

# **TESIS DOCTORAL**

**AÑO 2021**



## **LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO TÍTULO DE INTERVENCIÓN SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE ALTERNATIVO AL DOMINIO PÚBLICO**

**GERARD BLANCHAR ROCA**

**DIRECTOR DE LA TESIS: PROF. DR. JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

Tesis doctoral que presenta el Licenciado Gerard Blanchar Roca para la obtención del título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNED, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. Juan José Montero Pascual.

Quiero agradecer de manera muy especial la ayuda que durante todos estos años me ha brindado M. Teresa Massas Cladellas (Biblioteca del *Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña*) en la búsqueda incansable de materiales para la elaboración de esta tesis doctoral.

# ÍNDICE

## ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

## CAPÍTULO I

### LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO..... 5

<b>I. La formación histórica de la institución del dominio público .....</b>	<b>7</b>
1. Los bienes públicos en el Derecho romano.....	7
1.1 La existencia de una idea de dominio público en el Derecho romano .....	7
1.2 Los bienes públicos en la <i>summa divisio rerum</i> .....	11
1.3 El régimen jurídico de los bienes públicos en el Derecho romano	16
1.4 Especial referencia al régimen jurídico de los puertos romanos ...	23
2. El proceso de subjetivación de los bienes públicos durante la Edad Media.....	24
2.1 La clasificación romana de las cosas en las Partidas .....	25
2.2 La confusión entre el patrimonio personal del rey y el patrimonio del reino .....	30
2.3 La consideración de los puertos como regalías de la Corona.....	34
3. La elaboración de la teoría del dominio público en Francia.....	37
3.1 Los bienes inalienables de la Corona como antecedente inmediato del dominio público.....	37
3.2 La transformación del dominio de la Corona en dominio público o nacional durante la Revolución Francesa .....	42
3.3 La depuración y la ampliación del concepto de dominio público en la doctrina posterior a la Revolución Francesa .....	45

4. El reflejo de la doctrina francesa del dominio público en la legislación española del siglo XIX y su uso indebido para designar algunas realidades ajenas al dominio público.....	53
5. Las notas características del dominio público en la actualidad .....	66

## **II. El proceso de configuración de las infraestructuras de transporte**

<b>como bienes de dominio público .....</b>	<b>69</b>
1. El dominio público portuario .....	70
1.1 El incremento de la intervención del Estado en los puertos entre los siglos XVI y XIX.....	71
1.1.1 El control del Estado sobre el tráfico naval en los puertos.....	74
1.1.2 La intervención del Estado en las obras y la administración de los puertos .....	76
1.2 La inclusión de los puertos en el dominio público .....	89
2. El dominio público ferroviario: de la construcción y explotación de líneas de ferrocarril por empresas privadas en régimen de concesión a la plena nacionalización de los bienes y actividades.....	92
2.1 El protagonismo de la iniciativa privada en la construcción y explotación de los ferrocarriles hasta principios del siglo XX y su reflejo en la ordenación del sector .....	94
2.1.1 Las primeras concesiones a compañías privadas para construir líneas de ferrocarril sin contar con la cobertura de ninguna regulación .....	94
2.1.2 El régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias construidas en régimen de concesión según la regulación decimonónica del sector ferroviario .....	99
2.2 El incremento de la intervención del Estado en el sector ferroviario durante la Dictadura de Primo de Rivera y las primeras nacionalizaciones .....	114
2.3 La nacionalización de los ferrocarriles de vía ancha y la adquisición de la plena propiedad de las infraestructuras ferroviarias por el Estado .....	121
3. El dominio público aeroportuario: el proceso de su demanialización	130

3.1 Breve referencia a los orígenes y evolución del fenómeno aeronáutico en España .....	132
3.1.1 El protagonismo de la iniciativa privada en las primeras líneas aéreas implantadas en España.....	132
3.1.2 La planificación del transporte aéreo y el monopolio de CLASSA.....	136
3.1.3 La nacionalización del transporte aéreo y el monopolio de IBERIA .....	138
3.1.4 Los primeros pasos hacia la ruptura del monopolio de IBERIA: la aparición de AVIACO y la aprobación de la Ley de Navegación Aérea de 1960 .....	140
3.1.5 La plena liberalización del transporte aéreo.....	143
3.2 El carácter demanial de los bienes aeroportuarios .....	144

<b>III. El dominio público como título de intervención sobre las infraestructuras de transporte .....</b>	<b>157</b>
1. La intervención sobre bienes y actividades .....	157
2. La intervención de la Administración sobre los usos y actividades admitidos en las zonas de servicio de las infraestructuras de transporte .....	159
2.1 La determinación y distribución de los usos y actividades admitidos en las zonas de servicio de las infraestructuras de transporte.....	160
2.2 El otorgamiento de los títulos que permiten el uso de las infraestructuras de transporte y el desarrollo de actividades .....	164
3. El nuevo marco de intervención de la Administración: la determinación de la capacidad de las infraestructuras de transporte y su reparto entre los operadores privados de transporte .....	167

## **CAPÍTULO II**

<b>UN NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE BASADO EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA.....</b>	<b>171</b>
--	------------

<b>I. La regulación económica como título de intervención .....</b>	<b>171</b>
---	------------

1. Orígenes y evolución de la regulación económica .....	171
2. La liberalización de servicios públicos y la posterior sujeción a regulación de las actividades económicas de interés general .....	179
3. La actividad administrativa de regulación económica.....	190
4. Técnicas y potestades de regulación económica .....	199
5. La regulación del derecho de acceso a las infraestructuras esenciales para la competencia .....	203
6. Las Administraciones independientes .....	206
<b>II. El difícil encaje de las actividades de transporte liberalizadas con las infraestructuras de dominio público.....</b>	<b>211</b>
1. Planteamiento de la cuestión.....	211
2. Características de las infraestructuras de transporte en un entorno de libre competencia .....	218
2.1 La consideración de las infraestructuras de transporte como bienes esenciales para la competencia .....	218
2.2 La concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan actividades económicas .....	222
2.2.1 Los conceptos de empresa y actividad económica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	224
2.2.2 La inclusión de las infraestructuras de transporte en el concepto de empresa .....	226
2.2.3 Las infraestructuras de transporte como empresas que buscan una rentabilidad económica a través de la explotación de los bienes y la prestación de servicios.....	236
3. La despublificación de las infraestructuras de transporte y su sujeción a regulación económica.....	238
3.1 La privatización de AENA.....	238
3.2 Despublificación de las infraestructuras de transporte y satisfacción del interés general.....	249
3.3 El estatuto jurídico de las infraestructuras de transporte despublificadas .....	257
3.3.1 Obligaciones de servicio público .....	257

3.3.2 La vinculación de las infraestructuras despublificadas a las actividades de transporte .....	259
3.3.3 Ampliación y mantenimiento de las infraestructuras de transporte despublificadas .....	262
3.3.4 Otras obligaciones de servicio público sobre las infraestructuras de transporte despublificadas .....	269
4. La alternativa de mantener las infraestructuras de transporte dentro del dominio público con sujeción a un régimen jurídico especial .....	272

<b>III. La regulación del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte .....</b>	<b>276</b>
1. Acceso al mercado y acceso a las infraestructuras .....	276
2. El acceso a las infraestructuras de transporte bajo los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y a precio razonable como garantía de la libre competencia.....	279
3. La determinación y adjudicación de capacidad de infraestructura ...	284
3.1 Introducción.....	284
3.2 El acceso a las infraestructuras portuarias.....	286
3.2.1 Planteamiento .....	286
3.2.2 Procedimiento para el atraque de buques .....	289
3.2.3 El acceso a los servicios como parte integrante del acceso a las infraestructuras portuarias .....	294
3.3 El acceso a las infraestructuras ferroviarias .....	297
3.3.1 Evolución del marco normativo .....	298
3.3.2 Aspectos subjetivos y objetivos del derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias.....	304
3.3.3 La determinación de la capacidad de infraestructura ferroviaria disponible: la <i>Declaración sobre la red</i> .....	315
3.3.4 El procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria .....	318
1) El procedimiento ordinario de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria: la configuración del horario de servicio .....	321



2) Mecanismos de coordinación frente a solicitudes incompatibles de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria .....	324
3) Mecanismos de adjudicación de franjas horarias en infraestructuras ferroviarias congestionadas .....	326
4) Solicitudes específicas de franjas horarias sobrantes .....	328
5) Reajuste y reasignación de la capacidad ferroviaria adjudicada .....	328
3.3.5 Los criterios de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria .....	329
3.3.6 Mecanismos de control del uso efectivo de la capacidad de infraestructura ferroviaria adjudicada .....	337
3.3.7 La prohibición de comercialización de los derechos de acceso a las infraestructuras ferroviarias .....	338
3.3.8 Breve referencia al acceso a las instalaciones de servicios: la <i>Descripción de instalación de servicio</i> .....	340
3.4 El acceso a las infraestructuras aeroportuarias .....	346
3.4.1 El marco normativo .....	346
3.4.2 La separación de las funciones de gestión de la infraestructura aeroportuaria y de reparto de las franjas horarias: AENA SA y AECFA .....	349
1) El gestor de los aeropuertos: la sociedad mercantil estatal AENA SA .....	352
2) El coordinador y el facilitador de horarios: la Asociación Española para la Coordinación y Facilitación de Franjas Horarias (AECFA) .....	355
3.4.3 La determinación de la capacidad de infraestructura aeroportuaria disponible .....	362
3.4.4 El procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura en los distintos aeropuertos .....	366
3.4.5 Los criterios de adjudicación de capacidad de infraestructura aeroportuaria .....	373
1) Criterios de prioridad para definir los ajustes de programación en aeropuertos con horarios facilitados (nivel 2) .....	374

2) Criterios de prioridad para asignar slots en aeropuertos coordinados (nivel 3) .....	375
3.4.6 Mecanismos de control del uso efectivo de las franjas horarias aeroportuarias adjudicadas.....	380
3.4.7 Movilidad de las franjas horarias aeroportuarias.....	384
3.4.8 El acceso a los servicios aeroportuarios como parte integrante del acceso a las infraestructuras aeroportuarias.....	386

<b>IV. A modo de conclusión: la regulación económica de las infraestructuras de transporte como alternativa al dominio público</b>	<b>392</b>
--	------------

### **CAPÍTULO III**

<b>LA INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS EN UN ENTORNO DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS DE TRANSPORTE LIBERALIZADOS Y ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS .....</b>	<b>399</b>
---	------------

<b>I. Introducción .....</b>	<b>399</b>
------------------------------	------------

<b>II. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas y su incidencia en el régimen retributivo por el uso de las infraestructuras de transporte .....</b>	<b>400</b>
1. La Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 y la doctrina sobre prestaciones patrimoniales públicas sentada por la STC 185/1995 .....	400
2. La especial incidencia de la STC 185/1995 en el sector portuario ...	413
3. Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la reserva relativa de ley .....	418

<b>III. El sistema de ingresos portuarios, ferroviarios y aeroportuarios vigente en España por el uso de las infraestructuras de transporte</b>	<b>423</b>
1. Los ingresos del gestor portuario .....	425
1.1 Antecedentes .....	425
1.2 El régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas portuarias.....	442

1.2.1 Tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público .....	447
1.2.2 Tasas por la prestación de servicios .....	451
1.2.3 Regulación de las tarifas por la prestación de servicios portuarias .....	452
1.2.4 Precios privados por la prestación de servicios comerciales	455
2. Los ingresos del gestor ferroviario.....	457
2.1 Antecedentes .....	457
2.2 El régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas ferroviarias .....	464
2.2.1 Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público .....	466
2.2.2 Canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias ..	467
2.2.3 Precios privados por la prestación de servicios básicos, complementarios y auxiliares.....	472
2.2.4 Especial referencia a las potestades de la CNMC sobre los cánones ferroviarios.....	474
3. Los ingresos del gestor aeroportuario .....	478
3.1 Antecedentes .....	479
3.2 El régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas aeroportuarias	481
3.2.1 Las prestaciones patrimoniales públicas y los precios privados previstos en la Ley de Seguridad Aérea .....	482
3.2.2 El procedimiento de consulta y control para la actualización y modificación de las tarifas aeroportuarias previsto originariamente en la Ley de Seguridad Aérea.....	491
3.2.3 El procedimiento de consulta y control para la actualización de las tarifas aeroportuarias tras la creación de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.....	499
3.2.4 El marco jurídico para la revisión de las tarifas aeroportuarias previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, con especial referencia al <i>Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)</i> .....	503

**IV. Alternativas al modelo de prestaciones patrimoniales públicas tributarias por el acceso a las infraestructuras de transporte: precios**

<b>privados regulados y prestaciones patrimoniales públicas no tributarias</b> .....	523
1. El precio a pagar por el acceso a las infraestructuras en otros sectores liberalizados: energía eléctrica, hidrocarburos y telecomunicaciones ..	524
2. La opción del Derecho de la Unión Europea por un modelo de precios regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte .....	532
2.1 El modelo de tasas aeroportuarias previsto en la Directiva 2009/12/CE .....	532
2.1.1 La regulación de las tasas aeroportuarias como garantía frente a la posición dominante del gestor aeroportuario .....	532
2.1.2 Principios comunitarios que rigen la fijación de las tasas aeroportuarias.....	535
2.1.3 El procedimiento de consulta para la fijación de las tasas aeroportuarias y el control posterior a través de una autoridad independiente .....	537
2.2 La regulación de los cánones por el acceso a las infraestructuras ferroviarias prevista en Directiva 2012/34/UE .....	543
2.2.1 Principios aplicables a la fijación de los cánones ferroviarios	543
2.2.2 Independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias .....	545
2.3 El modelo de tasas y tarifas portuarias previsto en el Reglamento (UE) 2017/352.....	548
2.3.1 El contenido del Reglamento (UE) 2017/352 .....	548
2.3.2 El procedimiento transparente de consulta con los usuarios del puerto y el control posterior a través de una autoridad independiente .....	555
3. El dominio público como obstáculo para establecer un modelo alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas.....	560
4. La alternativa de un modelo de precios privados regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte .....	570
4.1 Justificación de la intervención pública en la fijación de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte.....	570
4.2 El conflicto entre el modelo de prestaciones patrimoniales públicas y el Derecho de la Unión Europea .....	579

4.3 Características del modelo de precios privados regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte.....	581
4.4 Principios y contenido del marco regulador de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte.....	586
5. La alternativa de un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.....	594
5.1 El concepto de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	594
5.2 Las prestaciones patrimoniales públicas tras la Ley de Contratos del Sector Público .....	596
5.3 La libertad del legislador para crear nuevas prestaciones patrimoniales públicas no tributarias .....	599
5.4 El margen del administrador de infraestructuras de transporte para fijar las cuantías de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias .....	604
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>606</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>641</b>

## ABREVIATURAS

AECFA	Asociación Española para la Coordinación y Facilitación de Franjas Horarias
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
AVIACO	Aviación y Comercio
BOE	Boletín Oficial del Estado
CACI	Conferencia Internacional de Aviación Civil de Chicago
CANA	Compañía Auxiliar de Navegación Aérea
CLASSA	Compañía de Líneas Aéreas Subvencionadas SA
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CREA	Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FEVE	Estatuto de los Ferrocarriles de Vía Estrecha
IATA	International Air Transport Association
INI	Instituto Nacional de Industria
LAPE	Líneas Aéreas Postales Españolas
LPEMM	Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 5 de septiembre de 2011
RAP	Revista de Administración Pública
RFIG	Red Ferroviaria de Interés General
RDT	Revista de Derecho del Transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDETI	Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red
RENFE	Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles
SAETA	Sociedad Anónima Española de Transporte Aéreo
SIEG	Servicios de interés económico general
TAE	Tráfico Aéreo Español

## INTRODUCCIÓN

El dominio público, que hunde sus raíces en las *res publicae* del Derecho romano, se configuró originariamente como una institución cuya finalidad era garantizar el uso público o común de determinados bienes. Con posterioridad, esta concepción original del dominio público se amplió al incluir también a aquellos bienes vinculados a la prestación de un servicio público o incluso al fomento de la riqueza nacional.

Los bienes de dominio público se caracterizan por estar excluidos del tráfico jurídico-privado y con este propósito se rigen por un régimen jurídico exorbitante que incluye las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad y un especial régimen de protección.

La irrupción en España de la figura del dominio público a mediados del siglo XIX dotó al Estado de un título de intervención no sólo sobre los bienes publicados, sino también sobre las actividades que se desarrollaban sobre los mismos, y ello fue crucial al coincidir en ese mismo momento con el gran desarrollo de las infraestructuras de transporte en nuestro país.

Históricamente, las infraestructuras de transporte se han configurado como bienes de dominio público, lo cual ha permitido al Estado intervenir en el uso y aprovechamiento de los bienes, así como en las actividades de transporte de mercancías y personas y en la prestación de servicios.

No obstante, cabe plantearse si este modelo de infraestructuras de transporte de dominio público por su afectación a un servicio público debe mantenerse a partir del momento en que, desde finales del siglo XX, se inició un proceso de liberalización de las actividades de transporte y de prestación de servicios y se dio paso a un régimen de libre competencia. Al haberse liberalizado las actividades de transporte y los servicios que se prestan a operadores de transporte y demás usuarios, desaparece la causa que permitía calificar estos bienes como dominio público por su afectación a un servicio público. En la sistemática del Código Civil son bienes de dominio público aquéllos que sirven

a la prestación de un servicio público, por lo que al desaparecer el monopolio del Estado en la prestación de servicios públicos de transporte y en la prestación de servicios, desaparece también el motivo por el que las infraestructuras de transporte que sirven de soporte a estas actividades deben continuar siendo consideradas como bienes de dominio público. Por otro lado, las actividades liberalizadas ya son objeto de intervención pública mediante otro título, como es el de regulación económica, por lo que no está justificado el mantenimiento de las infraestructuras de transporte en el dominio público con el único propósito de intervenir en estas actividades.

Las infraestructuras de transporte, por otro lado, se conciben hoy en día como empresas que realizan una actividad económica consistente en la oferta de instalaciones y servicios a los operadores de transporte y a los viajeros, y frente a esta nueva concepción no sirve el dominio público. Concebir las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público, caracterizados por su extracomercialidad, y al mismo tiempo pretender que actúen como empresas, es claramente contradictorio. Por ello, sin perjuicio de garantizar la integridad y la vinculación permanente de las infraestructuras de transporte a las actividades para las que fueron construidas, el foco hay que ponerlo en la actualidad en esa condición de empresas que realizan una actividad económica con la que buscan una rentabilidad.

A todo lo anterior debe añadirse que las infraestructuras de transporte, como bienes susceptibles de rentabilidad económica, pueden ser construidos, financiados y explotados por el sector privado, total o parcialmente, como ocurre con las infraestructuras en otros sectores liberalizados, frente a lo cual el dominio público es más bien un obstáculo.

Ante este cambio de paradigma, debe repensarse cuál debe ser el régimen jurídico de las infraestructuras de transporte, y esto es precisamente la cuestión fundamental que trata de abordar la presente tesis doctoral.

La tesis, pues, no se refiere a las actividades liberalizadas que en su día fueron servicios públicos o empresas públicas, y que tras la liberalización se han



sujetado a regulación económica para garantizar el interés general presente en estas actividades. La tesis, por el contrario, se centra exclusivamente en los bienes que sirven de soporte a estas actividades y en el título de intervención pública sobre los mismos.

El mantenimiento de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público con el único pretexto de intervenir sobre las actividades liberalizadas que sobre ellas se desarrollan o con el fin de garantizar la vinculación permanente de estos bienes a dichas actividades no parece ser la mejor solución, porque, por un lado, aleja la posibilidad de atraer capitales privados que quieran invertir en unas infraestructuras que son económicamente rentables –cuestión especialmente importante en una época de exceso de déficit público y de limitaciones presupuestarias–, y por el otro, sujeta la explotación económica de estos bienes a un régimen jurídico-público que no se ajusta a la nueva realidad de las infraestructuras de transporte.

Frente al modelo vigente, la tesis doctoral plantea la posibilidad de que las infraestructuras de transporte se sujeten a un nuevo título de intervención como es el de regulación económica, en substitución del dominio público. El cumplimiento de los fines de interés general inherentes a las infraestructuras de transporte no exige que la intervención del Estado sobre las mismas se vehicule a través del dominio público, con las consecuencias perturbadoras que ello produce en el tráfico jurídico y económico de unos bienes que son susceptibles producir una rentabilidad económica. Es perfectamente posible que esta intervención se vehicule a través de la regulación económica, título más acorde con un entorno de actividades liberalizadas y con la actual concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica.

La clave de este nuevo modelo de intervención pública sobre las infraestructuras de transporte está en la garantía de dos aspectos fundamentales: por un lado, debe garantizarse el acceso a las infraestructuras de transporte a todos aquellos operadores privados que quieran prestar actividades de transporte o actividades de servicio, que debe hacerse con

critérios objetivos, transparentes, no discriminatorios y a un precio razonable y con intervención posterior de una autoridad independiente para la solución de conflictos; y por el otro, debe garantizarse el destino de las infraestructuras de transporte a la finalidad para la que fueron construidas, con independencia de quien sea su titular.

La tesis, por otro lado, también analiza la posibilidad de mantener el carácter demanial de las infraestructuras de transporte, pero con sujeción a un régimen jurídico especial que facilite su explotación económica. Se trataría de limitar el actual régimen jurídico exorbitante del dominio público, aún a riesgo de desnaturalizar esta figura histórica, con el fin de garantizar la afectación de los bienes a las actividades relacionadas con el transporte y al mismo tiempo permitir su explotación económica con cierto margen de independencia para el gestor o administrador de cada infraestructura.

Por otro lado, cabe cuestionarse también el actual modelo de prestaciones patrimoniales de carácter público que se pagan por el acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte. Frente a este modelo, debe plantearse la posibilidad de sustituirlo por otro de precios privados regulados, o incluso la posibilidad de generalizar el modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias vigente sólo en el sector aeroportuario a los sectores portuario y ferroviario, en los que rige un modelo de prestaciones patrimoniales públicas tributarias.

## **CAPÍTULO I**

### **LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO**

El Derecho romano consideró que la mejor manera de garantizar el uso común de determinados bienes como los puertos o los caminos era sustraerlos del tráfico jurídico-privado, y para ello los caracterizó como bienes inalienables e imprescriptibles. Al atribuirles estas características, no sólo se aseguraba la protección de estos bienes, sino también se garantizaba su destino a un uso público por parte de todos.

Así pues, la idea original de los bienes públicos en el Derecho romano era la de garantizar su uso o destino público, y esta fue también la idea que inspiró el dominio público cuando fue teorizada en Francia desde principios del siglo XIX.

Poco a poco se fue introduciendo en España la figura del dominio público elaborada en Francia, pero al mismo tiempo su concepto se fue ampliando, hasta el punto de incluir no sólo los bienes que desde el Derecho romano estaban destinados al uso de todos, sino también los bienes afectados a un servicio público o incluso al fomento de la riqueza nacional. Y esta introducción de la figura del dominio público coincidió precisamente con el momento en que el Estado necesitaba dotarse de títulos de intervención sobre unas infraestructuras y unas actividades de transporte en las que cada vez quería tener más protagonismo.

Tras la liberalización de las actividades de transporte que se inició a finales del pasado siglo XX, surge la duda de si la configuración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público, que es el título que legitima la intervención del Estado sobre estos bienes, debe mantenerse como tal, debe adaptarse a las actuales características de estos bienes o debe ser substituida por un nuevo título de intervención más dinámico, como sería el sistema de regulación económica característico de los países de tradición angloamericana.

Algunos autores como Ariño Ortiz<sup>1</sup>, De la Serna Bilbao<sup>2</sup>, Moreu Carbonell<sup>3</sup>, González-Varas Ibáñez<sup>4</sup> o Jiménez de Cisneros Cid<sup>5</sup> van precisamente en esta línea de cuestionar el mantenimiento de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público, aunque otros autores como Caballero Sánchez<sup>6</sup> o González Sanfiel<sup>7</sup> cuestionan este planteamiento despublificador de los bienes. Lo que sí parece fuera de toda duda, como apunta González García<sup>8</sup>, es que no se puede justificar el mantenimiento del título de intervención del dominio público con el único propósito de intervenir sobre las actividades de transporte que utilizan las infraestructuras, pues en la actualidad el Estado dispone de otros títulos, especialmente el de regulación económica, para garantizarse una intervención sobre las actividades de interés general.

Pero antes de analizar una posible intervención sobre las infraestructuras de transporte desde la perspectiva de la regulación económica, que es el objeto principal de la presente tesis doctoral, o incluso un posible régimen jurídico de dominio público especial para las infraestructuras de transporte, se impone un análisis sobre la configuración histórica y las notas características de estas infraestructuras como bienes de dominio público. Según se verá, sólo los puertos obedecían a la idea original del dominio público como bienes que debía

---

<sup>1</sup> Ariño Ortiz, G. y Villar Ezcurra, J.L., “Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio”, en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, 2000.

<sup>2</sup> De la Serna Bilbao, M.N., “La desafectación del dominio público aeroportuario”, en Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (directores), *Derecho de los bienes públicos*, volumen II, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

<sup>3</sup> Moreu Carbonell, E., “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público”, en RAP, nº 161, mayo-agosto de 2003.

<sup>4</sup> González-Varas Ibáñez, S., “Privatización de las infraestructuras”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-diciembre de 2001.

<sup>5</sup> Jiménez de Cisneros Cid, F.J., “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público”, en VV.AA, *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 55. Publicado también en Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, y en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, 1999.

<sup>6</sup> Caballero Sánchez, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.

<sup>7</sup> González Sanfiel, A.M., “Competencia en las infraestructuras y nuevo régimen para las de dominio público”, en VV.AA, *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001. La primera parte del artículo fue publicada en REDETI, nº 4, 1999 y la segunda parte en González Sanfiel, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.

<sup>8</sup> González García, J.V., “Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas”, en González García, J.V. (director), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2009, pp. 109-145.

garantizarse su destino a un uso público y común de todos los ciudadanos, que es una idea originaria del Derecho romano, con el fin de procurar un lugar de refugio para las naves y para facilitar el comercio. Por el contrario, las infraestructuras ferroviarias y aeroportuarias (y también los puertos cuando el Estado asumió la prestación de determinados servicios) encajan mejor en la idea de bienes de dominio público por su vinculación a la prestación de servicios públicos, forjada durante el siglo XIX por la doctrina francesa cuando teorizó sobre la figura del dominio público.

## **I. La formación histórica de la institución del dominio público**

### **1. Los bienes públicos en el Derecho romano**

En el Derecho romano estaba latente la idea del dominio público, aunque sin usar esta denominación, al configurarse el régimen jurídico de los bienes destinadas al uso público, entre los que se hallaban los puertos y los caminos.

Se trataba de unos bienes que se caracterizaban por las notas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad con el fin de garantizar su exclusión del tráfico jurídico-privado y su destino al uso público. El Derecho romano, en definitiva, actuaba como un medio de protección de los bienes que se consideraba que debían ser públicos.

#### **1.1 La existencia de una idea de dominio público en el Derecho romano**

El Derecho ha procurado dotarse a lo largo de la historia de distintos mecanismos para garantizar el uso público de determinados bienes, como es el caso de las infraestructuras que sirven de soporte al transporte de personas y mercancías.

En España las infraestructuras de transporte, como son los puertos, los ferrocarriles y los aeropuertos, se han configurado históricamente como bienes

de dominio público, siguiendo la inercia de aquellos bienes que en el Derecho romano se configuraron como bienes de uso público. La institución del dominio público fue en puridad elaborada durante el siglo XIX en paralelo al desarrollo de las infraestructuras de transporte, pero sus raíces hay que buscarlas en los bienes públicos que ya existieron en el Derecho romano.

En este sentido, suele afirmarse por la doctrina mayoritaria que el Derecho administrativo moderno surgió en el siglo XIX a raíz de la Revolución Francesa, pero como apunta Castán Pérez-Gómez<sup>9</sup>, en Roma ya existió un Derecho administrativo diferente del Derecho privado, cuyas instituciones, características o particularidades presentan algunas similitudes con las actuales. Según pone de manifiesto este autor<sup>10</sup>, la influencia del Derecho romano en la construcción del Derecho administrativo moderno es aceptada por números administrativistas, como son García de Enterría, Villar Palasí, Gallego Anabitarte, Parada Vázquez o Parejo Alfonso. Así, García de Enterría<sup>11</sup> llegó a afirmar que *“la Historia prueba no sólo la existencia permanente de un Derecho administrativo, sino también la continuidad de buena parte de sus técnicas”*.

Y es que, citando a Fernández de Buján<sup>12</sup>, no puede pasarse por alto que el Derecho romano estuvo vigente durante catorce siglos en buena parte del territorio europeo, configurándose a partir del siglo VI como el tronco fundamental sobre el que se asentó el derecho de las nuevas naciones europeas que se crearon sobre la base de las antiguas provincias romanas e institucionalizándose a partir del siglo XII como *ius commune* europeo.

Cierto es, según dicho autor<sup>13</sup>, que en Roma no existió una ciencia del Derecho administrativo, ya que la normativa propia de esta materia no fue objeto de teorización por parte de los juristas romanos. En su opinión, *“no parece*

---

<sup>9</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 23.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>11</sup> García de Enterría, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, 4ª ed., Cizur Menor, 2007, p. 28.

<sup>12</sup> Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, Civitas Thomson Reuters, 14ª ed., Cizur Menor, 2011, pp. 31-32.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 246.

*razonable cuestionar que el derecho administrativo moderno en sentido técnico, y la ciencia del derecho administrativo, generada a raíz de su existencia, hayan surgido a partir del siglo XIX”, pero al mismo tiempo concluye que no se puede negar que “hay continuidad histórica en la regulación y en la formulación de los principios informadores de numerosas instituciones administrativas propias del derecho romano y del derecho actual”.*

Entre estas instituciones concretas que han recibido la influencia histórica del Derecho romano está sin duda la noción de dominio público, la distinción entre cosas públicas de uso público y cosas públicas de patrimonio del Estado –que se corresponden con la actual distinción entre bienes demaniales y bienes patrimoniales del Estado–, la regulación de las cosas comunes, la *publicatio* como acto por el que una cosa quedaba afectada al uso público y los interdictos destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares públicos.

Así pues, como acertadamente expone Castán Pérez-Gómez<sup>14</sup>, aunque la teorización del dominio público tuvo lugar durante el siglo XIX, el punto de partida de su estudio debe situarse en el Derecho romano, dado que en esa etapa ya se conoció la idea –que no el nombre– del dominio público, postura que también es defendida por otros autores como Parejo Alfonso, Morillo-Valverde Pérez, Gallego Anabitarte, Menéndez Rexach, Díaz Lema, Fuentes Bodelón, Clavero Arévalo o Climent Barberá. Si por dominio público debe entenderse, en palabras de Castán Pérez-Gómez<sup>15</sup>, el *“conjunto de bienes sobre los que la Administración ejerce una especial potestad en base al destino público que tales bienes cumplen”*, debe admitirse que el concepto de dominio público ya estaba presente en el Derecho romano, dado que éste se ocupaba de los bienes de uso público o común, aunque no con esta denominación.

Dando un paso más, se puede precisar que el estudio de los bienes de dominio público debe partir de una de las concretas categorías de bienes que conoció el

---

<sup>14</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *“De la romana institución de la publicatio a la actual noción de afectación”*, en REDA, nº 96, octubre-noviembre de 1997, p. 529-530.

<sup>15</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 48.

Derecho romano dentro de la división de las cosas que realizaron Gayo y Justiniano, en concreto, las *res extra commercium*. Así lo apunta, entre otros, Castán Pérez-Gómez<sup>16</sup>, para quien “*la moderna categoría de los bienes de dominio público, como grupo de cosas especiales sobre las que no se puede adquirir la propiedad o la posesión, ni pueden ser objeto de negocios jurídicos entre los particulares, es heredera de la clasificación romana de las res extra commercium*”.

En el mismo sentido se pronuncia Gallego Anabitarte<sup>17</sup>, según el cual, “*el fundamento jurídico teórico de esta materia se encuentra en los textos correspondientes de las Instituta de Justiniano y en el Digesto y muy en concreto en la división entre cosas comunes: el aire, el agua corriente, el mar y sus riberas, frente a determinados bienes que el Derecho romano calificó específicamente de públicos, como son los ríos y los puertos, las vías públicas y los caminos públicos*”.

Es más, como seguidamente se verá, el antecedente en el Derecho romano de los bienes de dominio público hay que buscarlo de forma más precisa en algunas de las categorías de *res extra commercium*, como son las *res publicae in publico usu*, las *res communes omnium* e incluso las *res universitatis*.

Cierto es que el Derecho romano, como se apuntaba, no conoció la expresión “*dominio público*”, que apareció en Francia durante el período revolucionario<sup>18</sup>. En palabras de Fernández de Buján<sup>19</sup>, la idea de dominio público se configuró en torno a las *res publicae in publico uso*, si bien la elaboración conceptual y dogmática de dicha idea se inició en la Edad Media<sup>20</sup> y se desarrolló en el

---

<sup>16</sup> Castán Pérez-Gómez, S., “*De la romana institución de la publicatio a la actual noción de afectación*”, *op. cit.*, pp. 527-528.

<sup>17</sup> Gallego Anabitarte, A., Menéndez Rexach, A. y Díaz Lema, J.M., *El derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, p. 99.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>19</sup> Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, *op. cit.*, pp. 261-262. Dice este autor que “*la historia nos muestra que es la idea de dominio público la que fue conocida y regulada en Derecho Romano, como romanos son, por separado, los términos dominium y publicum, si bien hay que esperar la Revolución Francesa para que dicha idea se plasme en la expresión dominio público*”.

<sup>20</sup> El término *dominio* deriva de *dominium* o de *domus* del emperador, y fue en el Derecho consuetudinario francés donde *domaine* sustituyó a los clásicos *res publicae* y *res comunes*.



Derecho consuetudinario francés, consagrándose la expresión “*dominio público*” durante la Revolución Francesa y en el Código de Napoleón, de donde pasó luego a nuestro Código Civil y a la legislación europea en general.

Pero si bien es cierto que el Derecho romano no usó la expresión “*dominio público*”, también lo es que las *res extra commercium*, y muy particularmente las *res publicae in publico usu*, las *res communes omnium* y las *res universitatis* reunieron las principales notas características de los bienes de dominio público, como son su inalienabilidad e imprescriptibilidad y fueron objeto de un especial régimen de protección interdictal con el fin de garantizar su exclusión del tráfico jurídico-privado y su destino al uso público.

Así pues, para garantizar el uso común de determinados bienes como los puertos o los caminos, el Derecho romano los sustrajo del tráfico jurídico-privado, caracterizándolos como bienes inalienables e imprescriptibles y asegurando mecanismos de protección de ese destino público.

