transmediterránea	Naviera	"	95,24 %	
2003	Musini-Riesgo industrial	Seguros	"	98,07	Mapfre [208 mill. €]
(jun)					

Fuente: Vergés a partir de informes de holdings públicos. (2010)

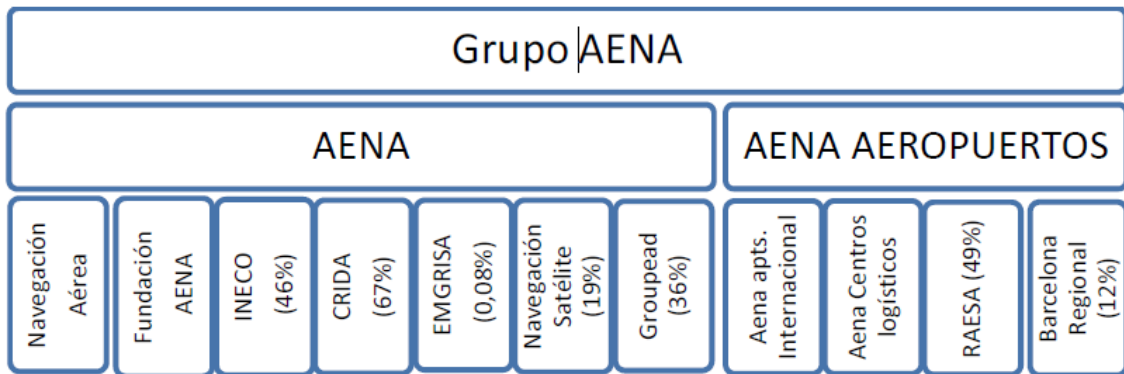
## Ilustración 2: Privatizaciones mediante OPV.

*Privatizaciones mediante venta de acciones en Bolsa (o por concurso de ofertas)*

Año	Empresa	perteneciente al holding de control :	Sector/actividad:	% vendido	Importe obtenido (en millones de pts)	% restante prop. públ
1986	ACESA	F.G.D. <sup>(a)</sup>	Autopistas	57,6	s.d.	0
	GESA	Endesa/INI	Electricidad	38,-	s.d.	55,3
1988	ENDESA (1ª)	INI	Electricidad	20,4	80.000	75,6
	ENCE	"	Papel	34,8	13.200	66,2
1989	REPSOL (1ª)	INH	Petróleo	30,6 <sup>(b)</sup>	156.229	69,4
1990	" (2ª)	"	"	2,9 <sup>(c)</sup>	31.919 - y	66,5
1992	" (2ª)	"	"	2,1 <sup>(c)</sup>	y	64,4
	" (3ª)	"	"	10 <sup>(d)</sup>	70.000	54,4
1993s	ARGENTARIA (1ª)	Gr. Patrim	Banca	24,1	119.000	
	" (2ª)	"	"	24,34	173.000	51,66
	REPSOL (4ª)	INH	Petróleo	13,9	110.000	40,5
1994	ENDESA (2ª)	INI - Teneo	Electricidad	8,7	145.000	66,9
1995	REPSOL (5ª)	SEPI-Teneo	Petróleo	19,5	200.500	21
	ENCE (2ª)	"	Papel	14,9	13.000	51,3 ←
	TELEFONICA (1ª)	Gr. Patrim.	Telecomunicaciones	10,7	158.000	21,16
	INDRA (1ª)	SEPI-Teneo	electrónica	24,9 <sup>(e)</sup>	3.000	63
1996	AUXINI (1ª)	SEPI-Teneo	Construcción	40 <sup>(f)</sup>	3.030	60
	REPSOL (6ª) (Feb)	SEPI-Teneo	Petróleo	11	132.710	10
	ARGENTARIA (3ª)	Gr. Patrim.	Banca	25,4	160.000	26,2 <sup>(g)</sup>
<i>Elecciones Marzo : =&gt; cambio de gobierno</i>						
	GAS NATURAL	SEPI	Gas	3,8	36.066	0
1997	TELEFONICA (2ª)	Gr. Patrim.	Telecomunicaciones	21,16	607.079	0
Abr	REPSOL (7ª)	SEPI	Petróleo	10	168.692	0
Jul	CSI (1ª)	AIE	Siderurgia	35 <sup>(h)</sup>	<sup>(h)</sup>	65
Jul	RETEVISION (1ª)	Mín Fomento	Telecomunicaciones	60 <sup>(i)</sup>	116.359	40
Set	ALDEASA	Aena ( " )	tiendas libres imp.	20 %	s.d.	
Oct	"	SEPPA	"	80 %	≈ 45.000	0
Oct	ENDESA (3ª)	SEPI	Electricidad	25	750.000	41,9
Nov	CSI-Aceralia (2ª)	AIE-SEPI	Siderurgia	12,2 <sup>(j)</sup>	44.692	52,8
	AUXINI	SEPI	Construcción	60	s.d.	0
Dic	CSI-Aceralia (3ª)	SEPI	Siderurgia	52,8	162.174	0
1998	ARGENTARIA (4ª)	SEPPA	Banca	28,6	325.000	0
abr	TABACALERA	SEPPA	Tabaco/aliment.	52,4	≈ 310.000	0
jun	ENDESA	SEPI	Electricidad	39	≈ 1.490.000	2,9
jul	COMEE	"	Cia Op Merc Elec Esp	100		0
1999						
mar/ab	INDRA	"	Electrónica	63	92.500	0
jul	Red Eléctrica de E.	"	Red alta tensión	31,5	≈ 80.000	28,51 ←
	Retevisión (2ª)	Mín Fomento	Telecomunicaciones	30 <sup>(k)</sup>	123.300	10,- ←
dic	Iberia	SEPI	Líneas aéreas	40 <sup>(l)</sup>	≈ 174.000	53,9
2001	" (2ª) (Abr)	"	"	48,1	97.431	5,81 ←
Jul	ENCE	"	Pasta de celulosa	51,3	229.87 M€ <sup>(m)</sup>	0