Se puede afirmar, en conclusión, que aunque la teorización sobre los bienes de dominio público arranca en el siglo XIX y que el origen del término es medieval, su régimen jurídico se remonta al Derecho romano.

## **1.2 Los bienes públicos en la *summa divisio rerum***

Los bienes que en el Derecho romano constituyen el antecedente del dominio público, con las notas características de éste, aparecen en la división de las cosas que realizaron Gayo y Justiniano, según destaca Castán Pérez-Gómez<sup>21</sup>.

El jurista Gayo, en su obra *Instituciones* escrita en el siglo II d.C., dividió las cosas en *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*, también conocidas en las fuentes romanas como *res in commercio* y *res extra commercium*.

---

Véase a Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, op. cit., p. 48.

<sup>21</sup> Castán Pérez-Gómez, S., “A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano”, en *Derecho y opinión*, nº 3-4, 1995-1996, pp. 261-283.

Las *res in patrimonio* o *res in commercio* eran aquellas cosas que estaban o podían integrarse en el patrimonio de las personas y que podían ser objeto de derechos reales y de crédito. Por el contrario, las *res extra patrimonium* o *res extra commercium* eran las cosas que no estaban ni podían integrarse en el patrimonio de las personas, ni podían ser objeto de relaciones jurídico-patrimoniales. Se caracterizaban, en definitiva, por ser cosas sobre las que no se podía comerciar: no se podía adquirir su propiedad o su posesión, ni podían ser objeto de negocios jurídicos entre particulares.

Las *res extra patrimonium* o *res extra commercium* podían serlo porque así lo determinaba una norma de carácter divino o una ley humana, lo que dio lugar a la distinción entre *res divini iuris* (cosas fuera del comercio por razones divinas)<sup>22</sup> y *res humani iuris* (cosas fuera del comercio por razones humanas). Al mismo tiempo, estas *res humani iuris* se dividían en *res publicae* (cosas públicas) y *res privatae*<sup>23</sup> (cosas privadas).

---

<sup>22</sup> Las *res divini iuris* eran las cosas dedicadas o pertenecientes a los dioses. Se consideraban *nullius in bonis* porque nadie se podía apropiarse de ellas y, por consiguiente, estaban fuera del comercio de los hombres, aunque no se podían confundir con las *res nullius* ordinarias, que según Castán Pérez-Gómez (*Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, op. cit., p. 29), eran las cosas susceptibles de ocupación por cualquiera. Las *res divini iuris*, que servían al culto público o privado, se dividían en *res sacrae* (cosas sagradas), *res religiosae* (cosas religiosas) y *res sanctae* (cosas santas). Las *res sacrae* eran las cosas destinadas y consagradas al culto de los dioses superiores, como los templos, los altares o los bosques sagrados. Esta consagración se realizaba mediante un acto solemne religioso y público, denominado *consecratio* o *dedicatio*, mediante el cual la cosa quedaba destinada a la pertenencia de los dioses y fuera del comercio de los hombres. En esta *consecratio* o *dedicatio* el magistrado que representaba al *populus romanus* entregaba el bien o lugar a los representantes de los dioses, el *pontifex maximus*, con la presencia del colegio pontifical. En sus inicios esta ceremonia requería para su validez una *lex dedicationis* (ley o senadoconsulto), pero más adelante sólo se requirió la autorización imperial. La cosa consagrada lo era en principio a perpetuidad, pero nada impedía la ceremonia de la *exauguratio* o *profanatio*, por la que el lugar sagrado perdía su destino y volvía a ser un bien público (Castán Pérez-Gómez, S., “A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano”, op. cit., pp. 264-265, y Iglesias, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Ariel, 6ª ed. revisada y aumentada, Barcelona-Caracas-México, 1972, p. 227). Las *res religiosae*, por el contrario, eran las cosas destinadas o consagradas a los dioses menores, los *diis Manibus* o Manes, como las tumbas, los sepulcros, la tierra en la que descansaban los difuntos o los objetos destinados a la conservación y ornamento de un cadáver. A diferencia de las *res sacrae*, en este caso bastaba la voluntad de un sujeto privado para que una cosa fuese considerada religiosa. Y en cuanto a la última subdivisión de las *res divini iuris*, las *res sanctae*, eran las cosas bajo la protección de los dioses que se asimilaban a las cosas sagradas y religiosas, como las murallas y las puertas de las ciudades, las leyes, los representantes del pueblo romano y los embajadores de los enemigos.

<sup>23</sup> Las *res privatae* eran *res in commercio*.

Centrándonos en las *res publicae*, se trataba de cosas que pertenecían al *populus* o pueblo romano, entendiendo como tal la comunidad organizada en Estado. Como decía Ulpiano, “*publica sunt, quae populi romani sunt*”<sup>24</sup>. Se trataba, pues, de cosas que no pertenecían a nadie en particular, sino que eran de todos. Gayo las dividía entre *res publicae in publico usu* y *res publicae in pecunia populi*.

Las *res publicae in publico usu* eran las cosas fuera del comercio de los hombres que estaban destinadas a un uso público y gratuito de todos los miembros de la comunidad, como los ríos, los lagos, los puentes, las vías y caminos públicos, las plazas, los puertos, los foros, los teatros, las termas, los estadios, los acueductos, los edificios públicos, los lagos, los estanques y un largo etcétera. Estas cosas eran en puridad el antecedente de los bienes demaniales, al menos en su concepción original. En un principio, dentro de las *res publicae* se incluían también los bienes de las ciudades, pero con posterioridad éstos pasaron a denominarse *res universitatis*, según se verá posteriormente al analizar la clasificación de las cosas elaborada por Justiniano. Importa destacar ahora que las infraestructuras de transporte existentes en Roma, los puertos y los caminos, ya tenían en ese periodo la consideración de bienes de uso público.

La vinculación de estos bienes a un uso público se realizaba mediante la técnica de la *publicatio*, similar a la *consecratio* o *dedicatio* de las *res sacrae*<sup>25</sup>. La *publicatio* era un acto formal de un magistrado, aunque también es cierto que algunas cosas se consideraban públicas por su propia naturaleza, como los ríos, e incluso se admitía la publicidad de un bien o lugar por el uso inmemorial del mismo como público.

A diferencia de las *res publicae in publico usu*, las *res publicae in pecunia populi* eran cosas que no estaban excluidas del comercio, sino que formaban parte del patrimonio de la comunidad política o Estado, de la misma manera que las cosas que se integran en el patrimonio particular. Los ciudadanos, en

---

<sup>24</sup> Digesto 50.16.15.

<sup>25</sup> Véase la nota 23.

definitiva, podían adquirir estas cosas mediante el oportuno negocio con las autoridades públicas romanas, convirtiéndose entonces en *res privatae*. Estas cosas eran de titularidad pública, pero no estaban vinculadas a un uso público de la comunidad, sino que servían para sostener o soportar las cargas públicas, o dicho de otro modo, eran cosas que daban crédito o rendimiento económico a Roma, como la tierra o *ager publicus*<sup>26</sup>, los esclavos conquistados al enemigo o *servi publici*, el *vectigal*, las minas, el denario del pueblo romano o los bienes confiscados a los particulares<sup>27</sup>. Según indica Fernández de Buján<sup>28</sup>, estas *res publicae in pecunia populi* que producían beneficios económicos a Roma “se corresponden con el actual concepto de bienes patrimoniales del Estado”.

El emperador Justiniano estableció una nueva *summa divisio rerum* en su obra *Instituciones* escrita en el siglo VI d.C., que se apartó de la obra de Gayo, según relata Castán Pérez-Gómez<sup>29</sup>. Aunque con anterioridad había escrito en el *Digesto* una *summa divisio rerum* que distinguía entre *res divini iuris* y *res humani iuris*, y que también se sirvió de la división de Gayo entre *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*, Justiniano estableció en las *Instituciones* una nueva división de las cosas, diferenciando entre *res communes omnium*, *res publicae*, *res universitatis*, *res nullius*<sup>30</sup> y *res singulorum*<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> El *ager publicus* era el territorio que pertenecía a pueblo romano por conquista y cuya posesión se cedía a un colono o cesionario mediante el pago de una renta. Véase a Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 22.

<sup>27</sup> Entre los ingresos que generaban las *res publicae in pecunia populi* merecen destacar el *vectigal*, que se cobraba por la explotación de las tierras estatales, el *solarium* (similar al anterior), el *portorium*, que era a la vez una renta aduanera aplicable en los puertos y un peaje por el uso de algunas carreteras y puentes, y los cánones por concesiones de agua, el uso de cloacas, la explotación de minas públicas o la renta de pescar en lagos o ríos.

<sup>28</sup> Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>29</sup> Castán Pérez-Gómez, S., “A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano”, *op. cit.*, pp. 261-283, y del mismo autor, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 33-34.

<sup>30</sup> Las *res nullius* eran para Justiniano las cosas sagradas, religiosas y santas que Gayo agrupó como *res divini iuris*. Estas *res nullius* no deben confundirse con las *res ecclesiasticae*, que eran los bienes particulares de la Iglesia destinados al mantenimiento de los ministros y del culto, y al socorro de los pobres. Véase a Castán Pérez-Gómez, S., “A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano”, *op. cit.*, pp. 261-283.

<sup>31</sup> Las *res singulorum*, que Gayo denominaba *res privatae*, eran las cosas susceptibles de apropiación individual.

Las *res communes omnium* eran para Justiniano las cosas comunes a todos por naturaleza o Derecho natural, distintas de las *res publicae*, aunque compartían prácticamente el mismo régimen jurídico y los mismos medios de defensa frente a los ataques que pudieran sufrir. Se trata de una categoría de bienes que proviene de la obra del jurista Marciano y que fue asumida por Justiniano, en la que se incluía el aire, el agua corriente, el mar y la ribera del mar, esto es, todas aquellas cosas que hoy se consideran el dominio público natural. Estos bienes no podían ser objeto de propiedad de los particulares, sino que todos podían disfrutar y aprovecharse de ellos según sus necesidades y sin impedir el mismo derecho a los demás. No obstante, debe significarse que el Derecho romano también admitió las concesiones administrativas sobre algunos de estos bienes, especialmente el mar y su ribera.

Las *res publicae* eran, como en Gayo, las cosas que pertenecían al pueblo romano y cuyo uso era común a todos, como los ríos, los puertos, las plazas, las calles, los caminos públicos, las lagunas, etc.

En cuanto a las *res universitatis*, se trataba en la obra de Justiniano de cosas que pertenecían a otras comunidades, corporaciones o colectividades, y en esta categoría se incluían los teatros y los estadios, entre otros bienes. Estos bienes tenían un régimen jurídico análogo al de las *res publicae*. De hecho, según apunta Castán Pérez-Gómez<sup>32</sup>, la separación entre bienes del Estado (*res publicae*) y bienes de las ciudades (*res universitatis*) tan sólo obedeció a la voluntad de dotar de competencias propias y cierta autonomía a las *civitates*.

Así pues, se puede decir que la principal diferencia entre la clasificación de las cosas de Gayo y la de Justiniano radica en las *res communes omnium*, categoría no conocida por Gayo. Gayo tampoco citaba las *res universitatis*, pero en realidad eran cosas que este jurista incluía dentro de las *res publicae*<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, op. cit., p. 37.

<sup>33</sup> Al margen de la clasificación de las cosas efectuada por Gayo primero y por Justiniano después, debe citarse la existencia de un *patrimonium Caesaris* durante la época del Imperio. Se trataba de los bienes privativos del emperador, que no tenían un destino público ni se les aplicaba las reglas de las *res publicae*. Véase a Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 22.

Todos estos bienes públicos identificados por Gayo y Justiniano como *res publicae*, *res communes omnium* y *res universitatis* constituyen el antecedente de los bienes que siglos después integrarían el dominio público, y se caracterizan todos ellos por ser bienes de uso común de los ciudadanos, excluidos del tráfico jurídico-privado precisamente para garantizar este destino. Se impone, pues, un análisis de su régimen jurídico configurado por el Derecho romano.

### 1.3 El régimen jurídico de los bienes públicos en el Derecho romano

El estudio del régimen jurídico de los bienes que constituyen el antecedente del dominio público debe centrarse en las *res publicae*, porque eran las cosas que reunían las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Y más concretamente, este estudio debe analizar las *res publicae in publico usu* porque, a diferencia de las *res publicae in pecunia populi*, sólo aquéllas estaban excluidas del comercio de los hombres. Asimismo, este análisis sería incompleto si no se incluyese también a las *res communes omnium*, consideradas como el antecedente del dominio público natural, y a las *res universitatis*, pues ambas figuras compartían el mismo régimen jurídico que las *res publicae*.

La doctrina suele coincidir en que la institución del dominio público es heredera de las *res publicae* y las *res communes omnium*, pues en estas categorías de bienes se incluían todo un conjunto de bienes que estaban fuera del comercio de los hombres, inalienables e imprescriptibles<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Así lo afirma Parejo Alfonso, L., “*La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público*”, en Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (directores), *Derecho de los bienes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2013. En el mismo sentido, aunque más detallado, se expresa Castán Pérez-Gómez, S., “*De la romana institución de la publicatio a la actual noción de afectación*”, *op. cit.*, pp. 531-532. Según este autor, en Roma los actuales bienes de dominio público estaban integrados por las *res publicae in publico usu* y las *res communes omnium*: las primeras se referían a las cosas cuyo uso era común a todos los ciudadanos y las segundas dieron origen a lo que hoy en día designamos como demanio natural.

Las *res publicae*, según se ha visto, eran las cosas fuera del comercio de los hombres que pertenecían al pueblo romano, pero dentro de ellas, sólo las *res publicae in publico usu* se corresponden en puridad con los actuales bienes de dominio público al ser las únicas que estaban excluidas de relaciones jurídico-patrimoniales, a diferencia de la otra subcategoría de *res publicae*, las *res publicae in pecunia populi*, que sí podían ser objeto de comercio.

Las *res publicae in publico usu* eran las cosas del *populus* romano que estaban destinadas a un uso público y gratuito de todos los miembros de la comunidad, y entre estos bienes se incluían las infraestructuras de transporte existentes en esa época, los puertos y los caminos. Todos podían usar y disfrutar de estos bienes, según su naturaleza y destino, con el límite de no impedir el mismo derecho a los demás.

Como apunta Fernández de Buján<sup>35</sup>, las *res publicae in publico usu* reunían unas características que permiten su identificación con el dominio público, dado que se trataba de cosas que pertenecían al pueblo romano; su régimen de uso venía regulado por el ente titular y estaba abierto a todos los miembros de la colectividad; la *publicatio*, su destino natural o el uso inmemorial (*vetustas*) permitían caracterizarlos como públicos; se trataba de bienes inalienables, por lo que estaban fuera del comercio de los hombres; se trataba también de bienes imprescriptibles, por lo que no se podían adquirir por usucapión de un particular; y al tratarse de bienes excluidos de relaciones jurídico-patrimoniales, se consideraban nulas todas las estipulaciones, legados, servidumbres, etc. que se realizasen sobre estos bienes.

En el caso de las *res communes omnium*, se trataba de las cosas comunes a todos por naturaleza o Derecho natural (el aire, el agua corriente, el mar y la ribera del mar). Estos bienes, como en el caso de las *res publicae in publico usu*, no podían ser objeto de propiedad de los particulares, que sólo gozaban de un derecho a disfrutar y aprovecharse de ellos según sus necesidades y sin impedir el mismo derecho a los demás. Fue Marciano quien diferenció las *res*

---

<sup>35</sup> Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, op. cit., p. 263.

*communes omnium* de las *res publicae*, distinción que luego Justiniano asumió, pero lo cierto es que la doctrina coincide en afirmar que ambas modalidades de bienes tenían prácticamente el mismo régimen jurídico, esto es, se trataba de bienes inalienables e imprescriptibles.

Existían, por otro lado, las *res universitatis*, que también deben considerarse un antecedente de los bienes demaniales. Se trataba de bienes que pertenecían a otras comunidades, corporaciones o colectividades (como los teatros, los estadios, etc.), que compartían el mismo régimen jurídico que las *res publicae* y que su única razón de ser como bienes separados de las *res publicae* fue la voluntad de dotar de competencias propias y cierta autonomía a las *civitates*<sup>36</sup>.

El elemento distintivo de todos estos bienes públicos existentes en Roma –y ello los acerca a la figura del dominio público– era su afectación a un uso o destino público. A partir de esta afectación inicial, estos bienes quedaban excluidos del comercio de los hombres al aplicárseles un régimen jurídico exorbitante, que incluía las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad con el fin de asegurar la satisfacción del destino al que se vinculaban estos bienes. Asimismo, su afectación a un uso o destino público implicaba el reconocimiento de determinados instrumentos de reacción que permitían garantizar el derecho de todos los miembros de la comunidad a usar y disfrutar de estos bienes.

Esta afectación de los bienes a un uso público podía tener lugar en el Derecho romano de tres formas distintas<sup>37</sup>.

En primer lugar, la afectación se producía mediante la *publicatio*. Se trataba de un acto formal y solemne, con el que la cosa quedaba afectada o destinada a un uso público<sup>38</sup>. Debe significarse que de la misma manera que un bien podía

---

<sup>36</sup> Castán Pérez-Gómez, S., “De la romana institución de la *publicatio* a la actual noción de *afectación*”, *op. cit.*, 531-532, y del mismo autor, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>37</sup> Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, *op. cit.*, pp. 52-57.

<sup>38</sup> Según Ulpiano, la *publicatio* de un bien correspondía realizarla a “*aquel que tenía derecho a declararlo público*”, sin más precisiones. Sin embargo, de la lectura de las fuentes romanas, la doctrina ha interpretado que si bien en los primeros tiempos de Roma, esta facultad correspondió a los cónsules, durante la República fueron los censores los que tenían la



afectarse a una utilidad o uso público, también era posible el acto formal de desafectación.

La afectación de una cosa a un uso público también podía producirse sin que mediase ningún acto formal y solemne, como ocurría en el caso de los ríos, el mar o el aire. Estos bienes, que Justiniano agrupaba en la categoría de *res communes omnium*, se consideraban que eran de uso público por su propia naturaleza o características físicas.

Finalmente, el Derecho romano también admitió la presunción de afectación de una cosa a una utilidad o uso público por la *vetustas* o uso inmemorial de la cosa, sin que fuera necesario por ello ningún acto formal o solemne.

La afectación de estos bienes a un uso público comportaba, según se decía, la aplicación de un régimen jurídico exorbitante caracterizado por las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Mientras durase esta vinculación a un uso público, estos bienes no eran susceptibles de relaciones jurídico-privadas.

La indicada nota de la inalienabilidad implicaba que los bienes públicos quedaban fuera del comercio de los hombres, garantizándose así su destino público. En este sentido, afirma Clavero Arévalo<sup>39</sup> refiriéndose a las *res publicae in publico usu* –a las que él denomina *res publico usui destinatae*–, que la inalienabilidad de estos bienes impedía su enajenación, aunque sí se admitían las concesiones que atribuían a los particulares la facultad de goce. Se trataba, según De Vallés<sup>40</sup>, de una regla que el Derecho romano estableció para proteger el uso general de estos bienes.

---

potestad de vincular las cosas a un uso público, siempre que dicho uso no viniera ya determinado por la naturaleza de la cosa, la costumbre o la ley. Posteriormente, durante el Principado, la *publicatio* de las principales categorías de bienes se atribuyó a los *curatores* especiales o al propio *Princeps*. Véase a Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, op. cit., pp. 52-57.

<sup>39</sup> Clavero Arévalo, M.F., *La inalienabilidad del dominio público*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1958, pp. 13-15.

<sup>40</sup> De Vallés, A., “*Inalienabilità del demanio pubblico*”, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 2, 1914, pp. 413-419.

El régimen jurídico exorbitante del que se beneficiaban estos bienes públicos garantizaba también su imprescriptibilidad, con lo que no podían ser adquiridos por prescripción adquisitiva o usucapión de un particular.

Por otro lado, frente a las perturbaciones que se pudieran ocasionar en el uso o destino público de estos bienes, el Derecho romano arbitró distintos mecanismos de reacción que tenían por objeto precisamente garantizar el derecho de todos a usar y disfrutar de estos bienes. El pretor, en efecto, podía proteger el uso público de estos bienes del que gozaban todos los ciudadanos frente a todos aquellos que lo impidiesen u obstaculizasen, a través de la *actio iniuriarum*<sup>41</sup> o de determinados interdictos<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> La *actio iniuriarum* (acción por injurias) era una acción penal que tenía por objeto la tutela de la personalidad individual. Con el ejercicio de esta acción se conseguía una reparación pecuniaria frente a los actos lesivos a la integridad física y moral de las personas. Pero, además, esta acción también se podía utilizar contra los atentados al ejercicio de una actividad que estuviese consentida por el derecho, entre las que se incluía el derecho a un uso normal de una cosa pública, pues se consideraba que dicho impedimento era lesivo a su personalidad. Véase a Castán Pérez-Gómez, S., “A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano”, *op. cit.*, pp. 261-283, y del mismo autor, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, *op. cit.*, pp. 69-75.

<sup>42</sup> Los interdictos eran unas acciones que garantizaban el uso general de estos bienes públicos. La finalidad de los interdictos era asegurar el uso colectivo de las *res publicae* y evitar las posibles alteraciones que se pudiesen causar a su funcionalidad. Estos interdictos que garantizaban a los ciudadanos la utilización inmediata de las *res publicae* podían ser de dos clases: interdictos prohibitorios, con los que el pretor prohibía la ejecución de una actividad dañosa o tutelaba el ejercicio de una facultad lícita sobre la cosa pública); e interdictos restitutorios, con los que el pretor ordenaba la vuelta al estado original anterior al daño producido, la remoción de las obras dañosas y el cese del daño o perturbación. Así, los interdictos de lugares públicos o de *publicis locis* (*loca, itinere, viae publicae, flumina publica* y sus orillas o *ripae* y cloacas públicas) perseguían finalidades muy diversas, como son impedir que se hiciese cosa alguna en lugar o camino público, como obras no autorizadas o inmisiones que causasen daño o deteriorasen el lugar o camino público; prohibir que se hiciese o pusiese en la vía pública o camino público algo que los deteriorase o pudiese deteriorar y restituir la vía o camino público frente a lo que se hubiese hecho o puesto; prohibir que se impidiese con violencia a alguien ir o llevar ganado por la vía pública o camino público, con el fin de reprimir los actos que con violencia impedían el uso normal de las vías públicas; prohibir que se impidiese con violencia disfrutar de un lugar público que se tuviese arrendado, especialmente el *ager publicus* que se concede en arrendamiento a los particulares a cambio del *vectigal*; prohibir que se impidiese con violencia la restauración o reparación de la vía o camino público; o impedir que se hiciese en un río público o su orilla algo que perjudicase o que pudiese entorpecer o perturbar la navegación fluvial y la estancia o utilización del puerto, y restituir lo que se hubiese hecho o puesto en el río u orilla (interdicto conocido como de *fluminibus*). Véase a Castán Pérez-Gómez, S., “A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano”, *op. cit.*, pp. 261-283, y a Albuquerque Sacristán, J.M., “Protección de bienes de dominio público: Experiencia administrativa romana”, en Fernández de Buján, A. (director), *Derecho administrativo histórico*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 37, 38 y 75.

En definitiva, se constata que los cuatro elementos que, según Ballbé Prunes<sup>43</sup>, caracterizan al dominio público (elementos subjetivo, objetivo, teleológico y normativo) ya estaban presentes en la mayoría de bienes públicos existentes en Roma, hecho que nos permite concluir con facilidad que existe una identidad entre el actual dominio público y los bienes consagrados al uso público por el Derecho romano.

Así, el elemento subjetivo existía al reconocerse, en el caso de las *res publicae in publico usu*, que el titular de estos bienes era el pueblo romano, entendido como tal la comunidad organizada en Estado (Roma), o los municipios en el caso de las *res universitatis*. Sin embargo, en el caso de las *res communes omnium* este elemento subjetivo es más discutible dado que, por su naturaleza, estas cosas no pertenecían a nadie.

En cuanto al elemento objetivo, las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad permitían identificar distintos tipos de bienes que quedaban fuera del comercio de los hombres (las *res publicae in publico usu*, las *res communes omnium* y las *res universitatis*), con independencia de su naturaleza o características.

Por lo que se refiere al elemento teleológico, los distintos bienes públicos se caracterizaban en Roma por su destino o afectación a un uso público, afectación que tenía lugar por medio de la *publicatio*, por la propia naturaleza del bien o por la *vetustas* o uso inmemorial.

Y finalmente, por lo que se refiere al elemento normativo, tras su afectación los bienes quedaban sujetos a un régimen jurídico exorbitante determinado por el Derecho romano, según el cual pasaban a considerarse inalienables e

---

<sup>43</sup> Ballbé Prunes, M., voz “Dominio público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VII, Seix, 1980, pp. 772-786. Según este autor, son cuatro las notas o elementos que caracterizan el dominio público: el elemento subjetivo, el elemento objetivo, el elemento teleológico y el elemento normativo. El elemento subjetivo implica que la titularidad de la cosa corresponde a un ente público, una persona jurídico-pública, territorial o no territorial. En cuanto al elemento objetivo, la noción de dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas, por lo que pueden ser objeto del dominio público no sólo las porciones de suelo, sino también los edificios, los bienes muebles y los bienes inmateriales. El elemento teleológico supone que el bien debe estar directamente destinado o afectado a una función pública. Y finalmente, el elemento normativo comporta el sometimiento del bien a un régimen de Derecho público.

imprescriptibles, se garantizaba a todos un uso público y gratuito y se reconocían medios de defensa a los particulares para aquellos casos en que se les impidiese el ejercicio de su derecho.

Todo hace pensar, en definitiva, que en el Derecho romano las cosas públicas tenían una naturaleza objetiva porque, como afirma Parejo Alfonso<sup>44</sup>, lo característico era su afectación a un destino público y la consiguiente aplicación de un régimen jurídico exorbitante. Esta naturaleza objetiva, sin embargo, empezó a cambiar durante la Edad Media al producirse un proceso de subjetivación, en el que lo importante no era la afectación del bien a un destino público, sino la titularidad del rey sobre algunos de estos bienes, llegándose al extremo de confundirse el patrimonio del rey con el patrimonio público, cuestiones que serán objeto de análisis en líneas posteriores.

Lo dicho hasta aquí nos permite extraer las siguientes conclusiones. En el Derecho romano ya existían unos bienes públicos que, sin denominarse bienes de dominio público, reunían las mismas notas características de esta categoría de bienes. Durante esta etapa se consideró que la mejor manera de garantizar el uso público de estos bienes, como es el caso de los puertos o los caminos, era sustraerlos del tráfico jurídico-privado, y con esta finalidad fueron declarados bienes inalienables e imprescriptibles y además se reconocieron determinadas acciones para garantizar precisamente su uso público por todos los ciudadanos frente a todos aquellos que impidiesen u obstaculizasen tal derecho.

El Derecho romano, en definitiva, actuaba como un derecho protector de los bienes públicos con el fin de garantizar su destino público, idea que, según se verá, no sólo se mantuvo en los distintos textos normativos aparecidos durante la Edad Media, sino que pasó después a ser el rasgo fundamental en la teoría del dominio público elaborada en Francia e incorporada después a nuestro país.

---

<sup>44</sup> Parejo Alfonso, L., *“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”*, en RAP, nº 100-102, enero-diciembre de 1983, p. 2389-2390.

#### 1.4 Especial referencia al régimen jurídico de los puertos romanos

Hablar de infraestructuras de transporte en Roma es referirse fundamentalmente a los puertos y a los caminos.

Centrándonos en los puertos, debe significarse que las fuentes romanas ofrecen escasas referencias específicas sobre estas infraestructuras, al margen de su inclusión en la categoría de las *res publicae in publico usu* y las consecuencias que de ello se derivaba en cuanto a su utilización por todos los ciudadanos y a su régimen protector. Por lo que pocas cosas más se pueden añadir a lo ya dicho anteriormente en relación con el régimen jurídico de los bienes públicos en el Derecho romano. Tan sólo se pueden citar algunos detalles, en la línea apuntada por Jordà Fernández<sup>45</sup>.

El primero es que la función básica de los puertos romanos era la de servir al comercio. Así se desprende de la definición de puerto que da Ulpiano: "*Portus appellatus est conclusus locus quo importantur merces, et inde exportantur*"<sup>46</sup>. Si ello es así, si la única función de los puertos romanos como espacios protegidos era servir al comercio, se comprende que al Derecho romano le bastase con declararlos *res extra commercium* para garantizar su uso público. Con esta limitada intervención, el Derecho romano aseguraba el acceso de todos a las infraestructuras portuarias con el fin de que pudieran ejercer la actividad de comercio. De hecho, este panorama se mantuvo así hasta que a partir del siglo XVI el Estado empezó a incrementar paulatinamente su intervención con la finalidad de dotarse de unos puertos mejores que permitiesen la protección militar de las costas y el comercio con América. Si desde Roma hasta la Edad Media la intervención en los puertos se había limitado a garantizar su uso público para facilitar el comercio, a partir de la Edad Moderna el Estado pasó a implicarse cada vez más en la construcción y administración de los puertos, hasta el punto de incluir en sus facultades la

---

<sup>45</sup> Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, Autoritat Portuària de Tarragona, Tarragona, 2008, pp. 20-33.

<sup>46</sup> Digesto 50.16.59.

prestación de servicios portuarios, con lo que se cambió la concepción que se tenía de los puertos, según se verá en líneas posteriores.

La segunda cuestión que debe remarcarse es que, si bien los puertos se consideraban bienes públicos, ello no impedía que sus espacios se pudieran someter a concesión administrativa para realizar determinadas actividades privadas. El Derecho romano, pues, ya conoció la posibilidad de aprovechar los espacios portuarios.

Y, finalmente, el tercer aspecto a resaltar es que los puertos eran bienes públicos, por lo que no se podían incorporar al patrimonio de nadie, pero ello no obstaba a que todos los ciudadanos tuvieran que contribuir a las obras de reparación o construcción, del mismo modo que ocurría en el caso de las murallas de las ciudades o con los acueductos. Junto a esta contribución de los ciudadanos, en los puertos romanos las autoridades cobraban un impuesto sobre la pesca y las mercancías descargadas, que se denominaba *portorium*<sup>47</sup> y que actuaba como contrapartida al uso público de las infraestructuras, impuesto que también se destinaba a las obras de mantenimiento del puerto.

## **2. El proceso de subjetivación de los bienes públicos durante la Edad Media**

Durante la Edad Media las fuentes jurídicas continuaron contemplando la existencia de unos bienes destinados al uso común de todos los ciudadanos, aunque de un modo paulatino se vivió un cambio en su concepción al producirse un proceso de subjetivación de determinados bienes, que pasaron a la titularidad del rey, por lo que en la práctica se produjo una confusión entre el patrimonio del rey y algunos bienes públicos.

---

<sup>47</sup> Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., pp. 204.

## 2.1 La clasificación romana de las cosas en las Partidas

Tras la caída del Imperio romano, las categorías de bienes en general, y el régimen jurídico y las técnicas de protección de los bienes públicos en particular que el Derecho romano había elaborado, desaparecieron de las fuentes jurídicas para posteriormente ser recuperados por los glosadores durante la Edad Media<sup>48</sup>.

Ello se reflejó en las Partidas del Rey Alfonso X<sup>49</sup>, elaboradas en el siglo XIII por una comisión de juristas bajo la dirección del rey, que asumió la clasificación romana de las cosas y su régimen jurídico.

Según destaca Parejo Alfonso<sup>50</sup>, la Ley II del Título XXVIII de la Partida III distinguió entre las cosas que pertenecían a todas las criaturas para su uso (el aire, el agua, el mar y su ribera), que se correspondían con las *res communes omnium* romanas y sobre las que no se podía ganar señorío, y las cosas que pertenecían sólo a los hombres y sobre las que, si cabe, se podía ganar o perder el señorío, que se correspondían con la distinción romana entre *res intra commercium* y *res extra commercium*. Dentro de estas cosas que pertenecían sólo a los hombres, las Partidas diferenciaron entre las cosas que pertenecían a todos los hombres o a determinados grupos sociales o comunales, que se identificaban con las *res publicae* romanas y sobre las que no se podía ganar señorío; las cosas que pertenecían a concretos hombres o instituciones, ya fuese el rey, los señores o personas ordinarias, cuyo antecedente en el Derecho romano eran las *res singulorum*; y las cosas que no pertenecían a ningún hombre, esto es, las *res nullius*, pero que podían ser objeto de señorío pleno por quien se las apropiase.

---

<sup>48</sup> Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., pp. 22-23.

<sup>49</sup> Para las citas de las Partidas se toma como referencia *Las siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*, impresas en Salamanca en el año 1555, edición realizada por el Boletín Oficial del Estado en 1974.

<sup>50</sup> Parejo Alfonso, L., “*La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público*”, op. cit., p. 51-57.

Así, la citada Ley II del Título XXVIII de la Partida III disponía que *“ha dellas [cosas de este mundo] que pertenecen a las aves, e a las bestias, e a todas las otras criaturas que biven, para poder usar dellas tambien como a los omes, en a otras que pertenece tan solamente a todos los omes, e otras son que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdad, o villa, o castillo, o de otro lugar qualquier do omes moren, e otras y ha que pertenesen señaladamente a cada un ome, para poder ganar, o perder el señorío dellas, e otras son que non pertenescen a señorío de ningund ome, ni son contadas en sus bienes”*.

En el caso de las cosas que pertenecían al uso de todas las criaturas, el paralelismo con las *res communes omnium* romanas es incuestionable. Según la clasificación justiniana, las *res communes omnium* eran las cosas comunes a todos por naturaleza o Derecho natural, entre las que se incluían el aire, el agua corriente, el mar y la ribera del mar. Se trataba de cosas de las que nadie se podía apropiar y de las que a nadie se podía privar.

Esta idea se repite en la Ley III del Título XXVIII de la Partida III al disponer que *“Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas q viven en este mundo son estas, el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera. Ca ql qer criatura q viva, puede usar de cada una destas cosas, segu quel fuere menester. E poredde todo ome se puede aprovechar de la mar, e de su ribera, pescando e navegando, e faziedo y todas las que entendiere que a su pro son”*.

En cuanto a las cosas que según las Partidas pertenecían a todos los hombres o a determinados grupos sociales o comunales, se corresponden con las cosas que en la división realizada por Gayo eran del pueblo romano, las *res publicae*, y más concretamente, las *res publicae in publico usu*. Estas cosas estaban fuera del comercio de los hombres y se destinaban a un uso público y gratuito por todos los miembros de la comunidad, y entre ellas obviamente se incluían los puertos y los caminos. No eran cosas imprescindibles para la vida de los hombres, como era el caso de las cosas que pertenecían a todas las criaturas, pero también estaban excluidas del tráfico jurídico entre los hombres. Las Partidas, por otro lado, asumieron la posterior división de las *res publicae*



efectuado por Justiniano y en este sentido distinguieron entre las cosas que pertenecían a todos los hombres y las cosas que pertenecían a determinados grupos sociales o comunales, esto es, las *res publicae* y las *res universitatis*.

Así lo atestiguan las Leyes VI y IX del Título XXVIII de la Partida III. En la Ley VI se dispuso que “*Los rios, e los puertos, e los caminos publicos pertenece a todos los omes comunalmente, en tal manera que tabien puede usar dellos los q son de otra tierra estraña, como los que moran, e biven en aquella tierra, do son*”. Y en la Ley IX se estableció que “*Apartadamente son del comun de cada una cibdad o villa, las fuentes e las plaças o fazen las ferias e los mercados e los lugares o se ayuntan a cocejo e los arenales q son en las riberas de los rios, e los otros exidos e las carreras o corren los caballos, e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada cibdad o villa o castillo u otro lugar. Ca todo ome q fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobredichas e son comunales a todos tabien a los pobres como a los ricos. Mas los que fuessen moradores en otro lugar non pueden usar dellas contra voluntad o defendimiento de los que morassen y*”.

Las Partidas, en definitiva, incorporaron las distintas categorías de bienes públicos heredadas del Derecho romano (*res communes omnium*, *res publicae* y *res universitatis*), consideradas por Serna Vallejo<sup>51</sup> las cosas comunes.

Sin embargo, las Partidas también se ocuparon de los bienes de la Corona<sup>52</sup>. Esta categoría de bienes, conocida como *dominium principis* o dominio de la Corona, estaba formada por los bienes que el rey adquiría por herencia o por

---

<sup>51</sup> Serna Vallejo, M., “*Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*”, en González García, J.V. (director), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 2009, pp. 39-66. El capítulo de esta obra se publicó anteriormente en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXV, 2005, pp. 967-10.

<sup>52</sup> El Derecho romano ya conoció las *res publicae in pecunia populi*, no excluidas del comercio de los hombres, que si bien eran de titularidad pública, no estaban vinculadas a un uso público del pueblo romano, sino que, con el rendimiento económico que producían, servían para sostener las cargas de Roma. Asimismo, con posterioridad (época del Imperio) existió también un *patrimonium Caesaris*, que incluía los bienes privativos del emperador, sin destino a un uso público. Véase a Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, *op. cit.*, p. 22.

conquista, que se integraban en su patrimonio personal, y por los bienes que le pertenecían como cabeza del reino, inalienables e imprescriptibles.

En este sentido, las Partidas distinguieron, por un lado, entre los bienes raíces o heredades y los bienes muebles, todos ellos pertenecientes al rey como propietario (*“quitamente”*), que se destinaban a su sostenimiento económico, y por el otro, los bienes que le pertenecían sólo por señorío por ser bienes del reino.

Así lo acreditan la Ley I del Título XVII de la Partida II y la Ley XI del Título XXVIII de la Partida III. En la Ley I se previó que *“E destas heredades, que son rayzes, las unas son rayzes quitamente del Rey, assi como cilleros, o bodegas, o otras tierras de labores, de qual manera, quier que sean, que oviessen heredado, o coprado, o ganado, apartadamente, para sí. E otras y ha que pertenescen al Reyno assi como villas, e castillos, o los otros honores, q por tierra los Reyes da a los ricos omes.”* Y en la Ley XI se dispuso que *“Las rentas de los puertos e de los portadgos que da los mercadores por razon delas cosas q sacan, o meten enla tierra, e las rentas delas salinas o delas pesqueras e delas serrerias e delos otros metales e los pechos e los tributos que dan los omes son delos Emperadores e delos Reyes. E fuero les otorgadas todas estas cosas porque oviessen con que se mantoviessen onrradamente en sus despensas, e con que pudiessen amparar sus tierras, e sus reynados, e guerrear contra los enemigos dela fe, e por que pudiessen escusar sus pueblos de echar les muchos pechos o de fazelles otros agraviamientos”*.

Este conjunto de bienes públicos que se recogían en las Partidas gozaban de las mismas características de inalienabilidad e imprescriptibilidad que ya se predicaban de los bienes públicos en el Derecho romano, y que según se expuso en líneas anteriores, eran la garantía de su destino a un uso público.

Así, por lo que se refiere a la inalienabilidad, cierto es que las Partidas no contenían una previsión categórica sobre esta cuestión, aunque quizá se podría encontrar su fundamento en la Ley V del Título XV de la Partida II, que previó que *“el señorío del reyno no fuesse departido, nin enajenado”*, pues

dentro del señorío también se incluía el *“poder que ome ha en las cosas muebles, o rayz deste mundo”* (Ley I del Título XXVIII de la Partida III). En cualquier caso, en la medida en que se trataba de bienes que pertenecían a todos los hombres (y algunos de ellos, incluso a todas las criaturas), parece acertada la tesis de Clavero Arévalo<sup>53</sup> según la cual, no era necesario proclamar su inalienabilidad. Se daba por hecho que el mar, la playa, los ríos, los puertos, los caminos y demás bienes semejantes eran inalienables sin necesidad de su proclamación, pues esta inalienabilidad derivaba de su condición como bienes que pertenecían comúnmente a todos los hombres y podían ser usados por todos ellos.

Por el contrario, la Ley VII del Título XXIX de la Partida III sí recogió –aunque sólo parcialmente– la regla de la imprescriptibilidad de las cosas comunes a los habitantes de pueblos, villas o castillos. Dicha Ley VII decía así: *“Plaça, nin calle, nin camino, nin desesa, ni exido, nin otro logar qualquier semejante destos q sea en uso comunalmente del pueblo de alguna ciudad, o villa, o castillo, o de otro logar non lo puede ningund ome ganar por tiempo.”*

Y si bien las Partidas no previeron la misma regla de la imprescriptibilidad de las cosas que pertenecían al común de todos los hombres, debe considerarse que esta regla también se les aplicaba sin necesidad de proclamarla porque por definición se trataba de cosas que no *“pertenesen señaladamente a cada un ome, para poder ganar, o perder el señorío dellas”* (Ley II del Título XXVIII de la Partida III).

En definitiva, se puede concluir que durante la Edad Media los bienes públicos reunieron las mismas características que les atribuyó el Derecho romano, al considerarse cosas excluidas del comercio de los hombres, inalienables e imprescriptibles. Como acertadamente apunta Clavero Arévalo<sup>54</sup>, a la vista de Las Partidas *“puede apreciarse suficientemente la existencia de un dominio público, no perteneciente ni al Rey ni al patrimonio de la Corona, en el que revive la extracomercialidad de las cosas públicas romanas”,* y por ello *“Ni el*

---

<sup>53</sup> Clavero Arévalo, M.F., *La inalienabilidad del dominio público*, op. cit., p. 28.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 30.

*Rey ni el Reino podían enajenar estas cosas porque no tenían su titularidad, ni mucho menos los particulares, por cuanto estos bienes no figuraban entre las cosas que se pueden ganar y perder, según la ley II del título XVIII de la Partida III”.*

No obstante, según se verá, la regla de la inalienabilidad no siempre se respetó. Los incumplimientos fueron constantes por parte de los distintos reyes, que enajenaron muchos de estos bienes para dotarse de recursos económicos, dando lugar a conflictos con las Cortes de la época.

Se puede decir, en conclusión, que durante la Edad Media perduró aquella idea del Derecho romano referida a unos bienes destinados al uso público que reunían las mismas características de inalienabilidad e imprescriptibilidad, si bien la concepción que se tenía de estos bienes empezó a cambiar, fruto de un proceso de subjetivación, como seguidamente se analizará.

## **2.2 La confusión entre el patrimonio personal del rey y el patrimonio del reino**

La concepción de los bienes públicos acuñada por el Derecho romano empezó a cambiar durante la Edad Media.

Según se vio en líneas anteriores, lo característico en el Derecho romano fue la aplicación a los bienes públicos de un régimen jurídico exorbitante (inalienabilidad, imprescriptibilidad y mecanismos de protección para garantizar el derecho de todos a usar y disfrutar de estos bienes) que derivaba de su destino a una utilidad o uso público.

Esta idea propia del Derecho romano se transformó durante la Edad Media al producirse paulatinamente una confusión entre el patrimonio del rey y el patrimonio público. Ello dio lugar a un proceso de subjetivación, como lo

describe Parejo Alfonso<sup>55</sup>, en el que lo relevante ya no era la afectación de los bienes a una utilidad o uso público (modelo del Derecho romano), sino la titularidad del rey sobre algunos de estos bienes, con la consiguiente confusión entre su patrimonio personal y determinados bienes públicos (modelo regaliano)<sup>56</sup>.

Este proceso de subjetivación comportó que todos los derechos del rey apareciesen en su patrimonio, integrado por su patrimonio privado y por el patrimonio de la Corona, y ello se hizo, en palabras de Parejo Alfonso<sup>57</sup>, a través de la técnica de las regalías: *“Sobre determinados bienes el rey asegura la paz, los intereses de todos, y por esta vía indirecta acaba afirmándose la*

---

<sup>55</sup> Parejo Alfonso, L., *“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”*, op. cit., pp. 2389-2390.

<sup>56</sup> En este sentido se han pronunciado distintos autores. Según Clavero Arévalo, *“Puede afirmarse que la característica de la Edad Media con respecto a los bienes fue la confusión entre el patrimonio del Rey y el patrimonio público, la confusión de la idea de soberanía con la de dominio, y la falta de diferenciación, dentro del patrimonio público entre las cosas públicas propiamente dichas y los demás bienes de la Corona”* (Clavero Arévalo, M.F., *La inalienabilidad del dominio público*, op. cit., p. 20). Para López Ramón, *“en los reinos medievales el patrimonio de la Corona estaba formado por los bienes que pertenecían al rey como cabeza del Reino y por los que el mismo monarca adquiría por herencia o conquista (patrimonio personal), confundándose en la práctica ambas masas de bienes de manera en cierto modo paralela al proceso que hemos indicado en relación con el patrimonio del César en la época bajo-imperial romana”* (López Ramón, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Thomson Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2012, pp. 28-29). Y del mismo parecer es Sánchez Morón, según el cual *“forman parte [del dominium principis] los bienes de la Corona adquiridos por herencia o por conquista, así como los que le pertenecían como cabeza del reino”* [Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 23].

<sup>57</sup> Parejo Alfonso, L., *“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”*, op. cit., p. 2389. Según este autor, las regalías no estaban integradas únicamente por los bienes materiales del rey, sino que aquéllas eran mucho más, dado que también incluían diversas potestades: *“Todos los títulos fragmentarios de poder se reconducen a esta figura [la regalía], distinguiéndose en ella, sin embargo, y en razón a las concepciones políticas de la época, entre regalías mayores o indelegables en su ejercicio (comprensivas del núcleo de lo que luego será la soberanía: dictado de leyes, resolución de litigios, poder de dispensa singular, nombramiento de oficiales regios) y menores o delegables (compresivas precisamente del dominio o demanio: salinas, minas, bosques, tesoros, bienes abandonados, etc.). El dominio o demanio acaba finalmente, pues, siendo una especie dentro del género regalía”*. Se está evocando, en definitiva, a las distintas clases de señorío que recogieron las Partidas. En la Ley I del Título XXVIII de la Partida III, tras definir el señorío como el *“poder q ome ha en su cosa de fazer della, e enella lo que quisiere, segun Dios e segund fuero”*, se distinguieron tres clases de señorío, evocando la primera a las regalías mayores y las otras dos a las regalías menores: *“E son tres maneras de señorío. La una es poder esmerado que han los Emperadores, e los Reyes en escarmentar los malfechores, e en dar su derecho a cadauno en su tierra. E deste fablamos assaz cumplidamete en la segunda partida, e en muchas leyes de la quarta, deste libro. La otra manera de señorío, es poder que ome ha en las cosas muebles, o rayz deste mundo en su vida, e despues de su muerte passa a sus herederos, o a aquellos a quien la enagenasse mientras biviessse. La tercera manera de señorío, es poderio que ome ha en fruto, o en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo, o en tierra que ome oviesse en feudo, assi como dize en las leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon”*.

*titularidad real de caminos, bosques, mercados, montes, aguas y fuentes. Lo que en Derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva (el régimen exorbitante de las cosas por su uso y destino) sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivación. La técnica que sirve a todo este complejo desarrollo (referido a bienes de los más heterogéneos) es la regalía”.*

El rey no sólo ostentaba como regalía el ejercicio de determinadas potestades públicas (juzgar, acuñar moneda, conceder títulos), sino también determinados derechos que recaían sobre algunos bienes públicos (aguas, bosques, caminos, puentes, montes, minas, salinas), que los particulares no podían utilizar o explotar sin previa autorización<sup>58</sup>.

Las regalías, en definitiva, fueron el mecanismo que contribuyó a la subjetivación de determinados bienes públicos durante la Edad Media, que pasaron a ser de titularidad del rey.

Sin embargo, esta titularidad real de los bienes públicos también contribuyó a garantizar su uso público, pues al ser bienes del rey, quedaban fuera del comercio de los hombres. Además, permitía a la Corona disponer de unos ingresos fijos, con lo que se evitaba la necesidad de exigir nuevos tributos a los ciudadanos.

Pero lo cierto también es que la titularidad o señorío del rey sobre determinados bienes públicos no impidió en ocasiones su enajenación, en contra de la regla de la inalienabilidad que se derivaba de las Partidas.

Por ello, ante esta situación fue habitual que las Cortes medievales de los distintos reinos reaccionasen tratando de poner coto a las enajenaciones de los bienes de la Corona mediante Leyes pactadas con el rey, que incorporaron de forma expresa las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Muestra de

---

<sup>58</sup> Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 23.

ello son la Ley de las Cortes de Valencia de 1340<sup>59</sup>, la Ley de las Cortes de Alcalá de 1348<sup>60</sup> o la Ley de las Cortes de Valladolid de 1442<sup>61</sup>.

Todo parece indicar, como apunta Clavero Arévalo<sup>62</sup>, que la previsión de las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad en las Leyes aprobadas por las Cortes medievales no obedecía a una pretensión primordial de garantizar el uso público de estos bienes, como ocurría en el Derecho romano, sino más bien impedir la división de los reinos y evitar la enajenación de los bienes de la Corona con el consiguiente incremento de impuestos para obtener nuevos ingresos. Según este autor, *“La inalienabilidad del patrimonio de la Corona no persigue la finalidad que en Roma persiguió las de las cosas públicas, ni la que persigue actualmente la del dominio público. Esta inalienabilidad tenía una faceta pública relativa a impedir la división de los reinos, y junto a ella, un deseo de evitar la dilapidación del patrimonio real, lo que evidentemente producía una disminución de las rentas de los bienes de la Corona, lo que repercutía en un incremento de impuestos destinados al mantenimiento de la Corona y del Rey”*.

No obstante, si bien la tesis de Clavero Arévalo parece cierta, es innegable que estas Leyes medievales que incorporaron las reglas de la inalienabilidad e

---

<sup>59</sup> La Ley de las Cortes de Valencia de 1340 sancionó la inalienabilidad de castillos, jurisdicciones y regalías.

<sup>60</sup> Tras diversas enajenaciones de bienes de la Corona realizadas por los reyes castellanos al amparo de la Ley V del Título XV de la Partida II, las Cortes de Alcalá trataron de limitar esta práctica con la aprobación en el año 1348 de la Ley 3ª del Título XXVII del Ordenamiento con la que, interpretando el sentido de las Partidas, se prohibieron estas enajenaciones a extranjeros.

<sup>61</sup> La Ley de las Cortes de Valladolid de 1442 declaró, ante las continuas enajenaciones de bienes, que *“todas las cibdades e villas e logares mios e sus fortalezas e términos e jurediciones e fortalezas ayan seydo e sean de su natura inalienables e imprescritibles para siempre jamas”*. Esta Ley, además, sancionaba con la revocación las enajenaciones de estos bienes, revocación que incluso se podía acordar mucho tiempo después. Se trataba de una cláusula de restitución que actuaba como garantía de la inalienabilidad, pues permitía resolver o revocar las enajenaciones de bienes de la Corona hechas por el rey. Lo mismo ocurrió en el Reino de Valencia, en el que mediante una Real Pragmática de 1447 se aprobó esta misma cláusula. De hecho, las revocaciones de enajenaciones fueron habituales en esta época. Así, la Reina Isabel la Católica lo hizo en su testamento; el Rey Fernando el Católico revocó las enajenaciones de su padre el Rey Juan; la Reina Juana revocó las donaciones de su marido Don Felipe; y lo mismo hicieron los reyes sucesivos (Carlos I, Felipe II, Felipe IV, Carlos II y Felipe V). Pero esta cláusula de restitución o revocación tenía ciertos límites, en particular, no podía causar perjuicio económico a tercero, por lo que debía devolverse el precio, y además debía respetarse la consolidación definitiva de la cesión por actuación de la posesión inmemorial. Véase en este sentido a García de Enterría, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 61-62.

<sup>62</sup> Clavero Arévalo, M.F., *La inalienabilidad del dominio público*, op. cit., p. 26.

imprescriptibilidad de los bienes de la Corona también contribuyeron a asegurar el uso común de determinados bienes esenciales para la comunidad.

En definitiva, se pueden extraer las siguientes conclusiones de lo dicho hasta aquí. Frente a la concepción objetiva de los bienes públicos que imperaba en el Derecho romano, en el que lo característico era su afectación a un uso o destino público y, como consecuencia de esta afectación, la aplicación de un régimen jurídico exorbitante (inalienabilidad, imprescriptibilidad y mecanismos de protección para garantizar el derecho de todos a usar y disfrutar de los bienes públicos), durante la Edad Media se vivió un proceso de subjetivación de estos bienes al confundirse el patrimonio privado del rey y el patrimonio de la Corona mediante la aplicación de la técnica de las regalías. Pero a pesar de esta distinta concepción, los bienes públicos mantuvieron las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, impidiéndose con ello que pudiesen ser objeto de relaciones jurídico-patrimoniales y, por consiguiente, garantizándose su destino a un uso público. Ciertamente es que durante la Edad Media, los objetivos primordiales que se perseguían con la declaración de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes públicos eran asegurar la indivisibilidad del reino y garantizar unas fuentes de ingresos permanentes a la Corona para evitar nuevos impuestos a los ciudadanos, pero también es razonable pensar que el Derecho medieval actuaba, como el Derecho romano, como un Derecho protector de los bienes públicos con el fin de garantizar su uso o destino público.

### **2.3 La consideración de los puertos como regalías de la Corona**

Los puertos son un claro ejemplo del proceso de subjetivación de los bienes destinados a un uso público que se vivió durante la Edad Media a través de las regalías, fruto de la confusión entre el patrimonio privado del rey y el patrimonio de la Corona.

Durante esta etapa, los puertos continuaron siendo, como en el Derecho romano, bienes de uso común que servían de refugio a los barcos para



protegerse de temporales y para facilitar el transporte de mercancías, pero las Partidas los incluyeron también dentro de las regalías de la Corona con el fin primordial de justificar que las rentas que se generaban pertenecían al rey.

En efecto, los puertos se concebían como lugares protegidos y de refugio que estaban destinados a facilitar la carga y descarga de los barcos. Del mismo modo que Ulpiano había definido los puertos como *“conclusus locus quo importantur merces, et inde exportantur”*<sup>63</sup>, la Ley VIII del Título XXXIII de la Partida VII los definió en términos parecidos: *“Puerto es dicho lugar encerrado de montañas, o en la ribera del mar, do se cargan, o descarga las naos, o los otros navios. Otro tal seria, todo lugar do la nave pudiesse ynvernar estando sobre ancoras; mas los otros lugares do pueden ancorar, e no se podrian defender de gra tormeta son dichos playa, o piélagos”*.

Para garantizar este destino de los puertos como lugares de refugio y para la carga y descarga de mercancías, la Ley VI del Título XXVIII de la Partida III recogió la regla de su uso público al disponer que *“Los rios, e los puertos, e los caminos publicos pertenece a todos los omes comunalmente, en tal manera que tabien puede usar dellos los q son de otra tierra estraña, como los que moran, e biven en aquella tierra, do son”*. Eran, pues, bienes que no pertenecían a nadie cuyo uso no estaba restringido.

Pero lo realmente novedoso fue la sujeción de los puertos a la autoridad y jurisdicción de los reyes y, como consecuencia de su consideración como regalías de la Corona, la atribución a los reyes de las rentas generadas en los puertos. Los puertos podían ser usados por todos, pero pertenecían al señorío del rey, que ejercía sobre ellos su autoridad y jurisdicción, por lo que bajo su autoridad se ejercía el control sobre las entradas y salidas de los puertos y se revolvían las disputas por la carga y descarga de mercancías o por los accidentes dentro del puerto. Además, al pertenecer los puertos al señorío del rey, las rentas que se generaban también le pertenecían. Ello se justificaba no sólo por la necesidad de costear las obras portuarias, sino también por el

---

<sup>63</sup> Digesto 50.16.59.

esfuerzo militar que debía realizar la Corona para garantizar la seguridad de la navegación y del comercio<sup>64</sup>.

Así, de la Ley XVII del Título XVIII de la Partida III se infería la autoridad de los reyes sobre los puertos al disponer que *“Mandan los Reyes muchas vegadas guardar puertos de mar, porque non saqun cosas vedadas del reyno; o porque non venga por y navios de que viniessen daño a su señorío”*<sup>65</sup>.

Y la Ley XI del Título XXVIII de la Partida III previó el derecho de los reyes a percibir las rentas generadas en los puertos: *“Las rentas de los puertos e de los portadgos que da los mercadores por razon de las cosas que sacan, o meten en la tierra, e las rentas de las salinas o de las pesqueras e de las ferrerías e de los otros metales e los pechos e los tributos que dan los omes son de los Emperadores e de los Reyes. E fuero les otorgadas todas estas cosas porque oviessen con que se mantoviessen onrradamente en sus despensas, e con que pudiessen amparar sus tierras, e sus reynados, e guerrear contra los enemigos de la fe, e por que pudiessen escusar sus pueblos de echar les muchos pechos o de fazelles otros agraviamientos”*.

En definitiva, como contrapartida al hecho de que los puertos quedaban bajo el mandato y protección de los reyes, estos se apoderaban de las rentas que se generaban. Pero la intervención de la Corona se acababa aquí. De hecho, la regla general era que su construcción fuese a cargo de los municipios, a los que la Corona les otorgaba el privilegio de establecer determinados tributos

---

<sup>64</sup> Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., p. 208.

<sup>65</sup> Según apunta Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., pp. 41-79, en los reinos medievales hispánicos se aprobaron otras normas tendentes a confirmar la autoridad del rey sobre los puertos. Así, los *Usatges* de Barcelona (siglo XII) otorgaban al conde de Barcelona la autoridad sobre los puertos; las Ordenanzas de la Ribera de Barcelona (1258) también otorgaban al monarca la autoridad sobre el puerto; los *Costums* de Tortosa (1272), después de recordar el uso público y común de los puertos, atribuía al *veguer* real la autoridad sobre el puerto; también los *Furs de Valencia* atribuían al rey, y por delegación de éste al *batlle general*, la jurisdicción sobre los puertos. También en los puertos de Castilla se reafirmó la autoridad real al imponer la Corona los tributos y al ejercer dicha autoridad a través de un corregidor, con funciones jurisdiccionales y de mantenimiento del buen estado de los puertos.

para costear las obras (derechos de anclaje, diezmo real, almirantazgo)<sup>66</sup>. Y posiblemente esta escasa intervención de la Corona explica que la mayoría de los puertos medievales en España no pasasen de ser simples fondeaderos naturales que como mucho tenían algún muelle o embarcadero de madera<sup>67</sup>, situación que, como luego se verá, el Estado trató de revertir con una mayor intervención a partir del momento en que las necesidades de la navegación y el comercio exigieron mejores puertos en nuestras costas.

### **3. La elaboración de la teoría del dominio público en Francia**

#### **3.1 Los bienes inalienables de la Corona como antecedente inmediato del dominio público**

En Francia, como en España, se planteó el mismo problema de la enajenación de los bienes de la Corona apuntado anteriormente, y para hacer frente a esta problemática se distinguió entre los bienes propiamente de la Corona y los bienes personales del soberano, atribuyendo sólo a los primeros el carácter de inalienables.

Según destaca Auby<sup>68</sup>, esta distinción entre bienes de la Corona y bienes personales del rey fue lo que contribuyó al nacimiento del patrimonio público en Francia.

---

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, en el puerto de Barcelona el rey Alfonso V concedió en 1438 el privilegio a la ciudad para construir un puerto y el muelle en el sitio que eligiese y autorizó la imposición de derechos de anclaje para pagar las obras. Y en 1380 el rey Pedro IV concedió el privilegio a la ciudad de Barcelona para imponer ciertas contribuciones a las mercancías con el fin de edificar una nueva lonja. En los puertos de Lequeitio, Bilbao o Gijón, la Corona de Castilla cedió algunas de sus regalías y tributos para costear estas obras. Y en Sevilla la Corona autorizó que se exigiese el almirantazgo, que grababa la carga y descarga de mercancías y la utilización del puerto, así como el anclaje. Véase a Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., pp. 90-131.

<sup>67</sup> Romero Muñoz, D. y Sáenz Sanz, A., "La construcción de los puertos: siglos XVI-XIX", en Guimerá, A. y Romero, D. (editores), *Puertos y sistemas portuarios (siglos XVI-XX): Actas del Coloquio Internacional El sistema portuario español*, 19-21 de octubre de 1995, Ministerio de Fomento (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones), Madrid, 1996, pp. 185-212.

<sup>68</sup> Auby, J.M., *Droit administratif des biens. Domaine public et privé. Travaux et ouvrages publics. Expropriation*, Dalloz, 5ª ed., Paris, 2008, p. 3.

En efecto, durante el Antiguo Régimen los bienes de la Corona se consideraban inalienables por el hecho de estar ligados al reino, en el que cada monarca lo era tan sólo de manera temporal. Y fue precisamente la consagración de este principio de inalienabilidad lo que propició durante esta etapa que se empezase a forjar un régimen jurídico particular de los bienes de la Corona, contribuyendo de esta manera al nacimiento de la teoría general del dominio público, que en los siglos venideros se fue elaborando poco a poco en distintas etapas.

Más concretamente, Boulet-Sautel<sup>69</sup> sitúa el inicio de la elaboración de la teoría del dominio público en Francia en la aprobación del Edicto de Moulins de 15 de febrero de 1566, que vino a consagrar la regla de la inalienabilidad de los bienes integrados en el dominio de la Corona, que ya había sido anunciada por un anterior Edicto de 30 de junio de 1539. El Edicto de Moulins de 1566 estableció con carácter general la regla de la inalienabilidad de los bienes de la Corona, regla que sólo admitía como excepciones los casos de “*apanage*”<sup>70</sup> y por necesidades de guerra: “*Le domaine de notre Couronne ne peut être aliéné qu’en deux cas seulement, l’un pour appanage des puisnez masles de la Maison de France; auquel cas y a retour à nostre Couronne par leur decez sans masles, en pareil estat et condition qu’estoit ledict domaine lors de la concession de l’appanage: nonobstant toute disposition, possession, acte expres ou taisible faict ou intervenu pendant l’appanage; l’autre pour l’aliénation à deniers comtans pour la nécessité de la guerre, après lettres patentes pour ce decernees et publiees en nos parlemens: auquel cas y a faculté de rachapt perpetuel*” (art. 1).

Del Edicto de Moulins de 1566 se desprendía, en definitiva, que junto a un dominio fijo constituido por los bienes y derechos acumulados por la Corona existentes en el momento de coronarse un nuevo rey –dominio inalienable,

---

<sup>69</sup> Boulet-Sautel, M., “*De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public*”, en *Droits*, nº 22, 1995, pp. 91-102.

<sup>70</sup> El “*apanage*” era una donación de patrimonio de la Corona que el rey hacía a favor de los miembros masculinos de la familia real que no eran los herederos al trono. Generalmente se trataba de tierras del dominio de la Corona que los beneficiarios de la donación no podían alienar y que volvían al dominio de la Corona cuando dicho beneficiario moría sin descendencia masculina. Se trataba, pues, de una regla que pretendía conseguir que el territorio francés no fuese troceado.

salvo las excepciones citadas—, había también un dominio casual integrado por los bienes y derechos que el rey había adquirido como cualquier persona privada –dominio que sí podía ser alienado.

Cierto es, según apunta la doctrina francesa, que la regla de la inalienabilidad ya estaba presente durante el siglo XIV, pero se suele coincidir en que la consagración de esta regla no tuvo lugar hasta el siglo XVI, primero mediante el Edicto de 1539 y especialmente después con el Edicto de Moulins de 1566.

En esta progresiva elaboración de la teoría general del dominio público debe añadirse otro hecho ocurrido un siglo después, el XVII, como es la plasmación del principio de imprescriptibilidad mediante un Edicto de 1667, que vino a complementar la regla de la inalienabilidad.

La consagración de la regla de la inalienabilidad del dominio de la Corona en el Edicto de Moulins supuso, según García de Enterría<sup>71</sup>, la reacción contra una concepción patrimonial o señorial del reino que preconizaba que todas las cosas y derechos públicos eran absolutamente disponibles en beneficio del rey para que éste pudiese atender a sus necesidades financieras, lo que llevó a los distintos reyes a realizar frecuentes enajenaciones de bienes de la Corona.

A partir del Edicto de Moulins, distintos autores del Antiguo Régimen en Francia, conocidos como “*domanistes*”, “*domanialistes*” o “*domainiers*” (Charondas Le Caron, Bacquet, Lagarde, Choppin, Nicolas de la Mare, Lefèvre de la Planche, Dunod de Charnage, Loyseau), elaboraron una teoría sobre el dominio que diferenciaba entre los bienes privados del rey y los bienes de la Corona vinculados a la función real, atribuyendo a estos últimos la condición de indisponibles. Así lo atestigua Gaudemet<sup>72</sup>, para quien “*la doctrine dégagée tend uniformément à affirmer l’indisponibilité du domaine, en retranchant du patrimoine «privé» du roi les biens et droits attachés à la fonction royale, à la*

---

<sup>71</sup> García de Enterría, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 54-55.

<sup>72</sup> Gaudemet, Y., “*Du domaine de la Couronne au domaine public. Étude d’histoire des doctrines*”, en VV.AA., *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l’honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007, p. 527.

*Couronne, quelle que soit d'autre part la nature du droit exercé sur ces biens du domaine de la Couronne*". La indisponibilidad de los bienes de la Corona se vinculaba, en definitiva, a la indisponibilidad misma de la Corona.

Para algunos de los citados autores, la minoría, el rey ejercía sobre los bienes de la Corona una forma de propiedad. Para otros, la mayoría, el derecho ejercido por el rey sobre ese dominio era de otra naturaleza. Pero se tratase o no de una forma de propiedad, la conclusión de los distintos autores era siempre la misma: la imposibilidad del rey de disponer de los bienes de la Corona. El rey, afirma Gaudemet<sup>73</sup>, sólo guardaba estos bienes, aseguraba su gestión y garantizaba su afectación a las necesidades de la Corona, pero no podía disponer de ellos y enajenarlos, actos que además, si se llevaban a cabo, eran revocables: *"pour les domanistes sur ce point unanimes, et quels que soient les détours de leur argumentation, faisant appel ou non appel à une forme de propriété, la conclusion est la même: affirmer l'incapacité juridique du roi à disposer du domaine de la Couronne; il en a la garde; il peut –et même il doit– en assurer la gestion et en garantir l'affectation aux besoins de la Couronne, de l'État; mais il ne peut en disposer et les aliénations qu'il consentirait pendant seraient soumises à révocations"*.

Así pues, según concluye Gaudemet<sup>74</sup>, los *"domanistes"* del Antiguo Régimen rechazaron una concepción patrimonialista del poder, distinguiendo el patrimonio de los gobernantes del patrimonio vinculado al ejercicio de la soberanía, y ello fue lo que tras la Revolución Francesa se consagró en el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, que como luego se verá, convirtió el dominio de la Corona en dominio de la nación.

Esta doctrina que apareció tras la aprobación del Edicto de Moulins, que diferenciaba entre los bienes privados del rey y los bienes de la Corona, se fue desarrollando progresivamente a lo largo de los siglos XVI a XVIII<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 528-529.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 531.

<sup>75</sup> Boulet-Sautel, M., *"De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public"*, *op. cit.*, pp. 91-102.

Así, durante el siglo XVI, destaca la obra de Choppin<sup>76</sup>, quien teorizó sobre esta cuestión afirmando que el dominio de la Corona era algo distinto del dominio particular del rey. Según este autor, el dominio de la Corona se caracterizaba por ser inalienable, como decretaba el Edicto de Moulins, por el simple hecho de que el rey no era propietario del dominio de la Corona y por consiguiente no podía enajenar estos bienes.

En el siglo XVII no hubo ninguna obra consagrada específicamente al dominio, dado que esta institución se incluía dentro de los estudios relativos a las estructuras del Estado o mezclada con el análisis de la soberanía<sup>77</sup>. Entre estos estudios destaca la aportación de Loyseau<sup>78</sup>, que dio un nuevo enfoque a la cuestión. Para este autor, las cosas que en el Derecho romano estaban fuera del comercio de los hombres, esto es, las *res publica*, no se podían incluir dentro del dominio porque esta institución se caracterizaba precisamente por ser una propiedad o señorío privado. Según Loyseau, sobre los bienes que estaban destinados a un uso público, el rey tenía un señorío público, que comportaba tan sólo un deber de guarda y conservación para que todos pudieran usar estos bienes.

En definitiva, según la doctrina francesa del siglo XVII, una cosa era el dominio de propiedad del rey, que le procuraba recursos económicos para gestionar el Estado, y otra cosa distinta eran las cosas que desde el Derecho romano estaban fuera del comercio de los hombres, destinadas al uso de todos, que no se podían incluir dentro del concepto de dominio. Utilizando las palabras de Boulet-Sautel<sup>79</sup>, *“le Domaine est présenté comme une masse de biens susceptibles de procurer au Prince des ressources que lui sont nécessaires pour la gestion de l’Etat. C’est un droit de propriété qu’exerce à son égard le souverain. Les choses hors de commerce –par définition ne produisant pas de revenu– ne peuvent être domaniales. Le souverain, le public y exercent des droits d’un autre nature que la propriété”*.

---

<sup>76</sup> *Traité du Domaine de la Couronne*, 1592.

<sup>77</sup> Boulet-Sautel, M., *“De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public”*, *op. cit.*, pp. 91-102.

<sup>78</sup> *Traité des seigneuries*, 1608.

<sup>79</sup> Boulet-Sautel, M., *“De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public”*, *op. cit.*, p. 96.

En el mismo sentido se expresó, ya en el siglo XVIII, Lefèvre de la Planche<sup>80</sup>, según el cual las cosas que estaban fuera del comercio no eran de propiedad del rey, aunque matizó que sí tenía el dominio sobre sus frutos.