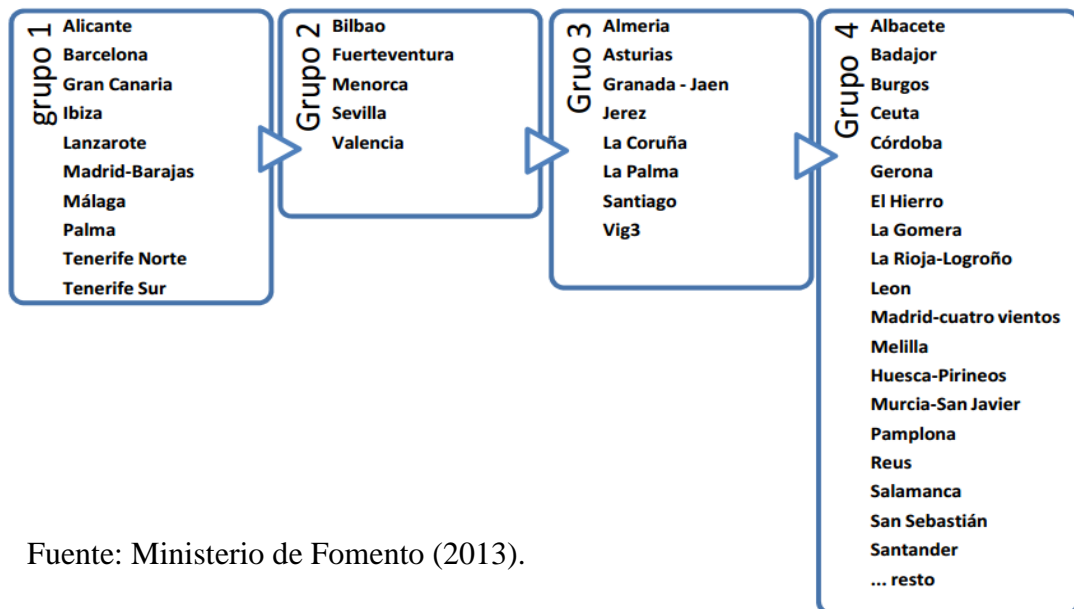
Fuente: Vergés a partir de informes de holdings públicos. (2010)

**Ilustración 3: Estructura del grupo AENA.**



Fuente: AENA (2012).