Así pues, desde que se publicó el Edicto de Moulins en 1566 hasta la Revolución Francesa, la evolución de la teoría de los bienes públicos pasó por dos etapas importantes. En un primer momento (siglo XVI) la doctrina puso el acento en distinguir entre el dominio de la Corona o del reino y el dominio privado del rey, con el fin de garantizar la inalienabilidad de los bienes vinculados a la función real. En un segundo momento (siglos XVII y XVIII), algunos autores franceses (Loyseau, Lefèvre de la Planche, Domat) dieron un paso más y formularon una teoría de las cosas públicas que resaltaba su destino al uso público y sobre las que el rey no tenía ningún derecho de propiedad, sino tan sólo un derecho de guarda o poderes de policía<sup>81</sup>.

### **3.2 La transformación del dominio de la Corona en dominio público o nacional durante la Revolución Francesa**

La Revolución Francesa de 1789 supuso un cambio importante en el régimen jurídico de los bienes públicos. Los bienes de la Corona se transformaron en dominio nacional y, además, se previó la posibilidad de su alienación si lo decidía la nación, rompiendo así con la regla de la inalienabilidad consagrada por el Edicto de Moulins de 1566.

La importancia que se quiso dar a esta cuestión lo demuestra el hecho de que éste fue uno de los primeros temas que abordó la Asamblea Revolucionaria, que ya en octubre de ese año nombró un Comité de dominio, cuyos trabajos llevaron a la aprobación del Decreto de la Asamblea Nacional de 22 de

---

<sup>80</sup> *Traité du domaine*, 1764.

<sup>81</sup> Auby, J.M., *Droit administratif des biens. Domaine public et privé. Travaux et ouvrages publics. Expropriation*, op. cit., p. 8.



noviembre de 1790, sancionado luego por el rey mediante Ley de 1 de diciembre de 1790<sup>82</sup>.

El preámbulo de la norma ya avanzaba que *“le domaine public, dans son intégrité & avec ses divers accroissemens, appartient à la nation”*, y añadía que *“la faculté d’aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la nation”*. Así pues, el dominio público o dominio nacional –se usaban ambos términos de forma indistinta e imprecisa, sin distinguirse todavía entre dominio público y dominio privado del Estado– era de propiedad de la nación, y como cualquier propietario podía alienarlo.

No obstante, la anterior conclusión debe matizarse. Ciertamente es que el dominio público que pertenecía a la nación estaba integrado no sólo por los bienes de uso público no susceptibles de propiedad privada, sino también por todos los bienes adquiridos por el rey que pertenecían a la Corona y los adquiridos a título particular. Sin embargo, todo parece indicar que el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790 no quiso incluir entre los bienes susceptibles de alienación a aquellos que estaban destinados al uso público, que al no ser de propiedad de nadie, no eran alienables.

En efecto, en relación con los bienes de uso público, el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790 decía (art. II) que *“Les chemins publics, les rues & places des villes, les fleuves & rivières navigables, les rivages, lais & relais de la mer, les ports, les havres, les rades, &c. & en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d’une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public”*. Se identificaban, pues, todos aquellos bienes que desde el Derecho romano estaban excluidos del patrimonio de los hombres y destinados a un uso público, que eran inalienables al no ser de propiedad de nadie.

---

<sup>82</sup> *Loi relative aux Domaines nationaux, aux Échanges & Concessions qui ont été faits, & aux Apanages*, comúnmente citada por la doctrina como Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790.

Así parece entenderlo Sánchez Morón<sup>83</sup>. A pesar de lo tajante que fue la regla que permitía la enajenación del dominio de la nación, entiende este autor que esta posibilidad no era absoluta, de modo que la alienabilidad no alcanzaba a los bienes que, en virtud del Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, no eran susceptibles de propiedad privada (camino, calles, plazas, ríos navegables, riberas, orillas del mar, puertos, radas, etc.), que eran precisamente los bienes destinados a un uso público.

Por el contrario, en el caso de los bienes de la Corona, no sólo se incluyeron dentro del dominio nacional, sino que además se previó la posibilidad de su alienación. En este sentido, decía el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790 (art. VI) que *“Les biens particuliers du prince qui parvient au trône, & ceux qu’il acquiert pendant son règne, à quelque titre que ce soit, sont de plein droit & à l’instant même unis au domaine de la nation, & l’effet de cette union est perpétuel & irrévocable”*. Y luego admitía la alienación de estos bienes si lo autorizaba la Asamblea Legislativa (art. VIII): *“Les domaines nationaux & les droits qui en dépendent, sont & demeurent inaliénables sans le consentement & le concours de la nation; mais ils peuvent être vendus & aliénés à titre perpétuel & incommutable, en vertu d’un décret formel du corps législatif sanctionné par le roi, en observant les formalités prescrites pour la validité de ces sortes d’aliénations”*.

Así pues, tras la aprobación del Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, en Francia el dominio público o nacional estaba integrado no sólo por los bienes destinados a un uso público, sino también por todos los bienes que hasta ese momento habían pertenecido a la Corona y al rey. Y lo más importante, tras la aprobación de dicha norma, la inalienabilidad de los bienes de la Corona que había sido consagrada por el Edicto de Moulins de 1566 –y que ahora pertenecían a la nación– se substituyó por la posibilidad de alienarlos previa autorización del cuerpo legislativo<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 24.

<sup>84</sup> Algún autor ha apuntado que la transformación de los bienes de la Corona en dominio de la nación y la inaplicación de la regla de la inalienabilidad obedeció a la pérdida de toda idea de función pública en el concepto de bienes públicos. Véase a Parejo Alfonso, L., *“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”*, op. cit., p. 2391.

### **3.3 La depuración y la ampliación del concepto de dominio público en la doctrina posterior a la Revolución Francesa**

Tras los cambios introducidos durante la Revolución Francesa en el patrimonio de la Corona, empezó una etapa caracterizada por la depuración y la ampliación del concepto de dominio público. Tres son los aspectos que merecen destacarse en este proceso: la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado en las obras de Pardessus y Proudhon; la concepción del dominio público como propiedad especial en la obra de Hauriou; y los distintos criterios de afectación como elemento de delimitación del dominio público, que condujo a una superación de la concepción clásica de los bienes públicos, limitada según se ha visto a los bienes afectados a un uso público.

El punto de partida en el análisis de la teoría del dominio público elaborada tras la Revolución Francesa debe situarse en la aprobación del Código Civil de Napoleón, que tuvo lugar mediante la Ley de 21 de marzo de 1804.

La doctrina suele decir que el Código Civil francés no cambió los principios básicos sentados en el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, sino que en cuatro disposiciones muy breves (artículos 538 a 541) se limitó a precisar y a complementar los cambios introducidos en el dominio público durante el periodo revolucionario. En cualquier caso, merece destacarse que a diferencia de la regulación contenida en el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, se prescindió de la expresión dominio nacional para utilizar exclusivamente la de dominio público, y además ya no se hablaba de dominio de la nación, sino de dominio del Estado.

El artículo del Código Civil francés realmente relevante es el 538<sup>85</sup>, ubicado dentro del capítulo dedicado a la propiedad, dado que fue el precepto que

---

<sup>85</sup> Los otros preceptos del Código Civil dedicados al dominio público disponían lo siguiente:

recogió la figura del dominio público. Dicho precepto disponía que *“Les chemins, routes et rues à la charge de l’État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d’une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public”*.

Este precepto del Código Civil prácticamente se limitó a reproducir lo que tiempo atrás había establecido el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790. Se trataba de un sistema enumerativo de los bienes de dominio público que no contenía una cláusula que definiese sus características generales, sino que se limitaba a citar de forma casuística los bienes que tenían la condición de dominio público por el hecho de estar afectados a un uso público<sup>86</sup>. El criterio en común a todos ellos era que se trataba de bienes no susceptibles de propiedad privada.

Sin embargo, las previsiones de este artículo fueron muy importantes en la delimitación del concepto de dominio público, ya que a partir de su análisis la doctrina francesa del siglo XIX dedujo la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado, y lo que es más importante, la delimitación entre los bienes inalienables y los que sí eran alienables. Como advierte Parejo Alfonso<sup>87</sup>, el Código Civil francés no cambió la regla de la alienabilidad que introdujo el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, pero de sus preceptos dedicados al dominio público se desprende que ciertas cosas de dominio público destinadas a un uso público eran inalienables por el hecho de hallarse fuera del comercio de los hombres.

---

Art. 539: *“Tous les biens vacants et sans maître et ceux de personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent au domaine public”*

Art. 540: *“Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses aussi partie du domaine public.”*

Art. 541: *“Il en est de même des terrains, des fortifications et des remparts des places ne sont plus places de guerre: ils appartiennent à l’État s’ils n’ont pas été valablement aliénés ou si la propriété n’a pas été prescrite contre lui.”*

<sup>86</sup> Aunque también es cierto que el Código Civil francés incluyó dentro del dominio público determinados bienes que no estaban afectados a un uso público, como las fortificaciones (art. 540).

<sup>87</sup> Parejo Alfonso, L., *“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”*, op. cit., pp. 2392-2393.

La primera formulación de esta distinción entre dominio público y dominio privado del Estado se debe a Pardessus<sup>88</sup>. Frente a la mayoría de autores franceses que defendían que el dominio público formaba parte del dominio del Estado y que, por consiguiente, como propietario de estos bienes, el Estado podía enajenarlos, Pardessus sostuvo –a partir de la mención del dominio público contenida en el Código Civil– que de los bienes de dominio del Estado susceptibles de apropiación privada debía distinguirse el dominio público, que era aquél que estaba consagrado por naturaleza al uso de todos, inalienable, imprescriptible e imposible de servidumbre. En palabras de Pardessus<sup>89</sup>, “*Tout ce qui forme le Domaine public, les objets qui le composent, sont par leur nature consacrés à l’usage de tous, au service général; ils n’appartiennent à titre de Domaine à qui ce soit, et l’Etat n’en est pas moins le propriétaire que le conservateur et le dépositaire pour garantir leur destination*”.

Esta teoría de Pardessus, según indica Gaudemet<sup>90</sup>, fue defendida por otros autores integrados en “*l’École de l’Exégèse*”, como Delvincourt, Duranton o Demolombe. Pero fue especialmente Proudhon<sup>91</sup>, decano de la Facultad de Derecho de Dijon, quien sistematizó la distinción entre bienes de dominio público o “*choses comunes*” y bienes de dominio privado del Estado o “*domaine de l’Etat*”. Para Proudhon, el dominio público estaba formado por bienes inalienables e imprescriptibles mientras durase su destino a un uso público. Por el contrario, en el dominio privado este autor incluía los bienes productivos, que eran de propiedad del Estado, de los que gozaba como cualquier otro propietario.

Proudhon, en definitiva, tenía una concepción del dominio público –que es la base de la doctrina administrativa contemporánea, según Boulet-Sautel<sup>92</sup>– que partía de la clásica división romana de las cosas, deduciendo de esta división

---

<sup>88</sup> *Traité des servitudes*, 1806.

<sup>89</sup> Cita sacada del artículo de Boulet-Sautel, M., “*De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public*”, *op. cit.*, p. 100.

<sup>90</sup> Gaudemet, Y., “*Du domaine de la Couronne au domaine public. Étude d’histoire des doctrines*”, *op. cit.*, p. 533.

<sup>91</sup> *Traité du domaine public*, 1833.

<sup>92</sup> Boulet-Sautel, M., “*De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public*”, *op. cit.*, pp. 101-102.

una irreductible oposición por naturaleza entre las cosas que estaban dentro o fuera del comercio de los hombres.

Así pues, a partir de la obra de Proudhon, se consideró que, sobre los bienes de dominio público, el Estado no ostentaba ningún derecho de propiedad, sino tan sólo poderes de guarda y vigilancia con el fin de garantizar su afectación a un uso público. Se trataba de bienes destinados al uso de todos, que no eran de propiedad de nadie, por lo que el Estado no podía enajenarlos porque no se puede transmitir lo que no pertenece a nadie.

La relación del Estado con estos bienes de uso común era, pues, una relación de Derecho administrativo, no una relación de propiedad, porque según se decía, el Estado no tenía el derecho de gozar y disponer de estos bienes de manera absoluta, que es la esencia de la propiedad. Para Proudhon y los que siguieron esta tesis, no podía haber una relación de propiedad sobre los bienes de dominio público desde el momento en que no se reconocían las características elementales de la propiedad quiritaria (*ius utendi, ius fruendi y ius abutendi*).

La teoría de Proudhon fue compartida por otros autores franceses, como Berthélémy, Ducrocq, De Recy, Duguit o Jèze, e incluso la jurisprudencia de ese país aceptó inicialmente esta teoría, aunque tras la aparición de la obra de Hauriou se abandonó al considerar que el Estado era propietario del dominio público.

En efecto, frente a la concepción de Pardessus y Proudhon, Hauriou<sup>93</sup> elaboró la tesis de la propiedad administrativa, distinta del derecho de propiedad general. Según esta tesis, el Estado ostentaba una relación de propiedad sobre los bienes de dominio público que estaba sujeta a reglas de Derecho administrativo. Como pone de manifiesto Gaudemet<sup>94</sup>, para Hauriou existía una propiedad administrativa junto a la propiedad de derecho privado, de la misma

---

<sup>93</sup> *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, 1892.

<sup>94</sup> Gaudemet, Y., “*Du domaine de la Couronne au domaine public. Étude d’histoire des doctrines*”, *op. cit.*, p. 534.

manera que existían contratos administrativos distintos de los contratos de derecho privado, o responsabilidad administrativa diferente de la responsabilidad civil de derecho privado. Hauriou, según apunta Franch Sager<sup>95</sup>, consideraba que la relación que une un bien de dominio público con el Estado es una relación de propiedad porque antes y después de que el bien sea afectado a una utilidad pública, dicho bien es de dominio privado, no concibiéndose la existencia de un paréntesis en el que el Estado pierde ese derecho de propiedad por el hecho de la afectación a una utilidad pública.

No obstante, el hecho de que Hauriou concibiese el dominio público como un derecho de propiedad atribuido al Estado no significaba que estos bienes fuesen alienables o prescriptibles. Bien al contrario, este autor entendía que, a pesar de existir una relación de propiedad, el dominio público era inalienable e imprescriptible debido precisamente a su afectación al uso público.

La propiedad administrativa concebida por Hauriou era, en definitiva, y tomando las palabras de Sánchez Morón<sup>96</sup>, una propiedad especial por la finalidad pública que se perseguía, siendo precisamente la afectación a esta finalidad pública el elemento que distinguía los bienes de dominio público de los bienes de dominio privado.

Al margen de esta discusión doctrinal sobre si el dominio público era o no era una propiedad del Estado, que tantos ríos de tinta hizo correr en la doctrina española del siglo XX, otro aspecto clave sobre el que pivotó la delimitación del concepto de dominio público se refiere a los distintos criterios de afectación de estos bienes, que fue lo que en definitiva propició una progresiva ampliación del ámbito del dominio público.

En este sentido, dentro de los bienes destinados al uso de todos, Berthélémy<sup>97</sup> distinguía entre los que lo eran por su origen o naturaleza, como podían ser las

---

<sup>95</sup> Franch i Sager, M., *“Imbricación del dominio público y privado”*, en RAP, nº 139, 1996.

<sup>96</sup> Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 25.

<sup>97</sup> *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 1933.

aguas, y los que lo eran por su destino o afectación, como era el caso de los caminos.

También Duguit y Hauriou se ocuparon de esta cuestión. Ambos autores, a pesar de haber discrepado a principios del siglo XX sobre si entre el Estado y los bienes de dominio público existía o no un derecho de propiedad, según se ha apuntado, coincidían en que la afectación a un fin público era lo que determinaba que un bien fuese de dominio público.

En efecto, Duguit<sup>98</sup> no fundamentaba el dominio público en la naturaleza de los bienes, como es el caso de Berthélémy, sino que se basaba en la afectación a un servicio público en un sentido amplio, que incluía según expone Auby<sup>99</sup>, la afectación a un uso público. Para Duguit, el carácter demanial de un bien y la consiguiente aplicación de un régimen jurídico exorbitante no derivaba de su naturaleza, sino de la decisión acordada por el Estado de afectar ese bien a un interés general.

Duguit, además, planteó lo que se conoce como la “*escala de la demanialidad*”. En base a ella, consideraba que todos los bienes del Estado estaban afectos, de un modo u otro, a fines públicos, de manera que la diferencia entre los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado venía determinada por la intensidad de esta afectación.

Otros autores como Barckausen<sup>100</sup> y Bonnard<sup>101</sup> también rehusaron fundamentar el dominio público en la naturaleza de los bienes, aunque a diferencia de Duguit prefirieron utilizar el doble criterio de la afectación a un uso público y a un servicio público, en vez de la afectación a un servicio público en el sentido amplio de Duguit.

---

<sup>98</sup> *Traité de Droit constitutionnel*, 1930.

<sup>99</sup> Auby, J.M., *Droit administratif des biens. Domaine public et privé. Travaux et ouvrages publics. Expropriation*, op. cit., p. 34.

<sup>100</sup> *Étude sur la théorie générale du domaine public*, 1902.

<sup>101</sup> *Précis de droit administratif*, 1935.



Hauriou, en cambio, fue un poco más allá que Duguit, Barckausen y Bonnard y propuso utilizar una fórmula única, la afectación a una utilidad pública. Según resalta Álvarez-Gendín<sup>102</sup>, Hauriou sustituyó la afectación de los bienes a un servicio público concebida por Duguit por la afectación de los bienes a la utilidad pública, concepto más amplio que incluía tanto la afectación a un uso directo del público como la afectación a un servicio público.

En resumen, como acertadamente expone Fernández de Velasco<sup>103</sup>, para Hauriou eran bienes de dominio público las propiedades administrativas afectadas a una utilidad pública, ya fuese ésta un uso común o un servicio público, y precisamente por esta afectación estos bienes se consideraban inalienables e imprescriptibles y estaban protegidos por reglas especiales de policía.

Sin embargo, debe matizarse que el criterio de la afectación de los bienes a un servicio público no fue compartido por toda la doctrina. Como expone Auby<sup>104</sup>, autores como Jèze, Coquet, Waline o Latournerie cuestionaron la tesis que consideraba como dominio público aquellos bienes vinculados con un servicio público.

En este sentido, Jèze<sup>105</sup> excluía del dominio público a todos los bienes afectados a un servicio público, y Coquet precisaba que sólo eran demaniales los bienes afectados a un servicio público que jugasen en el servicio un rol principal. Para Waline<sup>106</sup>, los bienes de dominio público eran aquellos que

---

<sup>102</sup> Álvarez-Gendín, S., *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 32.

<sup>103</sup> Fernández de Velasco, R., "*Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou*", en *Revista de Derecho Privado*, 1921, pp. 233-234. A este autor se debe la introducción en España de la tesis patrimonialista del dominio público concebida en Francia por Hauriou, que considera que los bienes de dominio público son una forma de propiedad inalienable e imprescriptible, afectados a una utilidad pública, tesis que pronto fue mayoritaria en nuestra doctrina (Álvarez-Gendín, Guaita, García de Enterría, Garrido Falla), en el Consejo de Estado y en la jurisprudencia. Los contrarios a esta tesis (Villar Palasí, Parejo Gamir, Rodríguez Oliver, Gallego Anabitarte, Parejo Alfonso) defienden que el dominio público no es una forma de propiedad, sino un título de intervención administrativa dirigido a proteger y ordenar la utilización de determinados bienes de interés general.

<sup>104</sup> Auby, J.M., *Droit administratif des biens. Domaine public et privé. Travaux et ouvrages publics. Expropriation*, op. cit., p. 35.

<sup>105</sup> *Définition du domaine public*, 1931.

<sup>106</sup> *Les mutations domaniales*, 1925.

estuviesen afectados a una utilidad pública, pero sólo debían incluirse en esta categoría los bienes que, por su naturaleza, por su destino especial o por su importancia histórica o científica, fuesen necesarios para un servicio público o para satisfacer una necesidad pública y no pudiesen ser reemplazados por otros en ese rol. Mientras que para Latournerie, el dominio público sólo incluía los bienes que eran objeto mismo del servicio público, como los puertos o las fortificaciones, pero no los bienes que sólo eran los medios del servicio.

Se puede concluir, en definitiva, que los distintos autores franceses que durante el siglo XIX y principios del siglo XX teorizaron sobre el dominio público usaron el criterio de la afectación para delimitar esta categoría de bienes, ya fuese una afectación a uso público, a un servicio público o, en términos más generales, a una utilidad pública, aunque también es cierto que algunos autores huyeron de este criterio<sup>107</sup>.

Y es precisamente esta afectación de los bienes a un uso público o a un servicio público lo que determinaba la aplicación de un régimen jurídico exorbitante, caracterizado especialmente por las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Ya no se trataba, como en el Antiguo Régimen, de impedir con la regla de la inalienabilidad que el rey dilapidase el patrimonio de la Corona, sino que lo fundamental, como ocurría en Roma con las *res extra commercium* (*res publicae in publico usu, res communes omnium y res universitatis*), era garantizar la afectación de estos bienes a una utilidad pública (un uso público o un servicio público). Así lo expresa resumidamente Rousselet<sup>108</sup>: “*Si, aujourd’hui, l’inaliénabilité inhérente aux biens composant le domaine public vise à garantir l’affectation à l’usage public ou au fonctionnement des services publics, elle avait dans l’ancienne France pour seul but d’empêcher la dilapidation des biens affectés aux revenus du souverain*”.

---

<sup>107</sup> Autores como Alibert o Jansse concibieron el dominio público al margen de la afectación. Alibert consideraba que había dominio público cuando la Administración podía adoptar medidas de policía. Y Jansse afirmaba que el dominio público sólo se explicaba por la voluntad del legislador.

<sup>108</sup> Cita extraída de Gaudemet, Y., “*Du domaine de la Couronne au domaine public. Étude d’histoire des doctrines*”, *op. cit.*, p. 532.

Y si la afectación a una utilidad pública se convertía en el eje que permitía delimitar el dominio público, ello suponía un cambio importante en la concepción de estos bienes en comparación con el dominio de la Corona, que según se vio, se identificaba por ser de propiedad del rey. Así lo resume Gaudemet<sup>109</sup>: *“Le domaine de la Couronne était identifié par son propriétaire, le roi, et comprenait des éléments très hétérogènes, notamment beaucoup de droits incorporels, source de revenus. Le domaine public est identifié et caractérisé par son affectation à l'utilité publique; il ne comprend plus de droits incorporels”*.

La doctrina posterior a la Revolución Francesa realizó, en definitiva, una importante labor de depuración del concepto de dominio público, pero lo que es más importante por lo que aquí interesa, contribuyó a ampliar el ámbito de aplicación de esta figura. El dominio público ya no estaba reservado, como en el Derecho romano, a los bienes destinados a un uso público de todos los ciudadanos, sino que abarcaba también a aquellos bienes que servían al funcionamiento de los servicios públicos, y esto fue muy importante a partir del momento en que se empezaron a implantar los servicios públicos, pues la figura del dominio público se convirtió en un título de intervención en manos del Estado que le permitía ordenar no sólo los bienes, sino también las actividades publicadas.

Este es, en definitiva, el panorama doctrinal que se encuentra el legislador español del siglo XIX cuando se importa de Francia la figura del dominio público, como seguidamente se expondrá.

#### **4. El reflejo de la doctrina francesa del dominio público en la legislación española del siglo XIX y su uso indebido para designar algunas realidades ajenas al dominio público**

---

<sup>109</sup> Gaudemet, Y., *“Du domaine de la Couronne au domaine public. Étude d'histoire des doctrines”*, op. cit., p. 535.

La doctrina española coincide en afirmar que la introducción en España de la figura del dominio público se debe a la obra escrita por Colmeiro<sup>110</sup> en 1850, que luego tuvo su reflejo en distintas normas que se fueron aprobando durante el siglo XIX, entre ellas el Código Civil de 1889.

Como apunta Serna Vallejo<sup>111</sup>, Colmeiro identificó en la división de las cosas contenida en las Partidas la distinción entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales de la Administración que fue teorizada por Proudhon. Para Colmeiro, el dominio público estaba integrado por las cosas que correspondían en plena propiedad a la nación –por derecho de soberanía–, que podían ser usadas por todos. Se trataba de aquellas cosas como los puertos, las costas, los caminos y las carreteras, que desde el Derecho romano estaban fuera del comercio de los hombres, eran inalienables e imprescriptibles y se caracterizaban por estar afectadas a un uso público. En cambio, los bienes patrimoniales del Estado –decía Colmeiro– eran aquellos bienes que le pertenecían por derecho de propiedad, como podían ser los baldíos, los montes, las minas, los bienes mostrencos y los bienes nacionales.

La introducción en España de las tesis francesas sobre el dominio público incidió de lleno en la legislación española de Derecho administrativo aprobada durante la segunda mitad del siglo XIX, en la que poco a poco se empezó a usar el término dominio público.

Ello permitió al Estado dotarse de un título para intervenir no sólo sobre determinados bienes de su titularidad, sino también sobre las actividades que requerían el uso de estos bienes para poderse acometer. El objetivo, pues, era doble: por un lado, al calificar determinados bienes como dominio público, se garantizaba el destino público al cual estaban afectados; por el otro, el dominio público se convertía en un poderoso título de intervención sobre determinadas

---

<sup>110</sup> Colmeiro, M., *Derecho Administrativo español*, tomo II, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid y Santiago de Compostela, 1850 (reeditado por Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995).

<sup>111</sup> Serna Vallejo, M., “*Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*”, *op. cit.*, pp. 51-52.

actividades dotadas de un evidente interés general desarrolladas sobre estos bienes.

No obstante, la escasa depuración del concepto de dominio público propició que en ocasiones se usase esta figura para referirse a situaciones en las que, en puridad, no se estaba ante bienes de dominio público. El caso paradigmático por lo que aquí interesa fueron los ferrocarriles construidos por particulares, según se verá.

La introducción de la figura del dominio público en nuestro ordenamiento jurídico fue un proceso que se caracterizó por dos notas. Por un lado, la paulatina depuración del concepto, que buscó fundamentalmente su distinción del dominio privado del Estado, y por el otro, la ampliación progresiva de la lista de bienes incluidos dentro del dominio público.

Centrándonos en este segundo aspecto por su relación con el objeto de esta tesis, se constata que junto a aquellos bienes que desde el Derecho romano estaban destinados al uso de todos, se fueron incluyendo en el dominio público otros bienes, como son los que estaban afectados a un servicio público o incluso determinados bienes destinados a fomentar la riqueza nacional<sup>112</sup>.

En efecto, el concepto de dominio público evolucionó durante el siglo XIX: frente a la idea original que identificaba estos bienes tan sólo con las parcelas estériles, libres, comunes y abiertas al uso gratuito de todos<sup>113</sup>, se incluyeron también aquellos bienes afectados a la prestación de servicios públicos. Ello supuso, como acertadamente expone Garrido Falla<sup>114</sup>, un cambio en el criterio para determinar cuáles eran los bienes que se debían incluir en el dominio público. Frente a un criterio de dominio público por su naturaleza, que sólo incluía las porciones de terreno afectadas al uso de todos no susceptibles de

---

<sup>112</sup> González García, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 22-34.

<sup>113</sup> Fuentes Bodelón, F., *Derecho administrativo de los bienes (Dominio público y Patrimonio)*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977, p. 36.

<sup>114</sup> Garrido Falla, F., "Comentarios a los artículos 338 a 345 del Código Civil", en Albaladejo, M. (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, volumen I, Revista de Derecho Privado – EDERSA, 1980.

propiedad privada, apareció una idea de dominio público por su afectación, que estaba constituido por aquellas propiedades administrativas afectadas al uso de todos o al funcionamiento de un servicio público, y que fue la tesis que finalmente se plasmó en el Código Civil de 1889 (art. 339).

El Estado, en definitiva, necesitado de nuevos títulos que legitimasen su intervención en algunos sectores de actividad, encontró en la ampliación del concepto de dominio público el medio idóneo a esta finalidad.

El punto de partida de este proceso de introducción de la figura del dominio público en nuestro ordenamiento jurídico suele situarse por la doctrina en la legislación de aguas, que, según parece, fue la primera que usó con propiedad el término dominio público.

Cierto es, como apunta Menéndez Rexach<sup>115</sup>, que la Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847<sup>116</sup> usó la expresión dominio público, pero ello no fue para referirse a bienes que estaban fuera del comercio de los hombres, inalienables e imprescriptibles, caracterizados por su afectación a un uso público, sino más bien con el propósito de remarcar la idea de que estos bienes no eran de dominio particular. La norma decía que *“cuando fenezca el término que concede esta Ley a los autores o editores o a sus herederos o derechohabientes, o no conste el dueño o propietario de una obra, entrará ésta en el dominio público”* (art. 14). El término dominio público, pues, se utilizaba de manera impropia porque lo que la Ley quería decir era que estas obras literarias pertenecían a todos en general y a nadie en particular.

Fue, en definitiva, la legislación de aguas la que, en puridad, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de dominio público en los términos que le eran propios, y en particular, todo parece indicar que la primera norma que lo usó fue una Real Orden de 24 de mayo de 1853<sup>117</sup>, en la que se dijo que

---

<sup>115</sup> Menéndez Rexach, A., *“El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho público español”*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2004, p. 209.

<sup>116</sup> Gaceta de Madrid de 15 de junio de 1847.

<sup>117</sup> Gaceta de Madrid de 9 de junio de 1853.

*“las aguas de los ríos y sus cauces son de dominio público y, por tanto, no susceptibles de apropiación privada”*. Al declarar que las aguas de los ríos y sus cauces eran bienes que estaban fuera del patrimonio privado de las personas, se estaba aludiendo a las *res extra commercium* del Derecho romano destinadas al uso o aprovechamiento común.

La misma idea se reiteró luego en el Real Decreto de 29 de abril de 1860<sup>118</sup>, en el que se estableció que los cauces de los ríos, riachuelos, rieras, arroyos y cualquier otra clase de corrientes naturales eran del dominio público, así como las aguas que por ellos discurriesen (arts. 1.1 y 19). Y lo mismo ocurrió con la Ley de aguas de 3 de agosto de 1866<sup>119</sup>, a la que posteriormente se hará referencia, en la que se estableció que eran del dominio público las costas del territorio español, con sus obras, ensenadas, calas, radas, bahías y puertos, el mar litoral y las playas (art. 1); las aguas pluviales que discurren por torrentes o ramblas, cuyos cauces sean de dominio público (art. 31); las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio, las aguas de los ríos y las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales (art. 33); los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos y se alimentan con aguas públicas (art. 44); y las aguas subterráneas que no sean alumbradas en terrenos de propiedad privada (art. 45).

Además de la legislación de aguas, también la Ley de carreteras de 22 de julio de 1857<sup>120</sup> se hizo eco del dominio público. Bien es cierto que esta Ley no utilizó la expresión dominio público, sino que empleó el término servicio público para referirse a aquellos caminos y carreteras de uso general y público, en contraposición a aquellas carreteras que eran de servicio particular (arts. 1 y 25). Pero, como apunta Menéndez Rexach<sup>121</sup>, la Ley de carreteras de 1857 utilizó el término servicio público como sinónimo de dominio público<sup>122</sup>. Ello es

---

<sup>118</sup> Gaceta de Madrid de 6 de junio de 1860.

<sup>119</sup> Gaceta de Madrid de 7 de agosto de 1866.

<sup>120</sup> Gaceta de Madrid de 29 de julio de 1857.

<sup>121</sup> Menéndez Rexach, A., *“El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho público español”*, op. cit., pp. 210-211.

<sup>122</sup> La Ley de carreteras de 4 de mayo de 1877 y la Ley de caminos vecinales de 29 de junio de 1911 (publicadas en la Gaceta de Madrid de 6 de mayo de 1877 y de 5 de julio de 1911,

así porque en esta etapa inicial de introducción de la figura del dominio público, sin una clara depuración de su concepto, era habitual la equiparación de términos como dominio público, uso general, servicio general o servicio público, que propició que en ocasiones se designasen como dominio público bienes que en realidad no obedecían a esta categoría (Ley de Propiedad Literaria de 1847), o que en otras se usase un término distinto para designar lo que en realidad sí era dominio público (Ley de carreteras de 1857).

Pero donde sí hubo una utilización impropia de la expresión dominio público fue en la legislación ferroviaria del siglo XIX, como en líneas posteriores se verá con un análisis más completo sobre esta problemática, pues a pesar de que la Ley de ferrocarriles de 3 de junio de 1855<sup>123</sup> –y luego la Ley de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877<sup>124</sup>– afirmó que *“todas las líneas de ferrocarril destinadas al servicio general son del dominio público”* (art. 3), plantea serias dudas si las infraestructuras de propiedad privada de las empresas concesionarias que las construyeron eran realmente bienes de dominio público, porque falla el elemento de la titularidad pública de los bienes. Si se asume la tesis subjetiva del dominio público, que exige que estos bienes sean de titularidad de una Administración Pública para ser considerados bienes de dominio público, difícilmente se puede admitir su inclusión en esta categoría cuando nos hallamos ante bienes cuya propiedad pertenece a los concesionarios privados. Más bien puede pensarse que aquí el término dominio público empleado por las leyes de ferrocarriles del siglo XIX se utilizaba para referirse a ferrocarriles de uso general, en contraposición a aquellas líneas de ferrocarril que eran de uso particular (utilizados generalmente para la explotación de alguna industria). Avalaría esta interpretación el hecho de que en el siglo XIX se incluían en el concepto de obra pública aquellas obras destinadas al uso general construidas por particulares en régimen de concesión que, como luego se verá, en la Ley de obras públicas de 1877 conservaban su propiedad hasta que finalizase la concesión, y además eran enajenables. Sólo

---

respectivamente) también utilizaron la expresión *“servicio público”* como sinónimo de *“dominio público”*. No fue hasta la Ley de carreteras de 19 de diciembre de 1974 (BOE de 21 de diciembre de 1974) que se empezó a designar las carreteras como *“vías de dominio y uso público”* en vez de vías de *“servicio público”*.

<sup>123</sup> Gaceta de Madrid de 6 de junio de 1855.

<sup>124</sup> Gaceta de Madrid de 24 de noviembre de 1877.



asumiendo la tesis objetiva del dominio público, que considera como tales a aquellos bienes que están afectados a una utilidad pública con independencia de quien sea el titular, se podría admitir que estos bienes de propiedad de las concesionarias de ferrocarriles eran bienes de dominio público<sup>125</sup>. Lo que parece evidente es que las leyes de ferrocarriles del siglo XIX, al calificar –de manera impropia– estos bienes como dominio público, dotaron al Estado de un título de intervención sobre una actividad, el transporte ferroviario, que revestía un evidente interés general.