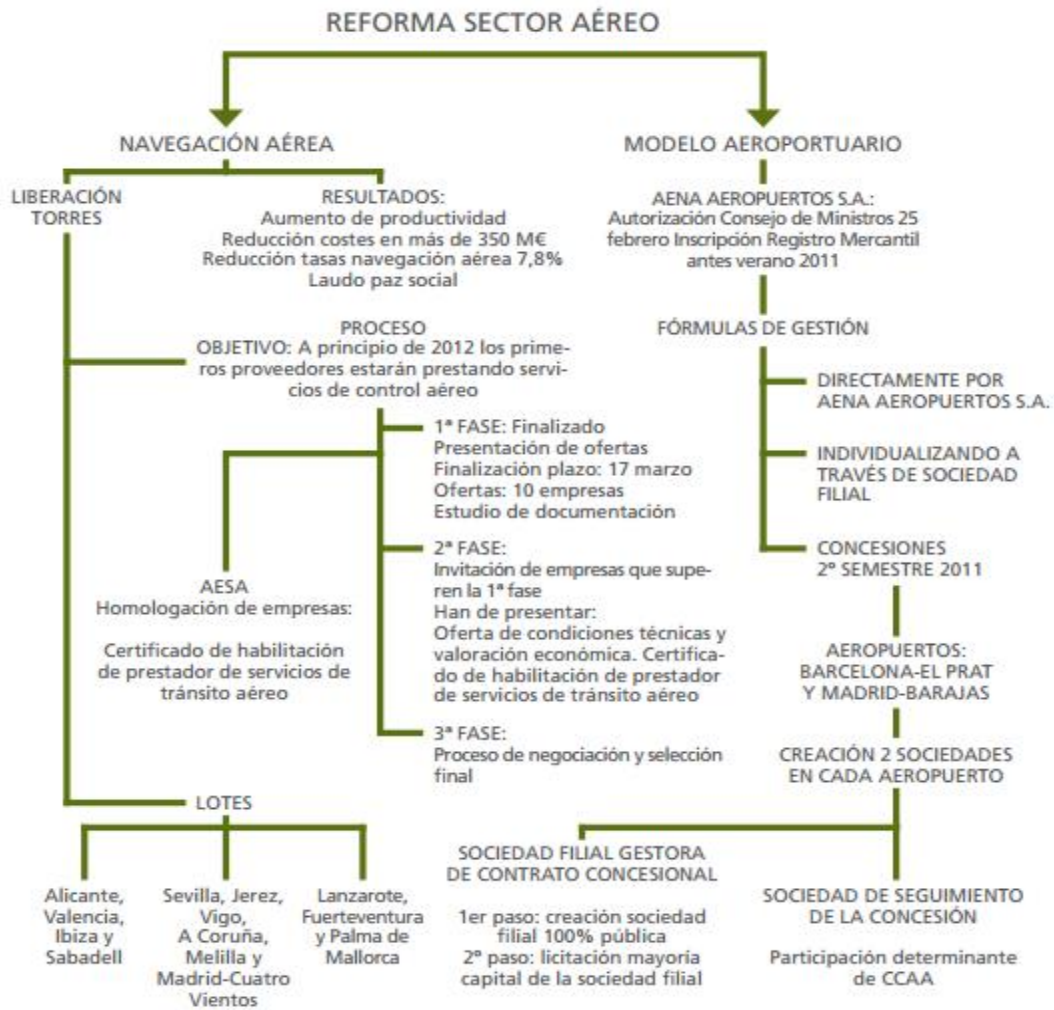
**Ilustración 4: Clasificación aeropuertos españoles.**



Fuente: Ministerio de Fomento (2013).

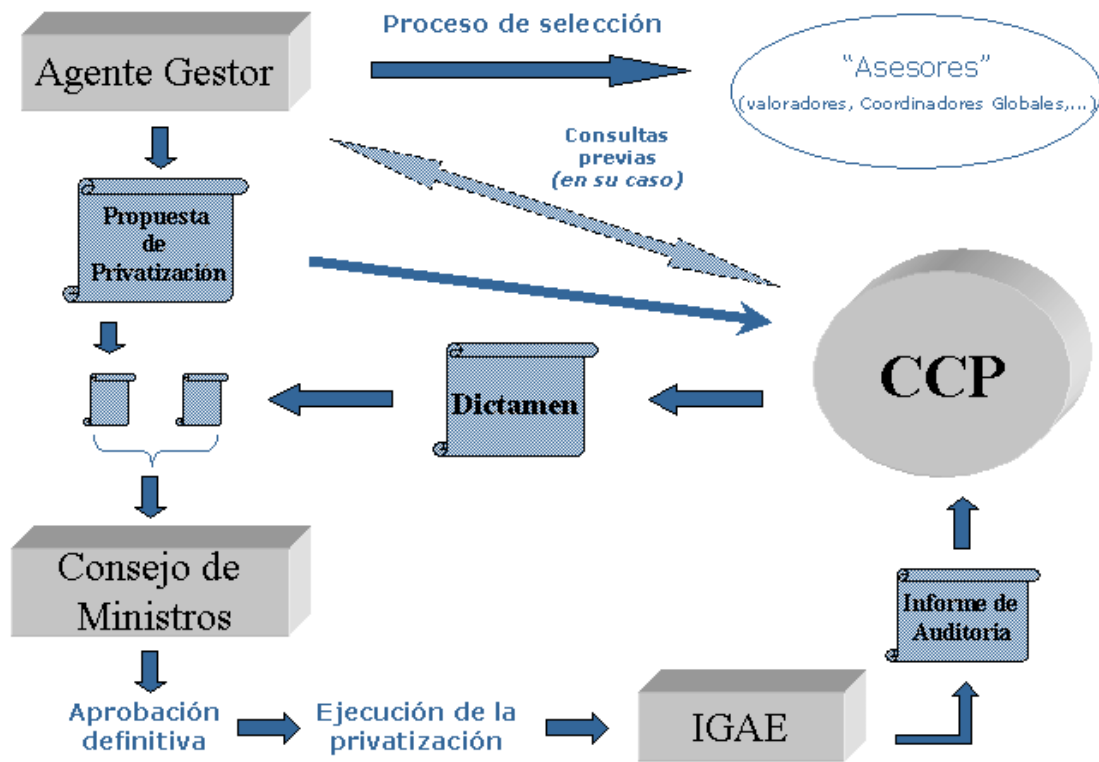


**Ilustración 5: Organigrama reforma del sector aéreo.**



Fuente: Ministerio de Fomento (2012).

**Ilustración 6: Proceso de privatización en España.**



Fuente: Consejo Consultivo de privatizaciones (2014).