La normativa hipotecaria, por el contrario, sí utilizó con propiedad el término dominio público. El Real Decreto de 6 de noviembre de 1863<sup>126</sup> –y luego el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864<sup>127</sup>– excluyó de inscripción en el Registro de la Propiedad *“los bienes que pertenecen tan sólo al dominio eminente del Estado y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y caminos de todas clases, con exclusión de los de hierro, las calles, plazas, paseos públicos y egidos de los pueblos, siempre que nos sean terrenos de aprovechamiento común de los vecinos, las murallas de las ciudades y plazas, los puertos y radas y cualesquiera otros bienes análogos de uso común y general”* (art. 3)<sup>128</sup>. Se trataba de aquellos bienes cuyo destino a un uso público no ofrecía dudas y que por ello no requerían de la publicidad del Registro de la Propiedad. Como se puede apreciar, estos bienes de dominio público que tenían vedado el acceso al Registro de la Propiedad eran aquellos bienes que el Derecho romano ya identificaba como bienes destinados a un uso público. En la normativa hipotecaria, pues, sí se usaba debidamente la expresión dominio público para referirse a los bienes afectados al uso de todos.

---

<sup>125</sup> En este sentido, véase a González Sanfiel, A.M., *“La evolución reciente del dominio público: su afirmación como título de potestad”*, en *Revista del Foro Canario*, nº 63, 1996, pp. 105-137. Este autor, tras defender que el dominio público no es una propiedad, sino un título de intervención que otorga a la Administración un conjunto de potestades, pone el ejemplo de los bienes privados integrantes del patrimonio histórico artístico, que se declaran bienes de dominio público no para que la Administración asuma su propiedad, sino para que pueda ejercer determinadas potestades con el fin de protegerlos.

<sup>126</sup> Gaceta de Madrid de 9 de noviembre de 1863.

<sup>127</sup> Gaceta de Madrid de 3 de noviembre de 1864.

<sup>128</sup> Es significativo de esta regulación hipotecaria que los caminos de hierro o ferrocarriles sí fuesen inscribibles en el Registro de la Propiedad. Seguramente se tuvo en cuenta en el momento de aprobarse este Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 que los ferrocarriles eran mayoritariamente de propiedad de las empresas privadas concesionarias que los construían.

Ante esta confusión en el uso del término dominio público, fue meritorio el intento de depuración llevado a cabo por el legislador en la exposición de motivos de la citada Ley de aguas de 1866, en la que se trató de sentar la distinción entre dominio público y dominio particular del Estado. El dominio público de la nación era *“el que a ésta compete sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto al que se hayan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, ríos, caminos, muelles y puertos públicos, su carácter principal es ser inenajenable e imprescriptible”*; mientras que por dominio particular del Estado se entendía *“el que a éste compete sobre aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio; tales son, entre otras muchas, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares”*<sup>129</sup>. Así pues, en la idea de dominio público concebida en la exposición de motivos de la Ley de aguas de 1866 latía la voluntad de incluir tan sólo los bienes destinados a un uso público y común.

Esta idea del dominio público identificado con los bienes destinados a un uso público y común, que obedece a la concepción del Derecho romano de los bienes públicos, pronto se fue ampliando al incluirse también los bienes afectados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, lo que permitió, como se decía, que el Estado se dotase de un título de intervención más amplio que abarcaba no sólo los bienes, sino también las actividades.

La primera ampliación del concepto de dominio público se produjo con la aprobación de las Bases generales para la nueva legislación de minas, que tuvo lugar mediante el Decreto de 29 de diciembre de 1868<sup>130</sup>. Según reza su exposición de motivos, había tres posibilidades para resolver la cuestión de la propiedad sobre la riqueza minera de España: la primera opción pasaba por considerar que dicha riqueza minera estaba invariablemente unida al suelo, por

---

<sup>129</sup> Fernández, T.R. y Santamaría, J.A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pp. 1009-1028.

<sup>130</sup> Gaceta de Madrid de 1 de enero de 1869.

lo que el propietario del suelo lo era también de los recursos mineros que hubiese en el subsuelo de la finca; la segunda opción consideraba que las minas pertenecían al dominio público de la nación, pudiendo ser explotadas por el Estado, en cuyo caso éste era el propietario, o por particulares que obtenían una concesión a perpetuidad; y la tercera opción entendía que las minas no eran de nadie, pudiendo explotarse el primero que las ocupase. La opción por la que se optó fue la segunda, por lo que las minas pasaron a considerarse bienes de dominio público, si bien, como acertadamente apunta Menéndez Rexach<sup>131</sup>, el concepto de dominio público que se empleaba en la legislación minera no tenía nada que ver con el tradicional de las cosas de utilidad común y uso general que había sido delimitado en la exposición de motivos de la Ley de aguas de 1866. Se trataba más bien de un concepto que derivaba de las antiguas regalías, que concebían las minas como un derecho privativo de la Corona<sup>132</sup>.

Así pues, al declararse las minas como bienes de dominio público, el Estado se dotó de un título de intervención en este sector, que se concretó en la exigencia a los particulares de la obtención de una concesión para poder explotarse. Así lo pone de manifiesto González Sanfiel<sup>133</sup>, que de una manera clarividente concluye que *“el dominio público se desvincula de la necesidad de estar destinado al uso público o general, para convertirse en un título de intervención sobre los recursos donde la Estado-Nación regulará su explotación a través de concesión”*.

Pero la ampliación del concepto de dominio público más trascendente se produjo tras la aprobación de la Ley de obras públicas de 13 de abril de 1877<sup>134</sup>, pues aquí ya se empezó a vislumbrar de manera evidente que el dominio público no sólo lo integraban los bienes que desde el Derecho romano estaban destinados a un uso de todos, sino también los bienes afectados a un servicio público.

---

<sup>131</sup> Menéndez Rexach, A., *“El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho público español”*, op. cit., pp. 214-216.

<sup>132</sup> Ley XXI del Título XXVIII de la Partida III.

<sup>133</sup> González Sanfiel, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, op. cit., p. 64.

<sup>134</sup> Gaceta de Madrid de 15 de abril de 1877.

En efecto, para la Ley de obras públicas de 1877 eran obras públicas *“las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallan a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos”* (art. 1). Dentro del primer grupo de obras se incluían, entre otras, los caminos ordinarios o de hierro (ferrocarriles), los puertos, los faros, los grandes canales de riego o navegación y las obras hidráulicas, esto es, todos aquellos bienes de uso público y general o de general aprovechamiento<sup>135</sup>. Y dentro del segundo grupo de obras se incluían los edificios públicos destinados a servicios que dependían del Ministerio de Fomento.

Esta Ley de obras públicas de 1877 fue muy importante por dos razones. En primer lugar, porque junto al dominio público, el Estado se dotaba de otro título de intervención, el de obras públicas. El Estado no sólo iba a intervenir directamente en aquellas obras que construía directamente, sino que al calificar expresamente de obra pública la construcción, entre otras, de ferrocarriles y puertos a cargo de particulares y compañías (arts. 3 y 7), se dotó de un título de intervención en la construcción de estas obras para salvaguardar los intereses generales. En particular, esta intervención se concretó en las

---

<sup>135</sup> Las obras públicas destinadas al uso o aprovechamiento general estaban a cargo del Estado, las provincias o los municipios, en función de la importancia de cada obra (art. 3). La Ley encomendaba al Estado, entre otras, la construcción de carreteras, los puertos de comercio de interés general, los de refugio y los militares, el alumbrado y balizamiento marítimo, la construcción, conservación y explotación de ferrocarriles de gran interés nacional que se consideraba que no debían entregarse a particulares o compañías, y los demás ferrocarriles de interés general en todo lo que se refiere a concesiones, examen y aprobación de los proyectos y su vigilancia para que fuesen construidos y explotados del modo más seguro y conveniente (art. 4); a las provincias, los caminos y puertos de interés comercial supramunicipal que fuesen de competencia del Estado (art. 5); y a los municipios, los caminos vecinales y los puertos de interés local (art. 6). Pero al mismo tiempo, se admitía que algunas de estas obras públicas destinadas al uso general podían ser construidas a cargo de particulares o compañías, entre las que la Ley citaba las carreteras, los ferrocarriles y los puertos (art. 7). Para ello debían obtener una concesión de un plazo máximo de noventa y nueve años, ampliable por ley, especificando la Ley de obras públicas de 1877 que *“transcurrido el plazo de la concesión, la obra pasará a ser propiedad del Estado, de la provincia o del Municipio de cuyo cargo fuere”* (art. 55). Además, se admitía que el concesionario, con la autorización del Ministerio de Fomento o corporación que le hubiese otorgado la concesión, podía *“enajenar las obras”* (art. 66), siempre que el adquirente se obligase con los mismos términos y con las mismas garantías en el cumplimiento de las condiciones de la concesión. Para la Ley de obras públicas de 1877, en definitiva, el concesionario que construía la obra pública era el propietario, y como tal podía enajenarlas, adquiriendo el Estado, la provincia o el municipio la propiedad tan sólo cuando transcurría el plazo de la concesión (art. 55) o cuando se declaraba la caducidad de la concesión y las obras no fuesen adjudicadas a ningún nuevo concesionario tras celebrarse dos subastas (art. 72).

facultades del Ministerio de Fomento en todo lo concerniente al modo y forma de constitución de las sociedades o compañías que solicitasen concesiones de ferrocarriles de interés general; en el otorgamiento de concesiones y privilegios; y en el examen y aprobación de los proyectos y la inspección sobre la construcción, conservación, explotación y policía de estos ferrocarriles (art. 8). Asimismo, durante la ejecución de las obras el Ministerio de Fomento tenía la facultad de vigilancia e inspección a través de los ingenieros de caminos, canales y puertos (art. 31). La Ley, pues, calificaba de obra pública las obras “*destinadas al uso general*” (art. 53) –entre las que se incluían los puertos y los ferrocarriles (art. 7)– construidas por particulares y compañías mediante la obtención de una concesión de noventa y nueve años –o de plazo superior si se establecía por ley–, a cuya expiración “*la obra pasa[ba] a ser propiedad del Estado, de la provincia o del municipio de cuyo cargo fuere*” (arts. 55, 75 y 101), siendo, mientras durase la concesión, bienes perfectamente alienables (arts. 66 y 103).

La Ley de obras públicas de 1877, en segundo lugar, también fue muy importante porque permitió superar el criterio tradicional del dominio público, que arranca del Derecho romano, según el cual, con esta institución se pretendía tan sólo garantizar el uso público de determinados bienes. Dando un paso más, la Ley de obras públicas de 1877 incorporó un nuevo criterio al determinar que el dominio público también incluía los bienes que servían a la prestación de los servicios públicos, en los términos que había teorizado Hauriou en Francia. De esta manera, no sólo se concebía un dominio público por su naturaleza, sino también un dominio público artificial fruto de la ejecución de obras públicas.

El problema, como hace notar González Sanfiel<sup>136</sup>, es que en la Ley de obras públicas de 1877 los conceptos de obra pública y dominio público se confundían, pues al igual que ocurre con el dominio público, las obras públicas se concibieron por su destino a un uso público o a un servicio público. Las

---

<sup>136</sup> González Sanfiel, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, op. cit., p. 67. En el mismo sentido se expresa Fuentes Bodellón, F., *Derecho administrativo de los bienes (Dominio público y Patrimonio)*, op. cit., p. 63.

obras públicas no se definían en sí mismas, como ocurre con la actual Ley de Contratos del Sector Público<sup>137</sup>, que las define como “*el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil*” (art. 13.2), sino que según se apuntaba anteriormente, se definían por el resultado obtenido, considerando como tales “*las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallan a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos*” (art. 1), obviando que una obra pública es un concepto dinámico que permite definir una actividad de construcción mientras ésta se lleva cabo, y que una vez terminada la obra y ésta pasa a destinarse a un uso público o a un servicio público, ya no se está ante una obra pública sino más bien ante dominio público.

En cualquier caso, lo cierto es que, tras la aprobación de Ley de obras públicas de 1877, el Estado disponía de dos títulos de intervención: uno, el de dominio público, y otro, el de obras públicas. Y ello va a ser especialmente significativo en el caso de los puertos, pues según se verá, a partir del momento histórico en el que el Estado decide asumir la construcción de estas infraestructuras, ambos títulos –dominio público y obras públicas– le permitirán asumir la gestión de las infraestructuras portuarias, en detrimento de las Administraciones locales y corporativas que hasta ese momento habían ostentado el protagonismo, y la prestación de determinados servicios.

Con estos antecedentes se llegó a la aprobación del Código Civil de 1889, que no sólo consolidó la distinción entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado de la Administración (artículos 339, 340 y 341), sino que además incorporó las distintas clases de bienes de dominio público que se habían perfilado en las leyes aprobadas a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Como apunta Fernández de Velasco<sup>138</sup>, el Código Civil plasmó la idea de que el Estado posee bienes de dominio público destinados al uso común y

---

<sup>137</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre de 2017).

<sup>138</sup> Fernández de Velasco, R., “*Sobre la incorporación al Código civil español de la noción del dominio público*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, nº 8-11, 1942.

bienes de dominio público que, sin ser de uso común, están destinados a algún servicio público.

El Código Civil español, a diferencia de los Códigos Civiles aprobados en Francia en 1804 o en Italia en 1865, no se limitó a enumerar de forma casuística los bienes de dominio público, sino que optó por emplear una cláusula general que definiese las características de estos bienes. En este sentido, el artículo 339 del Código Civil dispuso que son bienes de dominio público los destinados a uso público (por su naturaleza o por su afectación singular), a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional. Por el contrario, el Código Civil no estableció las notas características del dominio público (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), por lo que tuvo que ser la doctrina la que concretase su régimen jurídico<sup>139</sup>.

Se puede concluir, en definitiva, que durante el siglo XIX se produjo la incorporación de la figura del dominio público a nuestro ordenamiento jurídico y que, siguiendo la tradición francesa, no se limitó a los bienes destinados al uso común, que fue lo característico de estos bienes desde el Derecho romano, sino que en su concepto se incluyeron también los bienes afectados a un servicio público e incluso al fomento de la riqueza nacional. En algunas ocasiones, el uso del término dominio público fue impropio e inadecuado, teniendo en cuenta las notas características que lo definen. Fruto de la falta de depuración conceptual, el término dominio público se utilizó en ocasiones para referirse a bienes que eran de uso general, pero que, al ser de propiedad de personas privadas, no se podían considerar bienes inalienables e imprescriptibles, que son las notas características del dominio público. El claro exponente de ello fue la legislación de ferrocarriles del siglo XIX, según se verá al analizar la configuración histórica de estas infraestructuras de transporte como bienes de dominio público.

---

<sup>139</sup> De hecho, hubo que esperar a la Ley de régimen local de 16 de diciembre de 1950 (BOE de 29 de diciembre de 1950) para ver plasmadas en una norma las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del dominio público (art. 188).

Pero lo cierto es que, con la figura del dominio público, el Estado se dotó de un título que legitimaba su intervención sobre estos bienes y sobre determinadas actividades, al que pronto se unieron otros dos títulos de intervención, como son el de obras públicas y el de servicios públicos. Ya no se trataba tan sólo de garantizar el uso común de determinados bienes, que se protegían sustrayéndolos al tráfico jurídico-privado mediante su declaración como bienes inalienables e imprescriptibles, sino que se trataba también de procurar que estos bienes sirviesen y estuviesen vinculados a determinados servicios públicos, a la vez que se incidía en las actividades que se desarrollaban sobre los mismos.

## **5. Las notas características del dominio público en la actualidad**

A diferencia del siglo XIX, durante el cual el dominio público tenía una regulación general que se limitaba a algunos preceptos del Código Civil y a las leyes sectoriales que se fueron aprobando (ferrocarriles, aguas, minas, etc.), en el siglo XX se llevó a cabo una regulación completa y con carácter general del régimen jurídico de estos bienes.

El punto de partida hay que situarlo en el Reglamento de Bienes de las Entidades locales aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955<sup>140</sup>, al que siguió la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de bases del Patrimonio del Estado<sup>141</sup>, y su posterior texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril<sup>142</sup>, que regularon con carácter general la clasificación de los bienes pertenecientes al Estado y a las Entidades locales, las formas de adquisición, el régimen jurídico de su protección y tutela, con las prerrogativas de la Administración (deslinde, investigación, recuperación posesoria), los mecanismos de utilización y aprovechamiento (autorizaciones y concesiones), la afectación y mutaciones demaniales, entre otros aspectos.

---

<sup>140</sup> BOE de 14 de julio de 1955.

<sup>141</sup> BOE de 27 de diciembre de 1962.

<sup>142</sup> BOE de 23 de abril de 1964.



En la actualidad, el dominio público está regulado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>143</sup>, de la que se desprende las siguientes notas características de estos bienes: la titularidad pública de los mismos, su afectación a una finalidad pública (uso general o servicio público), la exclusión del tráfico jurídico-privado y la sujeción a un régimen jurídico exorbitante de protección y tutela.

En este sentido, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 dispone que *“Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”* (art. 5.1). La Ley, en definitiva, trata de superar la vieja discusión doctrinal sobre si los bienes de dominio público son una forma de propiedad (tesis subjetiva o patrimonialista) o tan sólo una potestad o técnica de la Administración sobre estos bienes donde lo importante es la afectación de los bienes a una finalidad pública (tesis objetiva), dado que, al exigir que sean *“de titularidad pública”*, se decanta abiertamente por considerar que para que pueda hablarse de dominio público, los bienes deben ser de propiedad pública, aunque como acertadamente apunta Sánchez Morón<sup>144</sup>, se trata de una propiedad *sui generis*.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, afirmó (FJ 14) que *“la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato”*, aunque también es cierto que la misma sentencia luego añadió (FJ 18) que *“El régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, pero sobre todo supone que tales bienes quedan sujetos a reglas exorbitantes del*

---

<sup>143</sup> BOE de 4 de noviembre de 2003.

<sup>144</sup> Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 37.

*Derecho privado*". En definitiva, el Tribunal Constitucional combina ambos elementos para definir las notas características del dominio público, el subjetivo (titularidad pública del bien) y el objetivo (afectación del bien a una finalidad pública, con sujeción a un régimen jurídico exorbitante), pero es indudable que, con la actual Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, no puede haber dominio público si el bien no es de titularidad pública.

Por otro lado, los bienes de dominio público también se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, ya sea un uso general o un servicio público, aunque admite que pueda haber otros fines al determinar que también pueden ser de dominio público aquellos bienes que una ley les otorgue expresamente este carácter.

Asimismo, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, atendiendo al mandato constitucional (art. 132), establece que los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles<sup>145</sup>, esto es, las clásicas notas que excluyen estos bienes del tráfico jurídico-privado con el fin de garantizar la finalidad pública a la que están destinados. Dicho precepto de la Constitución establece que *"La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación"*, por lo que se ha elevado a rango constitucional las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que siempre deberán estar presentes cuando se regule el dominio público con carácter general o en alguna ley sectorial. Ello supone, en palabras de Font i Llovet<sup>146</sup>, la constitucionalización de la institución demanial y, por ello, la existencia de un núcleo básico del dominio público frente a ulteriores intervenciones de los poderes públicos, inspirado en la nota de la exclusión de estos bienes del

---

<sup>145</sup> En el pasado, González-Berenguer Urrutia, J.L., *"Sobre la crisis del concepto de dominio público"*, en RAP, nº 56, mayo-agosto de 1968, había negado que el dominio público reuniese las notas de inalienabilidad y la imprescriptibilidad.

<sup>146</sup> Font i Llovet, T., *"La ordenación constitucional del dominio público"*, Martín-Retortillo Baquer, S. (coordinador), en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, tomo V, Civitas, Madrid 1991, pp. 3917-3942.

comercio. Como ya advirtió Garrido Falla<sup>147</sup> en la década de los sesenta del siglo pasado, las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad comportan que los bienes de dominio público, mientras lo sean, deben estar fuera del tráfico jurídico-privado.

Finalmente, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 se ocupa del régimen jurídico exorbitante al que se sujetan los bienes de dominio público, que incluye las citadas prerrogativas de protección de estos bienes, como son el deslinde, la recuperación de oficio de la posesión o el desahucio administrativo.

## **II. El proceso de configuración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público**

Los puertos, los ferrocarriles y los aeropuertos se han configurado históricamente como bienes de dominio público, lo cual ha permitido al Estado dotarse de un título de intervención sobre las infraestructuras y las actividades de transporte. Al incrementarse de forma paulatina el protagonismo del Estado en la construcción de las infraestructuras (caso de los puertos) o al asumir su titularidad tras los procesos de nacionalización habidos durante la primera mitad del siglo XX (caso de los ferrocarriles y los aeropuertos), el Estado se aseguró no sólo la facultad de administrar estos bienes, sino también la intervención sobre las actividades de transporte de personas y mercancías que sobre ellos se desarrollaban y sobre la prestación de servicios.

Sin embargo, el proceso de configuración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público fue largo y no siguió el mismo camino en el caso de los ferrocarriles y los aeropuertos en comparación con los puertos. Los puertos siempre han sido considerados bienes de uso común que no pertenecían a nadie, pero el caso de los ferrocarriles y los aeropuertos es

---

<sup>147</sup> Garrido Falla, F., "Sobre el régimen del dominio público", en *Problemática de la Ciencia del derecho: estudios en homenaje al profesor José M<sup>o</sup> Pi y Suñer*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 303-340.

distinto. En sus inicios, las actividades ferroviaria y aérea se caracterizaron por un protagonismo casi absoluto de la iniciativa privada, hasta que durante la primera mitad del siglo XX fueron nacionalizados los servicios y los bienes usados en estas actividades, momento en el cual el Estado no sólo asumió el control e impuso un monopolio sobre las actividades de transporte, sino que además adquirió la titularidad de los bienes que servían de soporte a estas actividades.

## **1. El dominio público portuario**

Si alguna de las infraestructuras que sirven de soporte a las actividades de transporte se ajusta de forma paradigmática a la figura del dominio público, es el caso de los puertos.

Los puertos se han concebido históricamente como un medio para facilitar las actividades de transporte de personas y mercancías, y por ello ya desde el Derecho romano se procuró garantizar el acceso público a estas infraestructuras, que fueron declaradas bienes de uso común. Y el dominio público lo que pretende –al menos en su concepción originaria– es precisamente garantizar el uso público de determinados bienes, por ello, cuando en el siglo XIX se introdujo en España la figura del dominio público, los puertos encajaron fácilmente en sus notas características.

Sin embargo, debe significarse que a partir de los siglos XVI y XVII se observa una tendencia en el caso de los puertos que va más allá de su simple concepción como bienes que el Estado debe limitarse a preservar para garantizar su uso común con el fin de facilitar que fluya el transporte. Cuando el Estado comprendió que los puertos tenían una importancia estratégica en orden a proteger militarmente las costas y para mejorar el comercio con América, su intervención no se limitó como hasta ese momento al de simple garantizador del uso común de los puertos, sino que dio un paso más y adoptó una postura más intervencionista.

Así pues, a partir del momento en que los puertos requirieron unas mejores instalaciones para albergar navíos mucho mayores con fines militares y para facilitar el comercio marítimo, el Estado se implicó de manera decisiva en la construcción y administración de estas infraestructuras, proceso que culminó en el siglo XIX con su inclusión en la categoría de bienes de dominio público, título que le garantizaba la intervención sobre estos bienes.

El dominio público, junto con las obras públicas, fueron en definitiva los títulos con los que se dotó el Estado para intervenir sobre unas infraestructuras en las que cada vez tenía un mayor peso, ya fuese en la dirección de las obras de construcción, su financiación o la posterior administración, e incluso en las actividades que se desarrollaban sobre estos bienes.

Antes de analizar la inclusión de los puertos en la categoría de bienes de dominio público, se impone analizar el incremento de la intervención del Estado sobre estas infraestructuras.

### **1.1 El incremento de la intervención del Estado en los puertos entre los siglos XVI y XIX**

Durante los siglos XVI y XVII se produjeron dos hechos que contribuyeron a cambiar el panorama de los puertos españoles. Por un lado, se empezaron a construir galeones de mayores dimensiones, más sólidos, estables, ágiles y veloces y con mayor capacidad de carga (artillería, mercancías y víveres) para hacer frente a la navegación atlántica con largas travesías, fuertes vientos y oleajes, así como la presencia de enemigos y corsarios. Por el otro, se vio la necesidad de mejorar los puertos, que no estaban adaptados a estas nuevas naves ni a un mayor tráfico comercial. Para hacer frente a esta nueva realidad, desde finales del siglo XV y principios del XVI se llevó a cabo una actividad de diseño para la construcción de muelles de atraque y de obras externas en varios puertos españoles, con el fin de lograr buenos fondeaderos, más profundos y resguardados, que permitiesen acoger la citada tipología de naves. Estos diseños incluían también la construcción de edificios complementarios

con baterías defensivas, faros para orientar la navegación de los buques, almacenes para mercancías, oficinas para el control fiscal e instalaciones para la construcción y mantenimiento de naves<sup>148</sup>.

Los puertos, en definitiva, se empezaron a diseñar durante la Edad Moderna para cumplir funciones de abrigo, defensa y comercio. Pero todo ello exigía un gran esfuerzo inversor que la Corona no podía asumir, y por esta razón se consolidó un modelo en el que la Corona autorizaba las obras que se podían realizar en los puertos y las ciudades portuarias recaudaban los tributos para costearlas. Así pues, la construcción y el mantenimiento de los puertos dependía de disposiciones particulares, privilegios y concesiones reales a favor de ciudades, juntas de comercio locales o gremios, entre otras corporaciones. No existía, por el contrario, un régimen homogéneo, salvo en lo referido a la Marina de Guerra.

La falta de recursos económicos para acometer estas obras y la escasa implicación de las autoridades propició que, en realidad, la desprotección de los puertos y la falta de muelles fuese la tónica habitual, lo que obligaba en la práctica a transbordar pasajeros y mercancías a través de pequeñas embarcaciones que iban de la costa a los buques fondeados.

Así pues, durante los siglos XVI y XVII la intervención de la Corona en los puertos fue más bien escasa, dado que no se ocupaba de la construcción y mantenimiento de las obras portuarias, sino que su intervención se limitaba al otorgamiento de privilegios, asignaciones o arbitrios específicos para que los municipios y otras corporaciones pudiesen financiar y acometer las obras. Como apunta Cosculluela Montaner<sup>149</sup>, hasta Carlos III existía una regulación uniforme sobre la administración de los puertos en lo que se refiere a su uso naval, en manos de la Armada, pero en lo que se refiere a la construcción de los puertos existía una pluralidad de disposiciones singulares y en lo referente a su explotación comercial se regía por normas y costumbres locales y estaba

---

<sup>148</sup> Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., pp. 140-142. Véase también a Romero Muñoz, D. y Sáenz Sanz, A., "La construcción de los puertos: siglos XVI-XIX", op. cit., pp. 185-212.

<sup>149</sup> Cosculluela Montaner, L., *Administración Portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 38-39.

atribuida a municipios y entidades corporativas (gremios, juntas de comercio, entre otras corporaciones).

La situación empezó a cambiar a partir del siglo XVIII con el advenimiento de la Monarquía Borbónica, que no sólo huyó de particularismos y uniformó el régimen jurídico de los puertos, sino que además incrementó la intervención del Estado en su construcción, hasta asumirla casi por completo<sup>150</sup>. El objetivo perseguido era poder disponer de una marina militar y mercante potente que compitiese con la de otros países<sup>151</sup>.

Así pues, entre los siglos XVIII y XIX se vivió un incremento de la intervención del Estado en los puertos que se hizo notar en dos aspectos: en el control sobre el tráfico naval, por un lado, y en las obras y administración de los puertos, por el otro. Y ello tuvo su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, que vio cómo se incrementaba la reglamentación sobre la materia, hasta que finalmente en la segunda mitad del siglo XIX los puertos quedaron dentro de la órbita del dominio público y de las obras públicas, dos poderosos títulos de intervención del Estado sobre estos bienes.

Antes de entrar en la inclusión de los puertos dentro del dominio público, conviene detenerse en este paulatino incremento de la intervención del Estado en los puertos durante los siglos XVIII y XIX.

---

<sup>150</sup> En Francia se había hecho la mismo durante el siglo XVII. Según relata Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., pp. 250, la *Ordonnance de la marine* de Luis XIV (1681) dio un tratamiento sistemático a los puertos, con lo que se puso fin al régimen portuario medieval en el que cada ciudad tenía sus atribuciones específicas sobre el puerto que el monarca les había atribuido como privilegio. Supuso, en definitiva, el inicio del control de los puertos por parte de la monarquía francesa y el desplazamiento en este cometido de los poderes locales.

<sup>151</sup> Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., pp. 143-153. Véase también a Coscolluela Montaner, L., *Administración Portuaria*, op. cit., pp. 151-153, para quien la planificación, el desarrollo y la ejecución de las obras portuarias necesarias para albergar el tráfico comercial y el servicio de la Armada requerían una gran estructura técnica y financiera que sólo el Estado podía asumir, aunque también es cierto que muchas obras fueron financiadas por los municipios, pero siempre bajo la supervisión y dirección de la Corona a través de los ingenieros de la Armada.

### **1.1.1 El control del Estado sobre el tráfico naval en los puertos**

Durante el siglo XVIII la Monarquía Borbónica estableció las bases para sujetar la actividad naval de los puertos al control de la Marina, y ello incluía aspectos como la entrada, salida y atraque de navíos, la carga y descarga de mercancías, la limpieza del fondo marino o la policía y la sanidad en los muelles.

El punto de partida hay que situarlo en las Ordenanzas de su Majestad para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval de 1748, que permitieron que la administración, conservación y policía de los puertos quedase bajo el control de la Corona, superándose así los distintos privilegios que tenía cada localidad portuaria. La Monarquía Borbónica, en definitiva, llevó a cabo una suerte de militarización de los puertos al sujetarlos a la Administración de Marina, y con ello se hizo con el control de las actividades navales en el interior de estas infraestructuras y de las actividades de administración y conservación de los muelles.

Estas Ordenanzas de 1748 implantaron la división de las fuerzas navales en tres Departamentos (Ferrol, Cádiz y Cartagena), al mando de los cuales estaba un Comandante General (art. 1 del Título II del Tratado II) al que se le encomendaba el control de entradas y salidas del puerto de las naves de la Armada, el balizamiento de los lugares peligrosos y la señalización de los lugares para fondear (art. 14 del Título I del Tratado II), así como la obligación de velar para que los puertos de su Departamento se mantuvieran en el mejor estado posible de conservación, valiéndose de sus Oficiales para que le dieran cuenta de su estado (art. 18 del Título I del Tratado II).

Sin embargo, según precisaron las posteriores Ordenanzas Generales de la Armada Real de 1793, la competencia genérica atribuida a los Comandantes Generales pasó a ser ejercida en cada puerto por una figura clave, el Capitán del puerto, bajo la autoridad militar de aquél. El Capitán del puerto era, así, el que se ocupaba del amarradero de embarcaciones, la carga y descarga de



mercancías, la seguridad y limpieza del puerto y las entradas, salidas y maniobras de las embarcaciones.

En particular, las Ordenanzas de 1793 atribuyeron al Capitán del puerto las facultades de policía sobre navíos mercantes, ya fuesen nacionales o extranjeros, que entrasen en el puerto, y entre estas facultades se incluían el modo de amarrarse de las embarcaciones para que no se causasen perjuicios entre sí o la prohibición de barquear y maniobrar voluntariamente (art. 46 del Título III del Tratado II del Tomo I). De manera singular, se establecía (art. 6 del Título VII del Tratado V del Tomo II) que *“El cargo y obligaciones del Capitan del Puerto son el buen amarradero de las embarcaciones, su buen orden en cargas y descargas, y relativamente á la policía en general y su seguridad, la limpieza del puerto, su conocimiento cabal, y la direccion en entradas y salidas, y de todas las maniobras ocurrentes en él”*.

Asimismo, las Ordenanzas de 1793 contenían algunas previsiones en materia de entrada y salida de embarcaciones en los puertos. En primer lugar, se previó que correspondía al Capitán del puerto colocar las balizas donde creyese conveniente para facilitar esta entrada y salida (art. 39 del Título VII del Tratado V del Tomo II). Y, en segundo lugar, se estableció un criterio de prioridad para permitir una entrada ordenada de las embarcaciones en los puertos, cuando por sus dimensiones no era posible que todos entrasen a la vez. Así, si el puerto no tenía problemas de espacio, los prácticos debían fondear las embarcaciones en el lugar indicados por los Comandantes, pero si la capacidad del puerto era insuficiente, la incursión en el puerto debía producirse por *“orden de entrada”* (art. 44 del Título VII del Tratado V del Tomo II).

La norma también previó que correspondía al Capitán del puerto la obligación de cuidar que los muelles no se deteriorasen (art. 82 del Título VII del Tratado V del Tomo II).

Las Ordenanzas de 1793, finalmente, atribuyeron al Capitán del puerto facultades normativas al prever que le correspondía establecer las reglas

aplicables a la hora de amarrar las embarcaciones y para faenar en el puerto, reglas que todos debían respetar (art. 1 y 2 del Título VII del Tratado V del Tomo II).

El control de la Marina sobre los puertos fue, en definitiva, absoluto, llegando incluso a abarcar las obras de construcción, mejora y conservación, según determinaron las disposiciones aprobadas durante el siglo XVIII. Sin embargo, según se verá seguidamente, este control absoluto de la Marina sobre los puertos duró hasta que a mediados del siglo XIX se desgajaron ambas funciones, el control sobre el tráfico naval, por un lado, y las obras y administración de los puertos, por el otro, pasando la segunda al control de la Administración civil (el Ministerio de Fomento).

### **1.1.2 La intervención del Estado en las obras y la administración de los puertos**

El análisis de la creciente intervención del Estado en las obras y la administración portuaria durante los siglos XVIII y XIX debe referirse a tres aspectos fundamentales: la concentración inicial de competencias en la Marina, el posterior protagonismo del Ministerio de Fomento y sus ingenieros civiles y el papel de las Juntas de obras de puertos.

Tradicionalmente, la construcción de los puertos había sido asumida por los municipios y otras corporaciones locales, que las financiaban con arbitrios sobre las mercancías autorizados por el Rey, pero durante el siglo XVIII el Estado incrementó su protagonismo en esta materia<sup>152</sup>, del mismo modo que se hizo con las actividades navales. Ello tuvo lugar mediante dos mecanismos: por un lado, se establecieron unas reglas únicas para la construcción de todos

---

<sup>152</sup> Cosculluela Montaner, L., *Administración Portuaria*, op. cit., pp. 44-48. Véase también a Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, op. cit., p. 143-153.

los puertos, y por el otro, el Estado impuso su dirección facultativa sobre las obras portuarias con independencia de quién las realizase<sup>153</sup>.

El punto de partida hay que situarlo en la Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718<sup>154</sup>, aprobada durante el reinado de Felipe V para favorecer la mejora en la construcción y las comunicaciones de los puertos. Según detalla el preámbulo de la norma, su aprobación perseguía un doble fin: en primer lugar, la Corona quería disponer de información sobre el estado y la situación de las distintas infraestructuras del país, entre ellas los puertos, con el fin de poder acometer las obras de reparación, mejora y conservación que fuesen necesarias; y en segundo lugar, se quería sujetar todas las obras a una proyección y dirección por parte de los ingenieros estatales para evitar repetir obras inútiles o defectuosas que suponían un desperdicio de caudales públicos.

Así, para realizar cualquier obra nueva en los puertos –y también en el caso de obras de reparo o mejoras que implicasen un elevado coste–, ya fuese con caudales de la Hacienda Real o de los pueblos, se requería que el Ingeniero Director de la Provincia redactase un proyecto con la inclusión de todas las circunstancias de la obra y su coste, y que el Rey lo aprobase (arts. 29 y 39). La ejecución de estas obras correspondía a dicho Ingeniero Director (art. 32) y,

---

<sup>153</sup> La intervención estatal en materia de puertos se complementó con una planificación para alumbrar nuestras costas y puertos. A través de una Comisión especial de faros se elaboró un *Plan general de alumbrado marítimo de las costas y puertos de España e islas adyacentes*, que fue aprobado por Real Decreto de 13 de septiembre de 1847 (Gaceta de Madrid de 16 de septiembre de 1847), y que tenía por finalidad aumentar y perfeccionar el alumbrado marítimo de las costas, que era por entonces muy escaso y abandonado al interés local. El Plan incluía la construcción o mejora de faros de distinto orden (primer, segundo y tercer orden), fanales o luces de puertos, boyas y balizas. Para poder costear las previsiones del Plan, se previó que un nuevo impuesto general de faros aplicable sobre cada tonelada de los buques que llegasen a los puertos substituiría a los entonces vigentes impuestos de fanal y linterna. Asimismo, se previó organizar un servicio de faros bajo la dependencia del Ministerio de Obras Públicas.

<sup>154</sup> Su título era *Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718, para los Ingenieros, y otras personas, dividida en dos partes: En la primera se trata de la formación de Mapas, o Cartas Geográficas de Provincias, con observaciones y notas sobre los Ríos que se pudieran hacer navegables, Cequias para Molinos, Batanes, Riegos, y otras diversas diligencias dirigidas al beneficio universal de los Pueblos; y asimismo al reconocimiento y formación de Planos, y Relaciones de Plazas, Puertos de Mar, Bahías, y Costas, y de los reparos, y nuevas obras que necesitaren, con el tanteo de su coste; En la segunda se expresan los reconocimientos, tanteos y formalidades con que se han de proponer, determinar y executar las obras nuevas, y los reparos que fueren precios en las Fortificaciones, Almacenes, Cuarteles, Muelles y otras Fábricas Reales, y sobre conservación de las Plazas, y Puertos de Mar*. Puede consultarse en la *Colección general de las ordenanzas militares, sus innovaciones y aditamentos, dispuesta en diez tomos, con separación de clases, por don Joseph Antonio Portugués*, Tomo VI (Artilería e Ingenieros), Madrid, 1765, pp. 753-792.

además, con la voluntad de conservar las distintas obras e infraestructuras, la Real Ordenanza encomendaba a los distintos ingenieros de cada plaza y a los Gobernadores que las visitasen frecuentemente con el fin de poder relacionar los reparos necesarios para remediar lo deteriorado y prevenir la amenaza de ruina (arts. 42 a 44)<sup>155</sup>. Por otro lado, dada la importancia que el buen estado de los puertos tenía para el resguardo de la Armada y para facilitar el comercio, se ordenaba que los arbitrios recaudados para la manutención de los muelles debían emplearse con dicho fin (art. 53).

La aprobación de esta Real Ordenanza e Instrucción de 1718 fue, en definitiva, un hito muy importante porque por primera vez el Estado, a través de la Marina, pretendía asumir el control de todas las obras portuarias por la importancia estratégica que tenían estas infraestructuras.

Por otro lado, la competencia de los ingenieros de la Marina en la proyección y dirección de las obras portuarias se reiteró posteriormente en la Real Orden de 8 de febrero de 1781<sup>156</sup>, por la que se establecieron las reglas que se han de observar en las obras de los puertos marítimos a costa de los propios y arbitrios de los pueblos, en la que se impuso esta dirección facultativa incluso en el caso de obras portuarias financiadas a cargo de las corporaciones locales (art. 2).

Esta intervención del Estado en las obras portuarias se consolidó todavía más al crearse el cuerpo de ingenieros civiles –inicialmente dividido en dos ramas, los ingenieros de caminos, canales y puertos y los ingenieros de minas– mediante el Real Decreto de 30 de abril de 1835<sup>157</sup>, y muy especialmente con la creación del Ministerio de Fomento en 1851<sup>158</sup> y la asunción por éste de las

---

<sup>155</sup> La obligación de los ingenieros de informar sobre los puertos que convenía ensanchar, limpiar, mejorar, asegurar o establecer de nuevo se reiteró poco después en la *Ordenanza de 13 de octubre de 1749 para el restablecimiento, e instrucción de Intendentes de Provincias, y Ejércitos* (art. 20).

<sup>156</sup> Real Orden de 8 de febrero de 1781, que aprobó las *Reglas que se han de observar en las obras de los puertos marítimos a costa de los Propios y Arbitrios de los pueblos*.

<sup>157</sup> Gaceta de Madrid de 5 de mayo de 1835.

<sup>158</sup> Real Decreto de 20 de octubre de 1851 (Gaceta de Madrid de 21 de octubre de 1851), por el que el Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras públicas pasaba a denominarse Ministerio de Fomento, aunque por Real Decreto de 9 de noviembre de 1832 (Gaceta de Madrid de 10 de

obras portuarias, hasta ese momento en manos de las autoridades militares de Marina, hecho que propició un importante impulso en la mejora de los puertos durante la segunda mitad del siglo XIX. Piénsese que como ha relatado algún autor<sup>159</sup>, durante la primera mitad del siglo XIX los puertos españoles todavía no eran más que un simple refugio natural para embarcaciones de poco calado<sup>160</sup>.

La intervención del Estado en los puertos no se limitó a las obras de construcción, reparación y conservación, sino que fue mucho más amplia y abarcó su administración o la prestación de determinados servicios. Así lo atestigua un Proyecto de Ley en materia de administración y servicio de los puertos, su limpia, conservación y obras presentado en las Cortes en 1849<sup>161</sup>, que no llegó a aprobarse, aunque esta falta de aprobación su suplió con la publicación del Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 con el mismo contenido<sup>162</sup>.

Tras constatar el preámbulo del citado Proyecto de Ley de 1849 la situación casi de abandono de los puertos españoles y ante la imposibilidad de hacer frente a las costosas obras mediante una partida en los Presupuestos del Estado, lo primero que se proponía hacer para revertir esta situación era implantar un *“sistema uniforme de impuestos y servicios”* que evitase los particularismos que sólo favorecían a determinadas localidades en perjuicio de otras. Así, la norma proyectada se proponía que la administración y servicio de los puertos, su limpia, conservación y obras fuese una potestad del Gobierno,

---

noviembre de 1832) ya se había creado la Secretaría de Estado y del Despacho de Fomento General del Reino.

<sup>159</sup> Romero Muñoz, D. y Sáenz Sanz, A., *“La construcción de los puertos: siglos XVI-XIX”*, op. cit., pp. 185-212.

<sup>160</sup> Así lo atestigua, por ejemplo, la Real Orden de 26 de enero de 1850, por la que se aprueba la Instrucción del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras públicas para los Gobernadores civiles de las provincias (Gaceta de Madrid de los días 29, 30 y 31 de enero y 1 de febrero de 1850), en la que partiendo de un reconocimiento del mal estado de los puertos, y tras haber fracasado el intento de aprobación por las Cortes de un proyecto de ley de puertos, se dan determinadas instrucciones a los Gobernadores civiles de las provincias costeras en relación con las obras que deben garantizar la seguridad y el embarque y desembarque en los puertos, así como en materia de alumbrado de la costa (art. 91).

<sup>161</sup> Por Real Orden de 15 de abril de 1850 se dio publicidad a este Proyecto de Ley y se remitió a las provincias marítimas y a las Juntas de Comercio para que pudiesen manifestar su parecer sobre dicho Proyecto de Ley (Gaceta de Madrid de 18 de abril de 1850).

<sup>162</sup> Gaceta de Madrid de 25 de diciembre de 1851.

que ejercía a través del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas (art. 1). Y para costear estas obras y la limpieza de los puertos, se distinguía en función de si eran puertos de interés general o local: en el primer caso, debían costearse por el Estado, y en el segundo, los costes se repartían entre el Estado y el municipio, según se determinase por reglamento (art. 2). En materia tributaria, la norma quería suprimir todos los impuestos y arbitrios existentes hasta ese momento para obras de nueva construcción, conservación o reparación de puertos e implantar únicamente dos impuestos: el de fondeadero y el de carga y descarga (art. 3), sin perjuicio de que las Juntas de Comercio, con la conformidad de las Diputaciones Provinciales, pudiesen proponer al Gobierno el aumento de dichos impuestos o el establecimiento de otros en determinada localidad con el fin de sufragar las obras portuarias (art. 4). En cualquier caso, como ya había ordenado tiempo atrás la Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718, el Proyecto de Ley de 1849 quería insistir en la idea de acotar el destino de dichos impuestos, imponiendo que sólo podían ser aplicados a la limpia, conservación y demás obras de los puertos (art. 5).

Pero según se decía, el Proyecto de Ley de 1849 no fue aprobado y por ello el Gobierno aprobó un Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 con el mismo contenido, con la salvedad de que la referencia al Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas se substituía por la del recientemente creado Ministerio de Fomento. El Real Decreto de 17 de diciembre de 1851, en definitiva, consagró la distinción entre puertos de interés general y local<sup>163</sup>, la asunción por el Estado de las facultades de administración, servicio, limpia,

---

<sup>163</sup> El Reglamento para la ejecución de lo ordenado en el Real Decreto de 17 de diciembre de 1851, respecto a la administración y servicio de construcción, limpia y conservación de los puertos mercantes de la Península e Islas adyacentes, aprobado por la Real Orden de 30 de enero de 1852 (Gaceta de Madrid de 31 de enero de 1852), precisó (art. 4) que los puertos de interés general eran aquellos en los que el comercio que se generase podía interesar a un gran número de provincias y estaban comunicados con los principales centros de producción del interior de la Península, así como aquellos que servían de abrigo a los buques en caso de temporal (puertos refugio). En cuanto a los puertos de interés local, distinguía entre los que eran de primer o segundo orden. En el caso de los puertos de interés local de primer orden, se consideraban como tales aquellos cuyo comercio también interesaba a distintas localidades, territorios o provincias y que con el tiempo y en función de la evolución de su comercio, podían ser declarados como puertos de interés general. Los demás eran considerados puertos de interés local de segundo orden. El Reglamento, por otro lado, identificaba cuáles eran en ese momento los puertos de interés general y los puertos de interés local de primer orden.

conservación y obras de los puertos, la distribución de costes entre el Estado y los municipios según la tipología de puertos y un sistema tributario único con dos impuestos, el de fondeadero y el de carga y descarga<sup>164</sup>.

Este Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 también fue muy importante por dos razones. Por un lado, atribuyó de manera definitiva al Ministerio de Fomento las funciones que ostentaba la Armada en materia de construcción y administración de los puertos, por lo que a partir de ese momento la Armada sólo conservó las funciones relacionadas con el tráfico naval. Así pues, el Ministerio de Fomento pasó a asumir la proyección y ejecución de todas las obras portuarias, que ejercía a través de los ingenieros de caminos, canales y puertos en sustitución de los facultativos de la Armada. Por otro lado, la citada norma reglamentaria redujo las competencias de los municipios a favor del Ministerio de Fomento, pues sólo el Estado estaba en condiciones de asumir las necesidades financieras que requerían las obras portuarias y las exigencias técnicas de estas obras a través de los ingenieros estatales.

El proceso de asunción de competencias en materia de puertos por parte del Ministerio de Fomento y sus ingenieros civiles culminó con la aprobación de la primera Ley de puertos de 7 de mayo de 1880<sup>165</sup>. Tras consagrar la distinción entre puertos de interés general (de primer y segundo orden) y puertos de interés local (provinciales y municipales), la Ley reiteró el sistema de ejecución y conservación de las obras portuarias y el régimen de policía que fue diseñado por la Monarquía Borbónica, consolidándose así la intervención del Estado en materia de puertos.

---

<sup>164</sup> El Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 precisaba que el impuesto de fondeadero se debía pagar en un solo puerto, que sería el primero en que se devengase, y que el impuesto de carga y descarga se debía a pagar en aquellos puertos en los que se practicasen estas operaciones (art. 5). Por otro lado, el Reglamento para la ejecución de lo ordenado en el Real Decreto de 17 de diciembre de 1851, respecto a la administración y servicio de construcción, limpia y conservación de los puertos mercantes de la Península e Islas adyacentes, aprobado por la Real Orden de 30 de enero de 1852 (Gaceta de Madrid de 31 de enero de 1852), especificaba (art. 6) que los impuestos de fondeadero y de carga y descarga debían servir tanto para costear los puertos de interés general como para que el Estado auxiliase en la financiación de las obras de los puertos de interés local. Además, el Reglamento unificó el sistema de cobro de los impuestos de fondeadero y de carga y descarga al establecer que debían pagarse en las oficinas de Hacienda, al igual que se hacía con el impuesto de faros (art. 11).

<sup>165</sup> Gaceta de Madrid de 8 de mayo de 1880.

Así, la Ley de puertos de 1880 dispuso que dentro de las competencias del Ministerio de Fomento se incluían la ordenación de los estudios y proyectos de toda clase de obras en los puertos de interés general, así como su aprobación y ejecución (art. 18). Incluso en los puertos de carácter provincial y municipal se consolidó la intervención del Estado al atribuir al Ministerio de Fomento la competencia para aprobar los proyectos de obras de las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos, así como la dirección facultativa de las obras (art. 19). De esta manera, la intervención del Ministerio de Marina en materia de obras portuarias quedaba limitada a los puertos con arsenal militar, en la parte que éstos ocupaban (art. 20), mientras que en el resto de puertos dicho Ministerio tan sólo debía ser oído con carácter previo a la aprobación de los proyectos (art. 18). Por lo que se refiere a la reparación, conservación y limpieza de los puertos, así como el establecimiento de su régimen, servicio y policía, la Ley previó que correspondía al Ministerio de Fomento, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos en función de si se trataba de puertos de interés general o de carácter provincial o local, respectivamente (art. 21).

Esta competencia del Ministerio de Fomento iba mucho más allá de la realización de las obras, dado que alcanzaba también la posterior administración de los puertos, que incluía el otorgamiento de concesiones, la formación de los reglamentos de servicio y la designación del personal necesario (art. 19). Asimismo, el incremento de la intervención del Estado en materia de puertos se hizo notar en una cuestión cada vez más importante como eran los servicios prestados en los puertos. Al respecto, la Ley de puertos de 1880 distinguía dos clases de servicios (art. 22): por un lado, los servicios que se referían al movimiento general de embarcaciones, entradas, salidas, fondeo, amarraje, atraque y desatraque en los muelles, remolque y auxilios marítimos, que eran todos de la competencia de la Autoridad de Marina; por el otro, la ejecución y conservación de las obras y edificios, las operaciones de carga y descarga en los muelles, la circulación sobre los mismos y en su zona de servicio, y todo lo que se refería al uso de las diversas obras destinadas a las operaciones comerciales del puerto, que eran servicios



de la competencia del Ministerio de Fomento<sup>166</sup>. También se preveían los servicios anejos (arts. 36 y 37), en los que se incluían los servicios de practicaje, vigías y semáforos marítimos y botes salvavidas, a cargo del Ministerio de Marina, y los servicios de alumbrado y balizamiento, a cargo del Ministerio de Fomento. Pero al margen de estas genéricas previsiones, la Ley de puertos de 1880 se remitía a lo que se concretase en cada puerto mediante un Reglamento de servicio y policía que debía ser aprobado por el Ministerio de Fomento (art. 35), en el que se establecían de manera detallada los usos admitidos en el puerto y los servicios que se prestaban.

Para el ejercicio de las funciones descritas en materia de obras portuarias, así como en lo que se refiere a la vigilancia de los servicios que se prestaban, el Ministerio de Fomento se valió de unos técnicos con formación específica en ingeniería civil, los ingenieros de caminos, canales y puertos, sujetos a las órdenes e instrucciones de dicho Ministerio y que actuaban bajo la autoridad de los Gobernadores de la provincia (art. 24). Los ingenieros civiles eran, en definitiva, los que debían realizar el estudio y dirección de todas las obras portuarias y la vigilancia de los servicios atribuidos al Ministerio de Fomento.

Este incremento de la intervención del Estado en materia de puertos iba en paralelo al mayor protagonismo en la financiación de las obras portuarias, que como se apuntaba, sólo el Estado estaba en condiciones de asumir. La Ley de puertos de 1880 previó que los puertos de interés general debían costearse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y con las aportaciones que voluntariamente realizasen las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos con cargo a sus presupuestos (art. 25), aunque también se dispuso la posibilidad de establecer impuestos especiales en las localidades donde se ubicaban los puertos con el fin de financiar las obras (art. 26). En el caso de puertos de carácter provincial o local, debían costearse respectivamente con fondos de las Diputaciones o de los Ayuntamientos, si bien se preveía que el

---

<sup>166</sup> Para poderse prestar estas actividades de carga y descarga, depósito y transporte de mercancías y circulación de personas y vehículos, el Ministerio de Fomento debía delimitar en cada puerto la zona de servicio (art. 31) y el Gobernador de la provincia debía distribuir y designar las zonas del puerto para los distintos servicios, oyendo previamente al Capitán del puerto, al Ingeniero Jefe, al Director de Sanidad y al Administrador de Aduanas (art. 32).

Estado y las Ayuntamientos podían contribuir en las obras de puertos de las Diputaciones, y que el Estado y las Diputaciones también podían contribuir en las obras de los puertos municipales (art. 29).

Debe significarse que el nuevo papel otorgado al Ministerio de Fomento y al cuerpo de ingenieros de caminos, canales y puertos en materia de obras portuarias no estuvo exento de problemas al generarse conflictos de atribuciones con quien hasta ese momento había desarrollado este cometido, la Marina (sus ingenieros hidráulicos y los Capitanes de puerto, dependientes de la autoridad militar), como lo demuestran las sucesivas normas aprobadas durante la segunda mitad del siglo XIX para solucionar estos conflictos.

Así, una Real Orden de 19 de septiembre de 1852 por la que se determinaba la intervención que corresponde a los ingenieros militares en los expedientes relativos a obras de puertos y faros<sup>167</sup> –aprobada casi un año después de crearse el Ministerio de Fomento y de atribuírsele las funciones de construcción y administración de los puertos–, ya atestigua la existencia de conflictos entre los ingenieros de caminos, canales y puertos y los ingenieros navales de la Armada. Esta Real Orden previó que cuando un ingeniero de caminos, canales y puertos debía elaborar un proyecto de obras de puertos o faros, debía ser acompañado por un ingeniero militar en el momento de verificar el reconocimiento y estudio de las localidades (art. 1), y que una vez formado el proyecto por dicho ingeniero de caminos, canales y puertos, el ingeniero militar debía manifestar su conformidad si las obras no perjudicaban a la defensa general de la costa o de las fortificaciones (art. 2). Y si el ingeniero militar consideraba que debían introducirse modificaciones respecto al emplazamiento, altura o forma de la obra, el Ministerio de la Guerra debía manifestarlo al Ministerio de Fomento con el fin de llegar a un acuerdo (art. 4).

También es muestra de lo anterior un Real Decreto de 3 de febrero de 1853<sup>168</sup>, que trató de poner fin a los conflictos entre los ingenieros de caminos, canales

---

<sup>167</sup> *Colección Legislativa de España*, Tomo LVII, Tercer cuatrimestre de 1852, pp. 180-181, Imprenta Nacional, Madrid, 1853.

<sup>168</sup> *Gaceta de Madrid* de 9 de febrero de 1853.

y puertos y los Capitanes de puerto, imponiendo que éstos auxiliasen a los primeros en todo lo referido a sus atribuciones en materia de obras portuarias. La norma reglamentaria precisó que correspondía a dichos ingenieros proyectar, ejecutar y reparar las obras de cualquier clase en los puertos y que para este cometido debían recibir de los Capitanes de puerto cuantos auxilios fuesen necesarios (regla 1ª). Como contrapartida, el ingeniero debía consultar con el Capitán del puerto o con el Comandante de marina acerca de si el emplazamiento de las obras podía perjudicar a la marina, ya fuese la pesca, la seguridad de los buques o la entrada y salida del puerto (regla 2ª). Y en caso de desacuerdo, el proyecto de obras realizado por el ingeniero civil sólo podía modificarse por el Ministerio de Fomento, previo acuerdo con el Ministerio de Marina (regla 3ª)<sup>169</sup>.

Finalmente, el análisis del incremento de la intervención del Estado en materia de puertos no sería completo si no se hiciese una referencia, aunque sea breve, a la creación de las Juntas de obras de puertos como instrumento del Estado para intervenir en su administración, así como a su variante más sencilla que fueron las Comisiones administrativas de puertos.

La Ley de puertos de 1880 generalizó la posibilidad de organizar Juntas de obras de puertos encargadas de la administración e inversión de los fondos y

---

<sup>169</sup> Los conflictos entre los ingenieros de caminos, canales y puertos y los Capitanes de puertos continuaron a pesar de haberse aprobado el Real Decreto de 3 de febrero de 1853 y posteriormente el Real Decreto de 28 de octubre de 1863, por el que se aprobó el Reglamento orgánico del cuerpo de ingenieros de caminos, canales y puertos (Gaceta de Madrid de 2 de noviembre de 1863), que concretó de forma precisa las funciones de dichos ingenieros (estudio, dirección y vigilancia de las obras públicas, incluso en el caso de puertos administrados por las Juntas de Obras de puertos, y funciones de policía y conservación de las obras). Así lo demuestra la aprobación del Decreto de 7 de mayo de 1873 (Gaceta de Madrid de 12 de mayo de 1873), que nuevamente tuvo que perfilar las competencias de los ingenieros de caminos, canales y puertos y de los Capitanes de puerto. La norma no discutía la competencia de los ingenieros para el estudio y ejecución de los proyectos de obras en los puertos, las reparaciones, su limpieza y conservación, pero sí previó mecanismos de coordinación para que el Capitán del puerto tuviese conocimiento previo e inmediato de las obras que se iban a ejecutar, del acopio de materiales en un determinado sitio, del movimiento de dragas y demás aparatos de limpieza, de la colocación o remolque de boyas, amarraderos, argollas, cadenas o grúas, de la extracción de objetos sumergidos que afectasen al movimiento de los buques o de la variación del alumbrado marítimo (reglas 1ª y 3ª). Asimismo, la norma especificó que correspondía a los Capitanes de puerto todo cuanto se refería al movimiento de buques, su amarradero y seguridad, auxilios a los mismos, designación de puntos de varada, atraque para la carga y descarga, policía de muelles y designación del lugar de fondeadero de las dragas y demás buques destinados a la limpieza del puerto cuando no estuviesen funcionando (regla 4ª).

de la ejecución de los trabajos, siempre bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Fomento (art. 26)<sup>170</sup>. Pero el desarrollo reglamentario de esta modalidad de gestión descentralizada de los puertos no tuvo lugar hasta la aprobación del Real Decreto de 7 de agosto de 1898, por el que se estableció con carácter provisional el Reglamento general para la organización y régimen de las Juntas de obras de puertos<sup>171</sup>. Las Juntas de obras que se crearon, en las que estaban representados los distintos intereses<sup>172</sup>, fueron en definitiva las que asumieron la administración e inversión de los fondos portuarios, la ejecución de las obras portuarias y la prestación de servicios. Según precisaba

---

<sup>170</sup> Antes de que la Ley de puertos de 1880 generalizase la posibilidad de crear Juntas de obras, el Ministerio de Fomento ya había autorizado el 11 de diciembre de 1868 la creación de una Junta de obras del puerto de Barcelona ante la iniciativa de los comerciantes, armadores y navieros de dicha ciudad, lo que permitió descentralizar en dicha Junta la realización de las obras portuarias. Este modelo implantado en Barcelona luego se extendió a otros puertos, como Tarragona (1869), Sevilla (1870), Santander y Palma de Mallorca (1872) y Gijón (1874). Además, por Orden de 17 de marzo de 1873 (Gaceta de Madrid de 24 de marzo de 1873) el Gobierno de la I República ya había acordado que la dirección de las obras de puertos administrados por Juntas de obras ya creadas o que se creasen debía estar a cargo de los ingenieros de caminos, canales y puertos. Y en la Orden de 14 de mayo de 1873 (Gaceta de Madrid de 25 de mayo de 1873) se trató de unificar el régimen jurídico de las Juntas de obras de puertos, atribuyendo al Ministerio de Fomento la aprobación de los proyectos de obras, al ingeniero de caminos, canales y puertos designado la dirección facultativa de las obras y al Ingeniero Jefe de la provincia su inspección. Ello se precisó todavía más en la Real Orden de 30 de noviembre de 1875, por el que se aprobó la Instrucción para la inspección y vigilancia de las obras de puertos que se hallan a cargo de Juntas (Gaceta de Madrid de 12 de diciembre de 1875), lo que permitió que el Ministerio de Fomento asumiese el control de estas Juntas de obras.

<sup>171</sup> Gaceta de Madrid de 11 de agosto de 1898. El Reglamento provisional fue luego substituido por los Reglamentos aprobados por el Real Decreto de 11 de enero de 1901 (Gaceta de Madrid de 12 de enero de 1901), el Real Decreto de 17 de julio de 1903 (Gaceta de Madrid de 21 de julio de 1903) y el Real Decreto de 11 de octubre de 1923 (Gaceta de Madrid de 16 de octubre de 1923), que precisaron mejor las funciones de las Juntas de obras. Este último Real Decreto, además, no sólo se refería a las Juntas de obras, sino también a las Comisiones administrativas de puertos creadas por el Real Decreto de 18 de septiembre de 1922 (Gaceta de Madrid de 20 de septiembre de 1922).

<sup>172</sup> La composición de las Juntas de obras de puertos fue muy variada y dependía de si estaban o no en la capital de provincia. En cualquier caso, se procuró que estuviesen representados los distintos intereses en juego. Así, en la primera regulación de la materia contenida en el Real Decreto de 7 de agosto de 1898 se previó que en los puertos de capitales de provincia las Juntas de obras estaban integradas por el Gobernador civil (que actuaba de presidente), el Comandante de Marina o Capitán del puerto y el Ingeniero Director de las obras, que eran vocales natos, y por vocales electivos que representaban a otras instituciones o entidades: dos diputados provinciales, dos concejales, dos vocales de la Sección de Comercio de la Junta de Agricultura, Industria y Comercio y cinco individuos de la Cámara Oficial de Comercio (dos de ellos navieros o armadores), así como un representante de las compañías navieras con buques de determinado tonelaje si estas tenían su domicilio oficial en dicho puerto. Este esquema era parecido en el caso de las Juntas de obras de los puertos que no estaban en las capitales de provincia, integradas por el Alcalde (que actuaba de presidente), la Autoridad local de Marina y el Ingeniero Director de las obras, que eran vocales natos, y por los vocales electivos: dos concejales y cinco individuos de la Cámara Oficial de Comercio (dos de ellos navieros o armadores) o, en su defecto, cinco contribuyentes que fuesen comerciantes o industriales (tres) y navieros o armadores (dos).

su Reglamento de 1923<sup>173</sup> (art. 2), las tres categorías de funciones que correspondía a las Juntas de obras de cada puerto eran: 1ª) La ejecución de las obras de nueva construcción, ampliación, mejora, reparación y conservación del puerto; 2ª) La dirección y organización de todos los servicios del puerto, así como los de policía y uso público; y 3ª) El establecimiento y explotación de instalaciones, servicios complementarios y especiales del puerto, previa autorización del Ministerio de Fomento, como cargaderos especiales, diques de construcción y reparación de buques, varaderos, depósitos comerciales y otros elementos y servicios necesarios para el desarrollo de la navegación y el tráfico marítimo y para facilitar y abaratar la manipulación y expedición de mercancías.

Como fórmula análoga pero más sencilla que las Juntas de obras de puertos, se idearon también las Comisiones administrativas de puertos mediante el Real Decreto de 18 de septiembre de 1922<sup>174</sup>. Se trataba de una modalidad más sencilla que las Juntas de obras de puertos en lo que se refiere a su constitución y funcionamiento, que ya había sido experimentada en algunos puertos en 1916 (Denia y San Esteban de Pravia) y que fueron pensadas para los puertos de segunda categoría, de reducido tráfico y con pocos ingresos –se sustentaban con subvenciones y auxilios del Estado–, en los que tan sólo debían desarrollarse obras de poca importancia.

Así pues, tras la aprobación del Decreto de 18 de septiembre de 1922, tres eran los mecanismos de intervención del Estado en los puertos en lo que se refiere a las obras de construcción y conservación, su administración y la prestación de servicios portuarios: puertos directamente gestionados por el Estado, puertos gestionados por Juntas de obras y puertos gestionados por Comisiones administrativas<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Real Decreto de 11 de octubre de 1923 (Gaceta de Madrid de 16 de octubre de 1923).

<sup>174</sup> Gaceta de Madrid de 20 de septiembre de 1922.

<sup>175</sup> A ello debe añadirse la creación de una Junta Central de Puertos mediante Real Decreto-ley de 30 de abril de 1926 (Gaceta de Madrid de 1 de mayo de 1926), cuya finalidad era que la Administración General del Estado pudiese intervenir, fiscalizar y armonizar la construcción de los distintos puertos, desarrollando los grandes planes y proyectos. Se pretendía así homogeneizar los auxilios del Estado y los servicios en los puertos, pero sin alterar las atribuciones y la autonomía de las Juntas de obras de los puertos.

El nuevo marco de intervención del Estado que se ha descrito en materia de puertos supuso que poco a poco se vislumbrase un impulso constructivo. Como apuntan Romero Muñoz y Sáenz Sanz<sup>176</sup>, durante la segunda mitad del siglo XIX se inició una época de esplendor técnico y desarrollo económico e industrial, que influyó en el diseño, organización y construcción de los puertos. El Estado pasó a convertirse en el principal promotor de obras públicas al contar con suficiente liquidez en las arcas públicas fruto de las desamortizaciones de Mendizábal y de Madoz. Además, existía una firme voluntad política de dotar el país de unos puertos bien equipados para el tráfico marítimo. Se pasó, en definitiva, de unas intervenciones limitadas a obras parciales que daban solución a problemas concretos (actuaciones aisladas de limpieza y dragado, obras de ampliación de los puertos y de conservación de lo ya construido, etc.), a la elaboración de proyectos que daban soluciones globales y de conjunto del puerto. Y ello permitió la adaptación de los puertos a los nuevos barcos mercantes (que sustituyeron a los navíos de vela), dotándolos de espacios para depósito de combustibles, víveres, agua y otras necesidades para aprovisionar estos barcos mercantes, así como espacios para almacenes y para el trasiego de mercancías<sup>177</sup>.

Este incremento de la intervención del Estado en materia de puertos que se ha descrito coincidió en el siglo XIX con la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del dominio público, en la que muy pronto se incluyeron los puertos. Ello otorgó al Estado un título de intervención sobre las infraestructuras de transporte que, junto con el de obras públicas, le permitía incidir en la planificación, construcción y administración de los bienes y en las actividades que sobre ellos se desarrollaban.

---

<sup>176</sup> Romero Muñoz, D. y Sáenz Sanz, A., *“La construcción de los puertos: siglos XVI-XIX”*, op. cit., pp. 185-212.

<sup>177</sup> La aparición del ferrocarril en substitución del carro también influyó en la adaptación de los puertos, en los que se construyeron terminales para la descarga de minerales procedentes de las explotaciones mineras y muelles mecanizados para facilitar el embarque. Desde mediados de siglo las compañías mineras de capital inglés y francés financiaron obras de infraestructura ferroviaria destinadas a comunicar las explotaciones de hierro y carbón con los puertos más cercanos. Véase a Romero Muñoz, D. y Sáenz Sanz, A., *“La construcción de los puertos: siglos XVI-XIX”*, op. cit., pp. 185-212.

## 1.2 La inclusión de los puertos en el dominio público

La inclusión de los puertos dentro de la figura del dominio público es el caso que menos problemas presenta si se compara con las infraestructuras ferroviarias y aeroportuarias, cuyos orígenes, según se verá, vinieron marcados por el protagonismo de la iniciativa privada. El hecho de que en la construcción de los puertos no primase la iniciativa privada y que estas infraestructuras hubieran sido consideradas desde el Derecho romano como bienes afectados a un uso común, contribuyó a que, desde el mismo instante de la introducción en España del dominio público, los puertos encajasen fácilmente en sus notas características, dado que se trataba de bienes de titularidad del Estado, inalienables, imprescriptibles y destinados al uso de todos.

Según se advertía anteriormente, a partir del siglo XVIII se incrementó significativamente la intervención del Estado en materia de puertos, y a ello le siguió la posterior inclusión de estos bienes en la figura del dominio público durante el siglo XIX.

El punto de partida de la inclusión de los puertos dentro del dominio público hay que situarlo en la Francia revolucionaria, periodo en el que los puertos pasaron a formar parte del dominio nacional al aprobarse el Decreto de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, y posteriormente se incluyeron en el dominio público al aprobarse el Código Civil francés (artículo 538). Con ello se garantizaba que los puertos fuesen bienes excluidos del patrimonio de los hombres, inalienables, imprescriptibles y de uso por todos.

El modelo francés fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a partir del momento en que se recibió en España la figura del dominio público. La referencia a los puertos como bienes de dominio público en la legislación decimonónica ya aparecía en la Ley de aguas de 1866 y luego se incorporó en la primera Ley de puertos de 1880 y se reiteró después al aprobarse el Código Civil de 1889. A ello debe añadirse que, con la aprobación de la Ley de Obras Públicas de 1877, los puertos también se incluyeron en la categoría de obras públicas al considerarse bienes de “*general uso y aprovechamiento*” (art. 1).

Así pues, la primera Ley de puertos de 7 de mayo de 1880<sup>178</sup> los calificó como bienes de dominio público al considerarlos bienes de uso público. La Ley, que definía los puertos como *“los parajes de la costa más o menos abrigados, bien por la disposición natural del terreno, o bien por obras construidas al efecto, y en los cuales exista de una manera permanente y en debida forma tráfico marítimo”* (art. 13), dispuso que *“son de dominio nacional y uso público los puertos de interés general, de primero y segundo orden”*<sup>179</sup>, salvo los fondeaderos, varaderos, astilleros, arsenales y otros establecimientos destinados exclusivamente al servicio de la Marina de guerra, que se consideraban bienes privativos del Estado (art. 4). El mismo criterio se reiteraría años más tarde al aprobarse la Ley de puertos de 19 de enero de 1928<sup>180</sup>.

El Código Civil de 1889 consagró la consideración de los puertos como bienes de dominio público al disponer de manera expresa que se consideran como tales *“los destinados al uso público”*, citando entre otros bienes a los puertos (art. 339.1º). Además, a partir del momento en que determinadas actividades realizadas en los puertos pasaron a ser un servicio público prestado por la Administración, su carácter demanial también vendría determinado por su consideración como bienes *“destinados a algún servicio público”* (art. 339.2º)<sup>181</sup>. Recuérdese que, según se indicaba, la Ley de puertos de 1880 ya

---

<sup>178</sup> Gaceta de Madrid de 8 de mayo de 1880. La Ley no sólo se ocupaba de los puertos, sino también de la zona marítimo-terrestre y el mar litoral.

<sup>179</sup> El Reglamento de 11 de julio de 1912 para la ejecución de la Ley de puertos de 7 de mayo de 1880 (Gaceta de Madrid de 24 de julio de 1912) precisó que la zona de servicio de los puertos, esto es, los terrenos contiguos a los muelles o ganados al mar y la faja de zona marítimo-terrestre limitada por las obras del puerto, también era de dominio y uso público (arts. 19 y 49).

<sup>180</sup> Gaceta de Madrid de 20 de enero de 1928. La Ley volvió a declarar que los puertos de interés general de primer y segundo orden y los demás abrigos utilizados para la pesca y navegación tenían la consideración de dominio nacional y uso público, con exclusión de los fondeaderos, varaderos, astilleros, arsenales y otros establecimientos destinados exclusivamente al servicio de la Marina de guerra, que nuevamente se calificaban como bienes de *“propiedad”* del Estado (arts. 1 y 4).

<sup>181</sup> Véase en este sentido a Menéndez Rexach, A., *“El dominio público portuario estatal”*, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº 145 bis, Número especial monográfico sobre puertos, 1995 (año XXIX). Igualmente, respecto a la discusión doctrinal relativa al carácter demanial de los puertos por su afectación a un uso público o a un servicio público, véase a Eguinoa de San Román, R., *La gestión de los puertos de interés general*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 184-197.



previó la prestación de determinados servicios en los puertos a cargo del Ministerio de Fomento (carga y descarga en los muelles, alumbrado y balizamiento) o del Ministerio de Marina (movimiento general de embarcaciones, entradas, salidas, fondeo, amarraje, atraque y desatraque en los muelles, remolque y auxilios marítimos, practicaaje, vigías y semáforos marítimos y botes salvavidas).

A lo anterior debe añadirse que la calificación de los puertos como bienes de dominio público se debería también a su consideración como obra pública y a la identidad en nuestro ordenamiento jurídico, durante mucho tiempo, entre obra pública y dominio público. Según se dijo, la Ley de Obras Públicas de 1877 determinó que los puertos tenían esta consideración por ser de *“general uso y aprovechamiento”* (art. 1), que es precisamente una de las notas características del dominio público. A diferencia de la vigente legislación, que define las obras públicas como *“el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil”*<sup>182</sup>, en la legislación decimonónica los títulos de obra pública y dominio público tendían a confundirse al definirse aquéllas por su *“general uso y aprovechamiento”* y no como una actividad de construcción, siendo que el dominio público también se caracterizaba por su uso y destino común o general.

La inclusión decimonónica de los puertos dentro de la categoría del dominio público ha llegado hasta nuestros días. Actualmente, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre<sup>183</sup>, mantiene el carácter demanial de los puertos al prever que los puertos de interés general forman parte del dominio público portuario estatal –y del dominio público marítimo-terrestre<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Artículo 6.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 2011).

<sup>183</sup> BOE de 20 de octubre de 2011.

<sup>184</sup> El artículo 67 incluye en esta categoría los siguientes bienes: a) Los terrenos, obras e instalaciones portuarias fijas de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos; b) Los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante expropiación, así como los que adquieran por compraventa o por cualquier otro título cuando sean debidamente afectados por el Ministro de Fomento; c) Las obras que el Estado o las Autoridades Portuarias realicen sobre dicho dominio; d) Las obras construidas por los titulares de una concesión de dominio público portuario, cuando reviertan a la Autoridad Portuaria; e)

En definitiva, importa destacar que, con la inclusión de los puertos en el dominio público, el Estado se dotó de un título de intervención no sólo sobre los bienes, sino también sobre las actividades que se desarrollaban sobre ellos, al sujetarse el uso de estos bienes a la previa obtención de una concesión o una autorización, según se verá en líneas posteriores.

## **2. El dominio público ferroviario: de la construcción y explotación de líneas de ferrocarril por empresas privadas en régimen de concesión a la plena nacionalización de los bienes y actividades**

La aparición del ferrocarril en nuestro país tuvo lugar durante la primera mitad del siglo XIX, con algo de retraso respecto a otros países europeos<sup>185</sup>. En España se tenía conocimiento de la implantación de los ferrocarriles fuera de nuestras fronteras, también conocidos como caminos de hierro, y de las ventajas de toda índole que generaba su extensión por el territorio<sup>186</sup>. Sin embargo, la concurrencia de distintos factores motivó el retraso en la implantación de las primeras líneas ferroviarias en España y la ausencia de toda regulación sobre la materia.

Como apunta Bustillo Bolado<sup>187</sup>, la inestabilidad política existente en España durante el siglo XIX, la escasa relevancia de la iniciativa empresarial, los elevados costes para construir un ferrocarril y la apuesta de la Corona por otros

---

Los terrenos, obras e instalaciones fijas de ayudas a la navegación marítima, que se afecten a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias para esta finalidad; y f) Los espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos.

<sup>185</sup> El primer ferrocarril se inauguró en Inglaterra en 1825, la línea de Stockton a Darlington. Cinco años después, en 1830, se inauguró la línea de Liverpool a Manchester.

<sup>186</sup> En una noticia aparecida en la Gaceta de Madrid de los días 19 y 22 de septiembre de 1829 bajo el título *“De los caminos de hierro”* se cita el primer camino de hierro que se abrió en Newcastle en 1680, que contaba con unos carriles de madera reforzados en ocasiones con planchas de hierro y con unas guías. Según relata, los caminos de hierro se fueron mejorando hasta ser contruidos enteramente de hierro, lo que les atribuyó distintas ventajas frente a los caminos ordinarios al presentar una superficie lisa y duradera por la firmeza del metal, que disminuía la necesidad de reparaciones frecuentes y permitía dar mayor velocidad a los carruajes.

<sup>187</sup> Bustillo Bolado, R.O., *Nacimiento y evolución del ferrocarril y su régimen jurídico en España. De las primeras líneas (privadas) en el siglo XIX a la nacionalización en el XX y la liberalización del sector en el XXI*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 45.

medios de transportes (carreteras, navegación de cabotaje y canales y barcazas) fueron los motivos por los que el primer ferrocarril en la Península Ibérica, la línea de Barcelona a Mataró, no se inaugurase hasta 1848, aunque bien es cierto que unos años antes, entre 1835 y 1838, se construyó una línea ferroviaria en una de las colonias españolas, la isla de Cuba.

Ante la imposibilidad del Estado de asumir las grandes inversiones que requería la construcción de la red ferroviaria primero, y la explotación del servicio ferroviario después, fue la iniciativa privada la que asumió el protagonismo inicial, y así quedó reflejado en las primeras regulaciones de la época.

Analizando la evolución normativa del sector ferroviario desde sus orígenes, se puede decir que desde la aparición del fenómeno ferroviario en España durante la primera mitad del siglo XIX hasta su plena nacionalización en la década de los años cuarenta del pasado siglo XX, ha habido tres etapas bien diferenciadas: un modelo concesional en sus orígenes durante el siglo XIX, un incremento de la intervención pública a partir de los años veinte del siglo XX por la crisis del modelo concesional y una nacionalización de los ferrocarriles tras la Guerra Civil española<sup>188</sup>.

La primera etapa, que va desde los orígenes del ferrocarril hasta principios del siglo XX, se caracterizó por un marcado protagonismo de las compañías privadas, a las que se les concedía la facultad de construir y explotar las distintas líneas de ferrocarril. En esta primera etapa la intervención pública fue más bien escasa, limitándose el Estado a otorgar las concesiones a aquellas compañías privadas que presentaban un proyecto y cumplían con los requisitos establecidos en las normas que se fueron aprobando. Se trataba, como ha destacado Ariño Ortiz<sup>189</sup>, de un modelo en el que el Estado fijaba las normas del ferrocarril y era el titular del servicio público, que controlaba pero no lo

---

<sup>188</sup> Montero Pascual, J.J., Ramos Melero, R. y Ganino, M., *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte terrestre de viajeros*, Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 2019.

<sup>189</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, 3ª ed. ampliada, Granada, 2004, pp. 297-299.

gestionaba directamente, sino que acudía a la concesión administrativa para dirigir sin gestionar.

La segunda etapa, previa a la plena nacionalización de los ferrocarriles, discurrió entre la Primera Guerra Mundial y la Guerra Civil española y se caracterizó por una mayor intervención del Estado y las primeras nacionalizaciones de compañías, especialmente de las más pequeñas, que no pudieron hacer frente a la crisis económica de este periodo.

Y la tercera etapa, que se inicia tras la finalización de la Guerra Civil española y que duró hasta la liberalización del sector ferroviario impulsada por las autoridades comunitarias a finales del siglo XX, se caracterizó por la completa nacionalización de la red ferroviaria y el inicio del monopolio público estatal en la prestación de los servicios ferroviarios.

## **2.1 El protagonismo de la iniciativa privada en la construcción y explotación de los ferrocarriles hasta principios del siglo XX y su reflejo en la ordenación del sector**

### **2.1.1 Las primeras concesiones a compañías privadas para construir líneas de ferrocarril sin contar con la cobertura de ninguna regulación**

La España del siglo XIX no tenía los recursos económicos suficientes para acometer la implantación de una nueva red ferroviaria en todo el territorio y para sufragar los gastos de explotación del servicio ferroviario, y ello fue lo que motivó que la iniciativa privada asumiese el protagonismo en esta etapa inicial<sup>190</sup>.

Los primeros intentos de construir ferrocarriles en España por parte de compañías privadas se produjeron entre 1829 y 1833, si bien todos ellos

---

<sup>190</sup> Bustillo Bolado, R.O., *Los agentes del sector ferroviario en el nuevo marco regulador*, en Magdalena Anda, J.A. (coordinador), *La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario*, Reus S.A., Madrid, 2005, pp.127-137.

fracasaron, generalmente por las mismas razones: la falta de capital privado suficiente para realizar estas magnas obras y el poco interés de nuestras autoridades en esta nueva infraestructura.

Según relata Bustillo Bolado<sup>191</sup>, fue un empresario gaditano, José Díez Imbrechts, quien intentó construir la primera línea de ferrocarril en España, que debía unir Jerez de la Frontera y el Muelle del Portal. Para ello se le concedió la construcción y explotación de la línea por un periodo de cincuenta años mediante una Orden de 23 de septiembre de 1829, pero la empresa fracasó al no conseguir el capital suficiente y por el desinterés de las autoridades locales.

El segundo intento fue a cargo de Marcelino Calero Portocarrero, un español residente en Londres que conoció las ventajas de los caminos de hierro en Inglaterra para el transporte de productos de la industria y agrícolas. Calero trató de dar un nuevo impulso al anterior proyecto de José Díez con un nuevo itinerario, conocido como *Camino de la Reina Cristina*, que debía unir Jerez de la Frontera, Puerto de Santa María, Rota y Sanlúcar de Barrameda, dictándose para ello la Orden de 28 de marzo de 1830, que le concedió en exclusiva la construcción y explotación de la línea por un periodo de veinticinco años mediante una compañía anónima por acciones, con el privilegio de hacerlo discurrir por propiedades particulares y comunes y de cortar las maderas necesarias de los montes comunes y baldíos, pagando por todo ello el precio correspondiente según tasación<sup>192</sup>. La empresa también fracasó al no conseguir el capital suficiente<sup>193</sup>.

Hubo dos intentos más que no prosperaron, como son el proyecto de ferrocarril promovido por la Diputación Provincial de Vizcaya en 1831, que pretendía unir Bilbao y Burgos con el fin de potenciar el puerto vizcaíno como lugar de salida

---

<sup>191</sup> Bustillo Bolado, R.O., *Nacimiento y evolución del ferrocarril y su régimen jurídico en España. De las primeras líneas (privadas) en el siglo XIX a la nacionalización en el XX y la liberalización del sector en el XXI*, op. cit., p. 44-48.

<sup>192</sup> Gaceta de Madrid de 3 de abril de 1830.

<sup>193</sup> Marcelino Calero cedió su concesión a Francisco María Fassio, que según la Gaceta de Madrid de 12 de febrero de 1839, constituyó en Londres una compañía anglo-española para construir este camino de hierro. Finalmente, la Gaceta de Madrid de 24 de agosto de 1840 se hace eco de la declaración de caducidad de esta concesión mediante Real Orden de 24 de junio de 1840.

de las mercancías castellanas, y el proyecto de Francisco Fassio de 1833 para construir un ferrocarril entre Tarragona y Reus.

La primera línea de ferrocarril en España se construyó entre 1835 y 1838, y no fue precisamente en el territorio peninsular, sino en una de sus colonias, la isla de Cuba.

Se trataba de una línea de ochenta kilómetros que unía la Habana y Güines, y se construyó para favorecer el comercio internacional de determinados productos (azúcar, café, tabaco y maderas exóticas), que se realizaba desde los puertos marítimos.

Paradójicamente, esta primera línea de ferrocarril no siguió la dinámica que en esos momentos se daba en la España peninsular, sino que fue construida por las autoridades que regían la colonia.

Cierto es, según relata Bustillo Bolado<sup>194</sup>, que dada la gran inversión económica que debía realizarse para ejecutar la obra, el gobierno colonial decidió inicialmente conceder su construcción y explotación a una compañía privada, que se constituyó por un grupo de empresarios afincados en Cuba<sup>195</sup>. Pero finalmente la Real Junta de Fomento de la Agricultura y Comercio de la Isla de Cuba decidió en 1833 prescindir de la iniciativa privada y asumir el proyecto como propio, financiándolo con un préstamo. Para ello, solicitó a la Corona española la promulgación de una Real Orden que le autorizara la construcción del ferrocarril La Habana-Güines. Esta Real Orden se aprobó el 12 de octubre de 1834 y autorizó a la citada Junta de Fomento de la Agricultura y Comercio a negociar un préstamo en Inglaterra. El 19 de noviembre de 1837 se inauguró el primer tramo de la línea (entre la Habana y Bejucal) y un año más tarde, el 19 de noviembre de 1838, se inauguró el segundo (entre Bejucal y Villa de Güines).

---

<sup>194</sup> Bustillo Bolado, R.O., *Nacimiento y evolución del ferrocarril y su régimen jurídico en España. De las primeras líneas (privadas) en el siglo XIX a la nacionalización en el XX y la liberalización del sector en el XXI*, op. cit., p. 37-43.

<sup>195</sup> Entre estos empresarios estaba Miquel Biada, quien años después impulsó el primer ferrocarril en la España peninsular, la línea de Barcelona a Mataró.

Así pues, a diferencia del criterio existente en la España peninsular de otorgar concesiones a empresas privadas, la construcción del ferrocarril de la Habana a Güines fue obra del gobierno colonial, aunque también es cierto que las dificultades económicas que se manifestaron ya desde su construcción propiciaron que un año después, en 1839, la infraestructura fuese enajenada en pública subasta a una empresa privada, que terminó los tres kilómetros que faltaban por construir hasta la Habana y construyó varios ramales. De hecho, la siguiente línea de ferrocarril construida en Cuba, el ferrocarril de Cárdenas, cuyo primer tramo hasta Contreras se inauguró en 1840, ya fue construida por una compañía por acciones<sup>196</sup>.

La construcción por las autoridades públicas del ferrocarril cubano fue una excepción, pues unos años después, en 1848, se construyó el primer ferrocarril en España por parte del empresario catalán Miquel Biada, que obtuvo la oportuna concesión provisional mediante la Real Orden de 23 de agosto de 1843<sup>197</sup>. Se trataba de la línea de ferrocarril de Barcelona a Mataró, inaugurada el 28 de octubre de 1848, veintitrés años después de que se inaugurase el primer ferrocarril en Inglaterra y once años después de inaugurarse el primer tramo de la línea cubana entre la Habana y Güines. Dicha Orden no sólo otorgó la concesión, sino que además declaró la obra de utilidad pública a los efectos de enajenación forzosa de los terrenos por donde debía construirse la línea.

Lo más significativo de estas primeras concesiones a empresas privadas para construir líneas de ferrocarril fue que no contaban con un régimen jurídico específico que ordenase la materia<sup>198</sup>, ni mucho menos la implantación del

---

<sup>196</sup> En los diez años siguientes, la extensión de los ferrocarriles en Cuba alcanzó los seiscientos kilómetros, y ello tuvo enormes beneficios para la economía de Cuba, según relata Bustillo Bolado, R.O., *Nacimiento y evolución del ferrocarril y su régimen jurídico en España. De las primeras líneas (privadas) en el siglo XIX a la nacionalización en el XX y la liberalización del sector en el XXI*, op. cit., p. 37-43. Para este autor, fueron cinco las razones que favorecieron la extensión del ferrocarril en la isla: el mayor peso y empuje de sus empresarios, la inversión anglosajona en los ferrocarriles cubanos, la mano de obra barata (prisioneros, esclavos e inmigrantes), la iniciativa de las instituciones cubanas para invertir y construir ferrocarriles y la estabilidad política de la colonia.

<sup>197</sup> Gaceta de Madrid de 24 de agosto de 1843.

<sup>198</sup> Debe precisarse, sin embargo, que la concesión para construir la línea de ferrocarril de Barcelona a Mataró (Real Orden de 23 de agosto de 1843), si bien se otorgó (de forma

ferrocarril se sujetó a ninguna planificación previa. En particular, nada se decía con carácter general sobre el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras ferroviarias. Se trataba de un fenómeno nuevo que todavía no había merecido la atención de las Cortes o del Gobierno. Para ello habría que esperar a la siguiente década para verse aprobada la primera ley ferroviaria.

Sin embargo, a pesar de este vacío normativo, sí que podemos encontrar en las concesiones otorgadas algunas pistas sobre el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras ferroviarias, aunque la cuestión es controvertida.

Así, en el caso del ferrocarril cubano, se ha apuntado que inicialmente se concedió su construcción y explotación a una compañía privada. Para ello, la Real Junta de Fomento de la Agricultura y Comercio de la Isla de Cuba aprobó el 8 de julio de 1834 unas bases sobre las cuales admitiría las proposiciones para la concesión del camino de hierro entre la Habana y la costa sur<sup>199</sup>. Según estas bases, los empresarios debían construir, por su cuenta y riesgo, el camino de hierro que luego iban a explotar, “*cediéndoles el Gobierno plena y perpetuamente el derecho de propiedad*” (base 1ª). Esta propiedad no sólo incluía el camino de hierro, sino que también se hacía extensible a los almacenes de depósito que se construyesen (base 10ª). La idea inicial de las autoridades cubanas era, pues, que la compañía privada que construyese el ferrocarril fuese la propietaria de la infraestructura ferroviaria. Piénsese que en ese momento todavía no se había recibido en España la doctrina francesa sobre el dominio público, introducida por Colmeiro en 1850, según se dijo. Pero como se ha indicado, finalmente se optó por la construcción del ferrocarril a cargo del gobierno colonial, aunque luego la enajenó en pública subasta a una empresa privada.

En el supuesto de la línea de Barcelona a Mataró, la citada Real Orden de 23 de agosto de 1843 nada decía sobre quién era el propietario del camino de

---

provisional, a la espera de la presentación de la documentación requerida) antes de aprobarse la primera regulación del sector, contenida en la Real Orden de 31 de diciembre de 1844, luego tuvo que adaptarse a dicha norma para obtener la concesión definitiva mediante la Real Orden de 16 de marzo de 1847 (Gaceta de Madrid de 19 de marzo de 1847).

<sup>199</sup> Gaceta de Madrid de 28 de octubre de 1834.



hierro o demás obras adyacentes. Sin embargo, sí que decía que la concesión iba acompañada de *“la declaración de utilidad pública para la enajenación forzosa de los terrenos necesarios”* de acuerdo con la Ley de 17 de julio de 1836 (base 4<sup>a</sup>)<sup>200</sup>. Esta Ley es la que permitía la enajenación forzosa de propiedades a cambio del pago de un justiprecio con el fin de construir *“obras de utilidad pública”* u *“obras de interés público”* (art. 1), ya fuesen ejecutadas por el Estado, las provincias o los pueblos o por *“compañías o empresas particulares autorizadas”* (art. 2). Pero esta prerrogativa que permitía a la compañía privada impulsora del ferrocarril beneficiarse de una enajenación forzosa no resolvía la cuestión de quién era el titular de los bienes y qué régimen jurídico se les aplicaba. Aunque todo hace pensar que tratándose de una compra (forzosa) de propiedades a cargo de las compañías privadas, que eran en definitiva las que pagaban el justiprecio, la propiedad de estas infraestructuras era de las mismas compañías privadas.

La cuestión es ciertamente discutible y como posteriormente se tendrá ocasión de comprobar, la confusión en el uso del término dominio público en la legislación ferroviaria del siglo XIX hace surgir muchas dudas, pues tratándose de unas infraestructuras construidas y explotadas por empresas privadas concesionarias, que en definitiva eran las propietarias de estos bienes, se hace difícil poderlas calificar de dominio público.

### **2.1.2 El régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias construidas en régimen de concesión según la regulación decimonónica del sector ferroviario**

El incremento de las solicitudes de empresas privadas para construir caminos de hierro en régimen de concesión y las divergencias entre las propuestas que se presentaban llevó finalmente al Gobierno de la época a plantearse la necesidad de establecer una regulación uniforme que fijase las condiciones

---

<sup>200</sup> Gaceta de Madrid de 21 de julio de 1836.

generales bajo las cuales se autorizarían en lo sucesivo las empresas que querían construir ferrocarriles.

Con este propósito, se creó una comisión de ingenieros de caminos integrada por Juan Subercase, Calixto de Santa Cruz y José Subercase, cuyos trabajos finalizaron con la emisión de un informe de 2 de noviembre de 1844, conocido por la doctrina como *Informe Subercase*<sup>201</sup>, que luego sirvió para fundamentar la aprobación de la primera norma que reguló el régimen jurídico del ferrocarril en España, la Real Orden de 31 de diciembre de 1844<sup>202</sup>.

Al margen de distintas cuestiones técnicas que el *Informe Subercase* abordó<sup>203</sup>, lo más relevante por lo que aquí interesa fue la discusión sobre quién debía construir los ferrocarriles en España, esto es, si dicha tarea debía corresponder al Estado o si por el contrario se dejaba su construcción y explotación a empresas privadas en régimen de concesión.

Para responder a esta pregunta, la comisión de ingenieros de caminos analizó los distintos sistemas que se estaban empleando en el mundo para construir ferrocarriles y constató que en Bélgica los caminos de hierro eran construidos directamente por el Gobierno; en Francia esta construcción se repartía entre el Gobierno y las compañías privadas (el Gobierno se encargaba de la parte más costosa, consistente en explanar los caminos y realizar las obras, y las compañías colocaban las vías y explotaban el servicio con el material necesario); en Inglaterra los caminos de hierro eran construidos por compañías

---

<sup>201</sup> El *Informe Subercase* se publicó en la Gaceta de Madrid de los días 28, 29, 30 y 31 de enero y 16 de febrero de 1845.

<sup>202</sup> Gaceta de Madrid de 19 de enero de 1845.

<sup>203</sup> El *Informe Subercase* se ocupó de aspectos tan relevantes para el funcionamiento del ferrocarril como el espacio entre vías, las pendientes máximas admitidas, el radio mínimo de las curvas, los requisitos de los pasos a nivel, las dimensiones de puentes, viaductos y túneles, las normas de policía para evitar accidentes y muy especialmente la anchura de los caminos de hierro. La comisión, aun admitiendo que en algunos casos podían existir caminos de hierro con otras anchuras (por ejemplo, en los caminos de hierro de poca extensión que servían a la explotación de minas u otras industrias), consideraba un inconveniente que los caminos de hierro que se concediesen no tuviesen la misma anchura, pues ello impedía que los trenes pudiesen continuar cuando dos caminos se comunicaban entre sí y obligaba a transbordar mercancías y pasajeros, con las consiguientes dilaciones, gastos y otros inconvenientes. Para evitar esta situación, y pese a conocer el ancho de vía utilizado en otros países europeos (cinco pies y diecisiete centésimas), la comisión unificó la anchura de los caminos de hierro, estableciéndola en seis pies castellanos, pues consideraba que con este aumento se garantizaba mejor la rapidez y la seguridad del transporte ferroviario.

privadas; en Estados Unidos su construcción se realizaba indistintamente por compañías privadas y por los diferentes Estados de la Unión; y en Rusia, en Alemania y en los demás Estados europeos esta construcción iba a cargo del Estado y si en algún supuesto lo hacían empresas privadas, el Estado tomaba parte de forma más o menos considerable.

Según la citada comisión, la opción por un sistema u otro dependía de las circunstancias particulares de cada país, como la riqueza agrícola, industrial y comercial, las dificultades que presentaba la superficie del suelo para abrir ferrocarriles, la existencia de grandes o pequeños núcleos de población, la presencia de abundantes o escasez de capitales y la inclinación o no de los ciudadanos a formar sociedades privadas para acometer este tipo de obras.

Sin embargo, la comisión creía firmemente que, si el Gobierno tenía crédito suficiente, era preferible que los ferrocarriles fuesen construidos por el Estado, porque consideraba que sólo así se conseguiría garantizar un precio mínimo para el transporte de personas y mercancías, objetivo que no era posible si su construcción iba a cargo de empresas privadas, pues en este caso su tendencia natural era la de obtener el máximo beneficio por la prestación del servicio de transporte. Y si ello no fuera posible y debía recurrirse a compañías privadas para construir los ferrocarriles, la comisión concluía que el Estado debía establecer en cualquier caso las condiciones para conciliar los intereses públicos con los intereses privados de dichas compañías, en especial por lo que se refiere a las tarifas máximas que éstas podían percibir.

La comisión de ingenieros de caminos, en definitiva, admitía que ante la falta de recursos públicos, la construcción de la infraestructura ferroviaria podía realizarse por compañías privadas, a las que se les debía garantizar una explotación en régimen de monopolio<sup>204</sup> mientras durase la concesión<sup>205</sup>. Sin

---

<sup>204</sup> La comisión se planteó si, una vez construido el camino de hierro, su explotación debía pertenecer en exclusiva a su propietario que lo había construido o, por el contrario, si su uso debería ser libre como ocurre con los caminos ordinarios, previo pago de un peaje que contribuyese a subvenir los gastos de conservación. Frente a los que defendían la opción de explotar el servicio ferroviario por una sola compañía o por el Gobierno con el fin de evitar accidentes, la comisión consideraba que la competencia era perfectamente posible, si bien ello exigía la aplicación de rigurosas normas de policía en materia de horas de entrada y salida y

embargo, la comisión también recomendaba que para evitar los problemas que pudieran darse por la existencia de un monopolio de pocas compañías sobre los ferrocarriles, el Estado debía reservarse la potestad de adquirir en el futuro la propiedad de estas infraestructuras, previa indemnización a las compañías privadas.

El *Informe Subercase* sirvió de base para aprobar la primera norma que se ocupó de los ferrocarriles, la citada Real Orden de 31 de diciembre de 1844, que estableció el pliego de condiciones generales para autorizar las empresas de ferrocarriles.

Esta norma optó por establecer un régimen de concesión a empresas privadas para construir ferrocarriles, de modo que el Estado otorgaba a cada empresa que lo solicitaba una concesión para construir y explotar su línea de ferrocarril durante un plazo concreto que se fijaba en la propia concesión, al finalizar el cual la línea revertía al Estado<sup>206</sup>. Además, el Estado se reservaba las facultades de inspección y vigilancia.

Así pues, de acuerdo con el régimen jurídico diseñado por esta Real Orden de 31 de diciembre de 1844, mientras durase la concesión la propiedad de la infraestructura ferroviaria correspondía a la empresa privada que la había construido, y sólo al expirar el plazo de la concesión<sup>207</sup> el Gobierno reemplazaba a dicha empresa en todos los derechos de propiedad de los

---

velocidad de los trenes durante el trayecto con el fin de evitar accidentes. La comisión, no obstante, a pesar de ser consciente de que la libre concurrencia estaba establecida en otros países (como Inglaterra), desechó finalmente esta posibilidad porque no quería “*incomodar*” a las compañías privadas con una medida que, además, consideraba que no se produciría en la práctica debido al alto coste que suponía la implantación de un ferrocarril.

<sup>205</sup> El plazo máximo debía concretarse en cada concesión otorgada a la empresa particular, según la comisión.

<sup>206</sup> El artículo 1 establecía que la compañía se obligaba a ejecutar a su costa y riesgo y sin ninguna carga para el Estado todos los trabajos necesarios para el establecimiento del camino de hierro concedido, y además el artículo 23 imponía a la compañía la obligación de conservarlo en buen estado para garantizar la seguridad del transporte. Como contrapartida, el artículo 27 preveía que la empresa podía cobrar las tarifas establecidas mientras durase la concesión.

<sup>207</sup> El artículo 43 también previó que el Estado adquiriría la propiedad del ferrocarril en el caso de no concluirse su construcción y ningún otro licitador optase por adjudicárselo, y el artículo 34 estableció que el Gobierno tenía derecho de adquirir la propiedad del camino de hierro al finalizar cada periodo de cinco años (que era el plazo de revisión de las tarifas), previa determinación del precio de compra según las reglas establecidas en este precepto.

terrenos y las obras y entraba en el pleno goce del camino de hierro y de todas sus dependencias. Esta reversión a favor del Estado incluía todas las propiedades, obras y material ferroviario de la compañía privada, y por ello pasaban a la propiedad del Estado el camino de hierro, las estaciones, los sitios de carga y descarga, los establecimientos de los puntos de partida y arribo, las casas de guardas y vigilantes, las oficinas de recepción y el material de explotación, que la compañía debía entregar en buen estado (art. 40).

En esta tesitura, pues, no parece acertado hablar de dominio público de las infraestructuras ferroviarias, pues faltaba el elemento esencial de su titularidad estatal sobre estos bienes. Ciertamente es que cuando se aprobó esta Real Orden de 31 de diciembre de 1844, se podía deducir que el Estado asumía la titularidad del servicio ferroviario, que sólo podía ser explotado por los particulares si obtenían una concesión. Pero también es cierto que en ese momento todavía no se había introducido en España la figura del dominio público, que tuvo lugar con la publicación de la obra de Colmeiro en 1850, ni se había usado el concepto de dominio público en ninguna norma, que tuvo lugar una década después al aprobarse la Real Orden de 24 de mayo de 1853 en materia de aguas.

Este sistema concesional diseñado por la Real Orden de 31 de diciembre de 1844 tuvo escaso éxito, como apunta Olmedo Gaya<sup>208</sup>, pues si bien se otorgaron numerosas concesiones –que no obedecían a ninguna planificación previa–, en la práctica se construyeron pocas líneas de ferrocarril.

Sin embargo, el sistema de concesiones se mantuvo en las Leyes ferroviarias que se aprobaron en 1855 y 1877, incluso posteriormente en las Leyes de ferrocarriles secundarios de principios del siglo XX.

---

<sup>208</sup> Olmedo Gaya, A., *“La evolución histórica de la normativa del transporte ferroviario en España”*, en Guillén Caramés, J. (director), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 51.

En efecto, la Ley de ferrocarriles de 3 de junio de 1855<sup>209</sup>, que fue la primera ley ferroviaria aprobada en España, consolidó el sistema de concesiones a particulares o compañías para construir ferrocarriles, pero al mismo tiempo reconoció que también el Estado podía construir ferrocarriles (art. 4). El Estado asumía con esta Ley un papel más intervencionista –al menos en teoría– en la construcción de los ferrocarriles, dado que no sólo velaba por el cumplimiento de los requisitos exigidos cuando otorgaba concesiones a particulares y compañías, sino que además podía construir líneas de ferrocarril con sus medios, aseguraba a los capitales invertidos un determinado interés e incluso podía otorgar ayudas públicas a concesionarios para construirlos (art. 8), exigiéndose en este último caso que la concesión se otorgase mediante pública subasta. En ambos casos se preveía un control de las Cortes, pues se exigía la aprobación de una ley que autorizase al Gobierno a construir una línea ferroviaria con fondos públicos o para conceder a un particular o a una compañía dicha construcción (arts. 5 y 7).

En la Ley de ferrocarriles de 1855 las concesiones de ferrocarriles se caracterizaban porque eran los concesionarios los que debían construirlos con cargo a sus recursos, reconociéndoles como contrapartida el derecho de explotarlos, mientras durase la concesión, a través del cobro de los derechos de peaje y transporte, según las tarifas aprobadas. Esta duración de las concesiones se fijó en un plazo de noventa y nueve años “*cuanto más*” en el caso de las líneas de servicio general (art. 14), por lo que se trataba de un plazo máximo que se podía reducir en cada concesión otorgada por ley. La Ley de ferrocarriles de 1855, por otro lado, no previó la posibilidad de acortar este plazo de la concesión mediante una reversión anticipada a ejecutar cada cinco años, como había previsto la Real Orden de 31 de diciembre de 1844, posiblemente con la voluntad de atraer capitales extranjeros que invirtiesen en la construcción de ferrocarriles. No obstante, en la Instrucción para el cumplimiento de esta Ley, aprobada por Real Decreto de 15 de febrero de 1856<sup>210</sup>, se incluyó una fórmula similar que permitía al Gobierno adquirir el ferrocarril por causa de utilidad pública debidamente justificada.

---

<sup>209</sup> Gaceta de Madrid de 6 de junio de 1855.

<sup>210</sup> Gaceta de Madrid de 17 de febrero de 1856.

Al finalizar este plazo de la concesión, la Ley de ferrocarriles de 1855 preveía que el Estado adquiriría la línea concedida y todas sus dependencias, entrando en el goce completo del derecho de explotación (art. 15). De forma más concreta, la citada Instrucción para el cumplimiento de esta Ley precisaba que, al expirar el término de la concesión, el Gobierno reemplazaba a la empresa en los derechos de propiedad de terrenos y obras, que incluía el camino de hierro y sus dependencias, tales como estaciones, sitios de carga y descarga, establecimiento de los puntos de partida y arribo, casas de guardas y vigilantes, oficinas y material de explotación (art. 37).

Pero lo más relevante de la Ley de ferrocarriles de 1855, a los efectos de lo que se está analizando, fue la distinción entre líneas de servicio general y líneas de interés particular, y los efectos que se establecían para las primeras. La Ley dispuso que *“todas las líneas de ferrocarril destinadas al servicio general son del dominio público, y serán consideradas como obras de utilidad general”* (art. 3), especificando que las *“líneas de servicio general”* podían construirse por el Gobierno y, en su defecto, por particulares o compañías.

Así pues, los particulares o compañías particulares podían construir, con o sin ayudas públicas, ferrocarriles que tenían la consideración de *“líneas de servicio general”* y, por este hecho, la Ley de ferrocarriles de 1855 les otorgaba la condición de bienes de *“dominio público”*, a pesar de que estos bienes no eran de titularidad pública, pues esta titularidad de los bienes sólo la adquiriría el Estado al finalizar la concesión. Con esta regulación, la Ley de ferrocarriles de 1855 introducía un elemento que inducía a confusión, dado que usaba el término *“dominio público”* para referirse a infraestructuras de propiedad privada.

Podría pensarse que los ferrocarriles construidos por los concesionarios, a pesar de ser de su propiedad privada, eran bienes de dominio público por el hecho de estar afectados a una utilidad pública. Para la tesis objetiva del dominio público, según se vio, lo relevante del dominio público no es la titularidad pública del bien, sino su destino a una utilidad pública, ya fuese un uso público o un servicio público. La Ley de ferrocarriles de 1855 avalaría esta

tesis al disponer que estos ferrocarriles eran un “*servicio general*” y “*obras de utilidad general*”.

Incluso podría decirse, en apoyo de esta tesis, que los bienes ferroviarios reunieron, a partir de la aprobación de la Ley de 12 de noviembre de 1869<sup>211</sup>, una de las características que se predica de los bienes dominio público, como es su inembargabilidad. Según preveía esta Ley, por ninguna acción judicial ni administrativa se podía interrumpir el servicio de explotación de las vías férreas, y por ello no se podía despachar ni trabar ninguna ejecución sobre las vías férreas abiertas al servicio público, ni en sus estaciones, almacenes, talleres, terrenos, obras y edificios que a ellas correspondían, o que fuesen necesarios para su uso, ni en las locomotoras, carriles, vagones y demás efectos del material fijo y móvil destinados al movimiento de la línea (art. 3). Sin embargo, como acertadamente apunta Bermejo Vera<sup>212</sup>, este privilegio de inembargabilidad de los bienes ferroviarios no lo era por una supuesta naturaleza demanial de estos bienes, sino más bien porque la Ley lo ordenaba como garantía de la continuidad del servicio ferroviario.

Pero si se asume la tesis según la cual sólo hay dominio público cuando media una titularidad pública de los bienes, difícilmente se puede admitir que los ferrocarriles construidos y de propiedad de los concesionarios privados eran bienes de dominio público porque falla el elemento de la titularidad pública de los bienes, que el Estado sólo adquiriría al terminar la concesión ferroviaria. En definitiva, si se asume la tesis subjetiva del dominio público, que exige que estos bienes sean de titularidad pública, difícilmente se puede admitir la inclusión de los ferrocarriles de propiedad de las concesionarias en la categoría de los bienes de dominio público. Lo más que se podría decir es que se trata de bienes de propiedad privada sujetos a determinadas limitaciones por el hecho de estar afectados a la prestación de un “*servicio general*”, utilizando las palabras de la Ley de ferrocarriles de 1855.

---

<sup>211</sup> Gaceta de Madrid de 14 de noviembre de 1869.

<sup>212</sup> Bermejo Vera, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 66-71.



En este sentido, García-Trevijano Fos<sup>213</sup> niega que las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada puedan ser bienes de dominio público a pesar de estar sometidas a una vinculación y uso público, porque falta el elemento de la titularidad pública de estos bienes. Para este autor, los particulares no pueden ser titulares de bienes demaniales porque para que exista dominio público se requiere que su titularidad corresponda a un ente público y que estén afectados a un uso público o servicio público. No es suficiente con que exista una afectación o vinculación a dichos fines para hablar de dominio público, sino que debe concurrir también el elemento de la titularidad pública.

Es más, difícilmente se puede admitir que estos bienes de propiedad de los concesionarios fuesen bienes de dominio público cuando la Ley de ferrocarriles de 1855 –y luego la Ley de ferrocarriles de 1877– dispuso que se podía declarar la caducidad de la concesión y sus bienes podían ser subastados cuando no se terminasen las obras dentro de plazo o se interrumpiese el servicio público de la línea por culpa del concesionario (arts. 22 y 23), pues esta posibilidad de enajenar los bienes ferroviarios mediante subasta va en contra de la regla de la inalienabilidad del dominio público. E igualmente choca con el régimen jurídico del dominio público, caracterizado por referirse a bienes que están fuera del comercio de los hombres, que los bienes de propiedad de los concesionarios de ferrocarriles tuviesen acceso al Registro de la Propiedad<sup>214</sup> o que pudiesen ser hipotecados como cualquier otro bien de propiedad privada.

Todo parece indicar, en definitiva, que la Ley de ferrocarriles de 1855 usó de manera impropia el término dominio público, y que con él el legislador quería indicar que estos bienes eran de utilidad o uso general por parte de los ciudadanos, en contraposición a aquellas líneas de ferrocarril que eran de servicio particular, destinadas generalmente a la explotación de alguna

---

<sup>213</sup> García-Trevijano Fos, J.A., “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”, en RAP, nº 29, 1959.

<sup>214</sup> El Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 (Gaceta de Madrid de 9 de noviembre de 1863) y luego el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 (Gaceta de Madrid de 3 de noviembre de 1864) excluyeron de inscripción en el Registro de la Propiedad los bienes de dominio público (“bienes que pertenecen tan sólo al dominio eminente del Estado y cuyo uso es de todos”), pero preveían de manera expresa que sí tenían acceso al Registro los caminos de hierro (art. 3).

industria, y prueba de ello es que la calificación como bienes de “*servicio general*” o de “*dominio público*” no comportaba la aplicación del régimen jurídico exorbitante que se predicaba de los bienes destinados al uso de todos (inalienabilidad e imprescriptibilidad).

Esta tesis vendría avalada por las previsiones contenidas en la misma Ley de ferrocarriles de 1855 en lo que se refiere al privilegio que tenían las empresas ferroviarias de obtener la concesión de “*terrenos de dominio público*” que el camino de hierro y sus dependencias tuvieran que ocupar (art. 20). Estos “*terrenos de dominio público*” que, según precisó la Real Orden de 31 de diciembre de 1862<sup>215</sup>, se podían conceder gratuitamente a las empresas de ferrocarriles, eran los terrenos “*destinados o por la naturaleza misma o por el uso a la utilidad de todos los hombres y cuya propiedad a nadie pertenece*” (art. 1), en contraposición pues con las infraestructuras ferroviarias, que sí eran de propiedad de alguien (las empresas concesionarias).

De ello se puede deducir, como apunta Bermejo Vera<sup>216</sup>, que las empresas concesionarias podían disponer de dos clases de bienes en los que construir los ferrocarriles. Por un lado, tenían bienes de su propiedad, adquiridos y contruidos con sus propios recursos, que sólo pasaban a la plena propiedad del Estado cuando expiraba la concesión y a los que impropiamente la Ley calificaba como bienes de dominio público. Se trataba de bienes que habían adquirido mediante instrumentos de derecho privado (la compraventa por regla general) o al amparo de instrumentos de derecho público, esto es, adquiridos haciendo uso de las enajenaciones forzosas que preveía la Ley de 17 de julio de 1836<sup>217</sup>. Por el otro, disponían de bienes de dominio público concedidos de

---

<sup>215</sup> Gaceta de Madrid de 8 de enero de 1863.

<sup>216</sup> Bermejo Vera, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe, op. cit.*, pp. 48-57. Sin embargo, parece ser que este autor cambió de criterio años después al escribir el capítulo “*Empresas Ferroviarias y Agentes Prestadores del Transporte. El Derecho de Acceso*”, en la obra colectiva coordinada por Montoro Chiner, M.J., *Infraestructuras Ferroviarias del Tercer Milenio*, CEDECS, Barcelona, 1999. En esta ocasión, Bermejo Vera afirmó que tras la aprobación de las Leyes de ferrocarriles de 1855 y de 1877, los ferrocarriles –incluyendo en esta noción las obras de infraestructuras y la prestación de los servicios– eran de titularidad pública (otorgables en concesión) y que, por ello, a la infraestructura ferroviaria se le aplicaba, desde el principio, el criterio del dominio público, apoyando esta tesis en el carácter inembargable de los bienes.

<sup>217</sup> Gaceta de Madrid de 21 de julio de 1836.

forma gratuita por el Estado a los que sí se les aplicaba el régimen jurídico de las cosas que estaban fuera del comercio de los hombres.

Así pues, en el régimen previsto en la Ley de ferrocarriles de 1855, sólo cuando los bienes de las concesionarias pasaban a ser de propiedad del Estado, por haber finalizado el plazo de concesión, se podían considerar que estos bienes se integraban en el dominio público. Antes de llegar a esta situación, el Estado sólo era titular del servicio ferroviario, y por ello lo sujetaba a la previa concesión, pero no era titular de los bienes.

Tras la aprobación de la Ley de ferrocarriles de 1855, hubo un paréntesis durante la Revolución liberal de 1868. En este periodo se aprobó el Decreto de 14 de noviembre de 1868<sup>218</sup>, por el que se establecieron las bases generales para la nueva legislación de obras públicas. Según esta norma, el Estado renunciaba a realizar obras públicas porque entendía que ello correspondía a los particulares. El Estado, en fin, dejaba de actuar como un constructor y sólo acometía determinadas obras públicas cuando la opinión pública lo exigía, y además existía una necesidad imperiosa y la industria privada no podía realizarlas. El paso atrás del Estado en materia de obras pública llegó incluso al punto de eliminar todo tipo de subvenciones para obras públicas<sup>219</sup>.

De acuerdo con la filosofía de este Decreto de 14 de noviembre de 1868, el Estado no intervenía en materia de obras públicas si la empresa privada no pedía auxilios económicos ni pretendía beneficiarse de la expropiación. Los particulares, en definitiva, podían proyectar, construir y explotar las obras sin intervención del Estado, y además eran libres de fijar las tarifas, peajes, derechos y precios que considerasen convenientes.

Trasladada esta tesis al campo de la construcción de ferrocarriles, implicaba que ya no se requería la previa concesión otorgada por el Estado a los particulares que quisiesen construir una línea. En teoría eran plenamente libres

---

<sup>218</sup> Gaceta de Madrid de 15 de noviembre de 1868.

<sup>219</sup> Este extremo contrasta con la publicación el mismo año de la Ley de 1 de mayo de 1868 (Gaceta de Madrid de 5 de mayo de 1868), en la que se autorizaba al Gobierno a emitir obligaciones de ferrocarril para auxiliar a las compañías de ferrocarril que tenían dificultades.

para llevarla a término sin intervención estatal, aunque si se tiene en cuenta que, por el largo recorrido de un ferrocarril, éste debía pasar por distintas propiedades privadas sujetas a enajenación forzosa, se hace difícil pensar en la construcción privada de líneas de ferrocarril sin la intervención del Estado.

En cualquier caso, la única intervención que se reservaba el Estado con este nuevo régimen –al margen de los supuestos en que debían realizarse enajenaciones forzosas– se daba cuando la obra afectaba a bienes de dominio público. Para estos casos se preveía que ningún particular podía construir obras públicas que afectasen al dominio público sin haber obtenido previa autorización del Estado, aunque también es cierto que se simplificaban los trámites. Esta autorización, que adoptaba la forma de concesión a perpetuidad, debía limitarse, además, a la parte concreta de la obra que afectase al dominio público, no a toda la obra.

En definitiva, durante la Revolución liberal de 1868, el Estado renunció a construir y explotar ferrocarriles, y las empresas privadas que querían construir y explotar un ferrocarril ya no debían obtener una concesión del Estado en los términos previstos en la Ley de ferrocarriles de 1855, sino que gozaban de total libertad para ejecutar las obras, sin que el Gobierno pudiese imponerles condiciones técnicas o un determinado sistema de ejecución, esto es, nada podía decir el Gobierno y sus agentes sobre el sistema de construcción, las dimensiones de la obra o los materiales empleados, salvo que afectasen a los intereses del Estado.

Pero como se decía, el anterior régimen sólo fue un paréntesis. Tras autorizar la Ley de 29 de diciembre de 1876<sup>220</sup> al Ministro de Fomento para que redactase una ley general de obras públicas y leyes especiales en materia de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos, se aprobó la Ley de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877<sup>221</sup>, con la que se volvió al sistema diseñado por la Ley de ferrocarriles de 1855, esto es, un sistema de concesiones de noventa y nueve años de duración máxima en el que el Estado adquiriría la propiedad de

---

<sup>220</sup> Gaceta de Madrid de 30 de diciembre de 1876.

<sup>221</sup> Gaceta de Madrid de 24 de noviembre de 1877.

todos los bienes al terminar la concesión. No obstante, también es cierto que la Ley de ferrocarriles de 1877 introdujo algunas novedades, como la exigencia de mayores garantías para obtener una concesión ferroviaria y muy especialmente la obligación de planificar la implantación de nuevos ferrocarriles en España.

La Ley de ferrocarriles de 1877, pues, insistía en la idea expuesta de que todas las líneas de ferrocarril de servicio general, destinadas a la explotación pública del transporte de viajeros y de mercancías, se consideraban –impropiamente– como “*dominio público*” (art. 7). La Ley reiteraba que no sólo el Gobierno podía construir las líneas de servicio general, sino también los particulares o compañías privadas que obtuviesen por ley una concesión, en cuyo caso las infraestructuras construidas eran de su propiedad y sólo pasaban a la plena propiedad del Estado al finalizar la concesión (art. 23).

Así lo especificaba el Reglamento para la ejecución de la Ley de ferrocarriles de 1877, que fue aprobado por Real Decreto de 24 de mayo de 1878<sup>222</sup>, según el cual, al expirar el plazo de la concesión, el Gobierno reemplazaba a la empresa concesionaria en todos los derechos de propiedad de terrenos y obras del ferrocarril, entrando en el goce del camino de hierro con todas sus dependencias y productos (art. 35). De forma más concreta, se disponía que la empresa concesionaria debía entregar en buen estado de servicio<sup>223</sup> el camino de hierro y sus dependencias, como estaciones, muelles de carga y descarga, establecimientos de los puntos de partida y llegada, casas de guardas y vigilantes, oficinas, el material móvil, entre otros bienes, y una vez aprobada el acta de entrega de los bienes, el camino de hierro con todas sus dependencias y material pasaba a ser de “*propiedad plena del Estado*” y podía desde ese momento el Ministerio de Fomento llevar a cabo la explotación de la línea por su cuenta (art. 38).

---

<sup>222</sup> Gaceta de Madrid de 27 de mayo de 1878.

<sup>223</sup> Para garantizar el buen estado de la línea, las dependencias y el material móvil, dos años antes de expirar la concesión el Ministerio de Fomento debía designar un ingeniero o una comisión de ingenieros para que realizasen un reconocimiento general.

En definitiva, la Ley de ferrocarriles de 1877 volvió a atribuir la condición de “*dominio público*” a unos bienes que eran de propiedad privada de las empresas concesionarias, como ya hizo en su momento la Ley de ferrocarriles de 1855, por lo que serían plenamente aplicables las consideraciones hechas anteriormente sobre este aspecto.

Como explicación de este régimen jurídico diseñado por las Leyes de ferrocarriles de 1855 y 1877, se podría decir que probablemente la atribución impropia de la condición de dominio público a unos bienes que eran de propiedad privada de las empresas concesionarias, pero que estaban destinados a un servicio general de transporte de viajeros y de mercancías, obedecía a la voluntad del Estado de disponer de un título de intervención sobre estos bienes, dado el interés general que representaba el transporte por ferrocarril. Piénsese que durante el siglo XIX todavía no se había teorizado sobre un concepto estricto de servicio público que huyese de la concepción amplia que lo identificaba con toda la actividad de la Administración, por lo que el servicio público como título de intervención no se aplicaba. Aunque también es cierto que en ese momento ya estaba vigente la Ley de obras públicas de 13 de abril de 1877, que al incluir dentro del concepto de obra pública la construcción de ferrocarriles a cargo de particulares y compañías (arts. 3 y 7), ya había previsto otro título de intervención del Estado –el de obras públicas– sobre los ferrocarriles construidos en régimen de concesión.

Así pues, la calificación de las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada como bienes de dominio público fue impropia por no encajar en el concepto de cosas fuera del comercio de los hombres, inalienables e imprescriptibles. Seguramente con el término dominio público empleado por las leyes de ferrocarriles del siglo XIX se quería hacer referencia a unos ferrocarriles de uso general, en contraposición a aquellas líneas de ferrocarril que eran de uso particular. Se trataba, sin lugar a dudas, de un uso impropio del término dominio público, que se debió con toda seguridad a la falta de depuración del concepto de esta categoría de bienes en la fase inicial de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico.

Los años posteriores a la Ley de ferrocarriles de 1877 fueron de estabilidad normativa. Sin embargo, pronto se vio la necesidad de impulsar el transporte ferroviario con la construcción de unos ferrocarriles secundarios que, sin estar integrados en la red de servicio general, estuviesen también destinados al servicio público<sup>224</sup>. Ello tuvo lugar finalmente a principios del siglo XX con la aprobación de la Ley de ferrocarriles secundarios de 30 de julio de 1904<sup>225</sup>, modificada por la Ley de 30 de agosto de 1907<sup>226</sup> y luego sustituida por la Ley de ferrocarriles secundarios de 26 de marzo de 1908<sup>227</sup>, que también fue modificada por la Ley de 23 de febrero de 1912<sup>228</sup>.

Las Leyes de ferrocarriles secundarios, sin embargo, no cambiaron el anterior modelo concesional. Se trataba de ferrocarriles destinados al servicio público que no estaban comprendidos en la red de servicio general definida en la Ley de ferrocarriles de 1877. Lo más característico, y quizás la nota que los distinguía, era su ancho de vía menor, de un metro si recibían algún tipo auxilio público o el que escogiese el peticionario de la concesión si no recibían ninguna subvención.

Pero por lo demás, la legislación de ferrocarriles secundarios de principios del siglo XX repetía el mismo esquema previsto para los ferrocarriles integrados en la red de servicio general, dado que los particulares podían obtener una concesión por un plazo máximo de setenta y cinco años para construir y explotar estos ferrocarriles secundarios, plazo que luego se aumentó a un máximo de noventa y nueve años, y al finalizar dicho plazo el Estado adquiriría las líneas con todas sus dependencias y entraba en el goce completo del derecho de explotación (art. 13 de la Ley de 30 de julio de 1904)<sup>229</sup>. Según

---

<sup>224</sup> La Gaceta de Madrid de los días 17 de marzo de 1888 y 5 de marzo de 1890 se hacía eco del encargo al Ministro de Fomento de presentar un proyecto de ley de ferrocarriles secundarios.

<sup>225</sup> Gaceta de Madrid de 2 de agosto de 1904.

<sup>226</sup> Gaceta de Madrid de 15 de septiembre de 1907.

<sup>227</sup> Gaceta de Madrid de 27 de marzo de 1908.

<sup>228</sup> Gaceta de Madrid de 24 de febrero de 1912.

<sup>229</sup> También se previó que el Gobierno, por motivos de utilidad pública, podía adquirir estos ferrocarriles antes de finalizar el plazo de concesión, en concreto, a los quince años de explotación. Luego en la reforma operada por la Ley de 23 de febrero de 1912 se dispuso que el Gobierno podía caducar la concesión e incautarse de la explotación a partir de los cincuenta

concretaba el Reglamento provisional para la ejecución de la Ley de ferrocarriles secundarios de 1904, aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1907<sup>230</sup> –y luego el Reglamento provisional para la aplicación de la Ley de ferrocarriles secundarios y estratégicos de 1912, aprobado por Real Decreto de 12 de agosto de 1912<sup>231</sup>–, al finalizar el plazo de la concesión la empresa concesionaria debía entregar al Estado el camino de hierro, el material y todas las dependencias (art. 16).

En resumen, desde sus orígenes en el siglo XIX y hasta inicios del siglo XX los ferrocarriles fueron mayoritariamente construidos y explotados por particulares y compañías privadas que obtenían una concesión del Estado, que sólo adquiriría la plena propiedad de cada línea de ferrocarril con todas sus dependencias al finalizar el plazo de concesión. Y si bien es cierto que a partir de la Ley ferroviaria de 1855 se dispuso que las líneas de ferrocarril destinadas al servicio general eran de dominio público, ello hay que interpretarlo más bien como la previsión de un título de intervención del Estado sobre estos bienes de propiedad privada de los concesionarios por el interés general que representaba el transporte por ferrocarril. Difícilmente se puede admitir, por el contrario, que estos bienes de titularidad privada fuesen bienes de dominio público en los términos conceptuados por la doctrina francesa y que poco a poco se fue introduciendo en España, pues a estos bienes no se les aplicaban las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad que desde el Derecho romano se predicaba de los bienes destinados al uso de todos.

## **2.2 El incremento de la intervención del Estado en el sector ferroviario durante la Dictadura de Primo de Rivera y las primeras nacionalizaciones**

El anterior régimen concesional y el protagonismo de la iniciativa privada en la construcción y explotación de los ferrocarriles se empezó a tambalear tras finalizar la primera Guerra Mundial. Faltando todavía unos cuantos años para

---

años de la concesión, previa autorización por ley y con abono previo al concesionario del capital garantizado.

<sup>230</sup> Gaceta de Madrid de 15 de septiembre de 1907.

<sup>231</sup> Gaceta de Madrid de 5 de septiembre de 1912.



que finalizasen los plazos de reversión gratuita al Estado de los bienes ferroviarios de las empresas concesionarias, éstas empezaron a tener serios problemas económicos y financieros, lo cual provocó una falta de inversiones en infraestructuras y en material rodante.

Según relata Olmedo Gaya<sup>232</sup>, tras la contienda militar las compañías ferroviarias entraron en declive, provocado por la falta de inversiones en infraestructuras y material rodante, el aumento del precio del carbón, la competencia del automóvil, la incapacidad de las empresas ferroviarias de hacer frente al incremento de la demanda o la rigidez de las tarifas, entre otros factores, situación que terminó por agravarse al finalizar la Guerra Civil española al encontrarse las empresas ferroviarias en situación de quiebra.

Ello motivó que se empezase a cuestionar el modelo concesional vigente en el sector ferroviario desde sus orígenes, y en este sentido destaca el estudio realizado por quien fue Ministro de Fomento, Francesc Cambó<sup>233</sup>. Cambó abogaba claramente por una mayor intervención del Estado en el sector ferroviario, especialmente sobre las infraestructuras

Precisamente a partir de la Dictadura de Primo de Rivera se incrementó la intervención del Estado en el sector ferroviario, llegándose incluso a nacionalizar algunas líneas de ferrocarriles de vía estrecha, proceso que culminaría con la plena nacionalización de los ferrocarriles de vía ancha en 1941.

Para analizar la situación de crisis en que se encontraban las concesionarias de ferrocarriles y proponer soluciones al Gobierno, mediante Real Decreto de 15 de marzo de 1922<sup>234</sup> se creó, bajo la dependencia del Ministerio de Fomento, el Consejo Superior Ferroviario, que posteriormente, al aprobarse el

---

<sup>232</sup> Olmedo Gaya, A., *“La evolución histórica de la normativa del transporte ferroviario en España”*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>233</sup> Cambó y Batlle, F., *Elementos para el estudio del problema ferroviario en España*, Artes Gráficas Mateu, Madrid, 1918.

<sup>234</sup> Gaceta de Madrid de 16 de marzo de 1922.

Real Decreto de 30 de enero de 1924<sup>235</sup>, fue sustituido por el Consejo Superior de Ferrocarriles. Su objetivo era regular e inspeccionar la gestión de los ferrocarriles de las empresas concesionarias y proponer un nuevo régimen ferroviario.

Fruto del trabajo de este Consejo Superior de Ferrocarriles fue el Estatuto Ferroviario aprobado por el Real Decreto-ley de 12 de julio de 1924<sup>236</sup>, en el que se establecieron las bases del nuevo régimen ferroviario.

El Estatuto Ferroviario de 1924 apostó decididamente por incrementar la intervención del Estado en el sector ferroviario, con el fin de hacer frente a su complicada situación económica y financiera y mejorar la prestación de los servicios.

Esta intervención del Estado en la explotación de los ferrocarriles se materializó a través de auxilios concedidos a las empresas concesionarias que voluntariamente se adhiriesen a este nuevo régimen jurídico. Con la concesión de estas ayudas económicas, se pretendía que las empresas concesionarias pudiesen adquirir material nuevo y ejecutar obras en las líneas férreas de servicio general y uso público.

Pero, en cualquier caso, para que las empresas ferroviarias pudiesen beneficiarse de estos auxilios, debían aceptar que se les aplicase el nuevo régimen jurídico.

El Estatuto Ferroviario de 1924, en definitiva, garantizaba la gestión autónoma de las empresas concesionarias acogidas a su régimen jurídico, pero como contrapartida a los auxilios concedidos, se incrementó la intervención y fiscalización pública sobre las empresas concesionarias beneficiarias de estas ayudas, no sólo mediante la sujeción general a las normas generales que aprobase el Consejo Superior de Ferrocarriles, sino muy especialmente a

---

<sup>235</sup> Gaceta de Madrid de 31 de enero de 1924.

<sup>236</sup> Gaceta de Madrid de 13 de julio de 1924. Corrección de errores en la Gaceta de Madrid de 15 de julio de 1924.

través del ejercicio de las facultades de inspección e intervención en la gestión técnica, económica y financiera de dichas empresas que se atribuía al Consejo.

Pero por lo demás, el Estatuto Ferroviario de 1924 no alteró el régimen jurídico del patrimonio de las empresas concesionarias de ferrocarriles, de modo que, al finalizar cada concesión, los bienes y derechos de estas empresas revertían al Estado, momento en el que se producía la *publicatio* de estos bienes al adquirir el Estado su plena propiedad. También se previó que el Gobierno podía adelantar el vencimiento de las concesiones –y con ello, avanzar la adquisición de la propiedad de los bienes–, previo pago al concesionario de las anualidades correspondientes al periodo de tiempo que mediase desde la fecha del rescate anticipado hasta la fecha en que debía tener lugar el vencimiento de la concesión (base 14ª).

Lo más significativo es que la aplicación del Estatuto Ferroviario de 1924 permitió al Estado incorporarse en el capital de las sociedades concesionarias, creándose una suerte de consorcio entre el Estado y cada empresa concesionaria. Ello supuso que en estos casos la *publicatio* de los bienes de las concesionarias no fuese total, sino sólo en la medida de su participación en el capital de estas sociedades.

Así pues, como apunta Bermejo Vera<sup>237</sup>, tras implementarse el Estatuto Ferroviario de 1924, el Estado ya era propietario de determinados bienes ferroviarios. En particular, los bienes que integraban el dominio público ferroviario eran los terrenos, obras y material cedido temporalmente por el Estado a las concesionarias, las aportaciones que el Estado realizaba al capital de las concesionarias, las líneas de ferrocarril de propiedad del Estado obtenidas tras las subastas sin remate celebradas al declararse la caducidad de algunas concesiones u obtenidas tras ser abandonadas por los

---

<sup>237</sup> Bermejo Vera, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, op. cit., pp. 111-114.

concesionarios y las pocas líneas construidas por el Estado al amparo de las Leyes de ferrocarriles de 1855 y 1877<sup>238</sup>.

La situación de los ferrocarriles, sin embargo, no mejoró y así lo demuestra el hecho de que por Real Decreto-ley de 8 de septiembre de 1928<sup>239</sup> se facultó al Ministerio de Fomento para incautarse provisionalmente de las líneas de ferrocarril de la Compañía Madrid a Cáceres y Portugal y del Oeste de España ante las deficiencias que presentaban sus instalaciones y material fijo y móvil, a las que la compañía no podía hacer frente por su situación económica, y ante la práctica paralización de los servicios ferroviarios<sup>240</sup>.

El rescate y saneamiento de la Compañía de Madrid a Cáceres y Portugal y de otras líneas de ferrocarril, así como su gestión directa por el Estado, se produjo finalmente a través del Real Decreto-ley de 9 de septiembre de 1928<sup>241</sup>, por el que se creó la Compañía de los Ferrocarriles del Oeste de España. Se trataba de una compañía subvencionada e intervenida por el Estado, cuyo objeto era hacerse cargo de la explotación de determinadas líneas ferroviarias que se encontraban en una precaria situación económica y que sólo se sostenían gracias a los auxilios del Estado. Con esta agrupación de distintas compañías concesionarias en una sola compañía, se pretendía suprimir gastos comunes,

---

<sup>238</sup> En ese momento el Estado ya eran titular de las líneas siguientes: Vasco Navarro, Castro Urdiales a Traslaviña, Madrid a Almorox, Cartagena a Los Blancos, Amorebieta a Pedernales, Granada a Sierra Nevada, Málaga a Fuengirola, Onda al Grao de Castellón, Valdepeñas a Puertollano, Tranvías de Linares, Calahorra a Arnedillo, Fuencarral a Colmenar Viejo, Flassá a Palamós, Buitrón a San Juan, Carcagente a Denia, Tudela a Tarazona y Manresa a Berga. La gestión de estas líneas del Estado iba a cargo desde 1926 de la entidad *Explotación de ferrocarriles por el Estado*, creada por Real Decreto-ley de 6 de julio de 1926 (Gaceta de Madrid de 10 de julio de 1926), que en 1965 recibió la denominación de *Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha* (FEVE), ente creado por Decreto-ley de 23 de septiembre de 1965 (BOE de 25 de septiembre de 1965).

<sup>239</sup> Gaceta de Madrid de 11 de septiembre de 1828.

<sup>240</sup> La norma preveía que la compañía concesionaria se sometiese a una liquidación voluntaria, según las cuantías que establecía. Se fijaba una cantidad que el Estado debía abonar a la compañía según el valor que tuviesen las concesiones, del que obviamente se deducía el importe de las obligaciones pendientes que tuviese la concesionaria, así como las deudas que tuviese con el Estado. Y para el caso de que la compañía no se sometiese a esta liquidación voluntaria, se preveía un rescate forzoso en el que la concesión debían valorarse mediante tasación pericial, en los términos establecidos en el Estatuto Ferroviario de 1924.

<sup>241</sup> Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928. La norma agrupó dentro de la Compañía de los Ferrocarriles del Oeste de España las líneas de Medina a Salamanca, Salamanca a Portugal, Medina a Zamora, Monforte a Vigo y Pontevedra y ramal a Valencia del Miño, Santiago a Carril y Pontevedra, Madrid a Cáceres y Portugal, Plasencia a Astorga, Ávila a Salamanca y Betanzos a Ferrol, así como otras tres líneas que estaban en construcción.

creando una nueva empresa concesionaria de todas las líneas por un periodo de setenta años.

Con estas medidas, el Estado daba los primeros pasos encaminados a la nacionalización de los ferrocarriles, tanto de los bienes como de la prestación de los servicios ferroviarios. Pero mientras no llegase ese momento, el auxilio del Estado a estas compañías concesionarias se tradujo en una mayor intervención pública. En este sentido, aunque el citado Real Decreto-ley de 9 de septiembre de 1928 garantizaba a la nueva Compañía de los Ferrocarriles del Oeste de España la libertad de iniciativa y de gestión, el Estado se reservaba como facultad de intervención el derecho de veto sobre sus acuerdos en aquellos casos de infracción de sus estatutos, incidencias en el reparto de beneficios y actuaciones perjudiciales para el interés general.

Con motivo de la crisis económica de 1929 se impulsaron nuevas medidas para hacer frente a la situación de los ferrocarriles españoles, que cada día era peor.

En primer lugar, y ante la proliferación de líneas de ferrocarriles abandonadas por los concesionarios, el Estado se vio obligado a modificar el artículo 53 de la Ley de ferrocarriles de 1877, que le imponía asumir provisionalmente las líneas abandonadas por los concesionarios. La Ley de 10 de mayo de 1932<sup>242</sup> cambió este régimen al prever que cuando una empresa ferroviaria abandonaba una línea o líneas de ferrocarril, el Estado tenía libertad para hacerse cargo o no de su explotación provisional, según lo estimase conveniente, e incluso se previó que si el Estado ya estaba explotando una de estas líneas abandonadas por un concesionario, podía cesar en esa explotación. Con esta medida se quería evitar que el Estado tuviese que correr obligatoriamente con los gastos de todas las líneas abandonadas, pues se debía valorar en qué ocasiones el servicio público de transporte ya estaba plenamente asegurado con el transporte mediante autobús. A ello debía añadirse que el Estado no tenía crédito suficiente para asumir todos los rescates de líneas abandonadas.

---

<sup>242</sup> Gaceta de Madrid de 12 de mayo de 1932.

Sin embargo, esta modificación en el régimen de los ferrocarriles abandonados no fue obstáculo para que mediante el Decreto de 9 de mayo de 1936<sup>243</sup> se facultase al Ministerio de Obras Públicas para incautarse de las líneas de ferrocarril de la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces. La medida se adoptó porque esta compañía había llegado a una situación insostenible para prestar los servicios ferroviarios, con riesgo de paralización total o parcial de la explotación. La incautación, que finalmente tuvo lugar con la aprobación de la Orden de 25 de mayo de 1936<sup>244</sup>, afectó a las líneas ferroviarias, al material fijo y móvil, a las estaciones, los almacenes, depósitos, talleres y oficinas y a cuantos elementos y dependencias constituyesen la red. Luego, por medio de la Orden de 26 de enero de 1938<sup>245</sup>, la Compañía de los Ferrocarriles del Oeste de España creada en 1928 y la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces se refundieron en una sola.

Como segunda medida impulsada tras la crisis económica de 1929 para afrontar la grave situación de los ferrocarriles, el Estado se propuso incrementar todavía más su intervención en los ferrocarriles en manos de las concesionarias, creándose para ello la Intervención permanente en los ferrocarriles a través la Ley de 9 de septiembre de 1932<sup>246</sup>. Este mecanismo supuso la presencia de un representante del Estado en los órganos de administración de aquellas compañías ferroviarias en las que el Estado participaba en su capital a raíz del Estatuto Ferroviario de 1924. Por ello, se puede decir que estas compañías concesionarias pasaron a estar controladas por el Estado, dado que sus representantes –un comisario libremente nombrado por el Ministerio de Obras Públicas– gozaban de poder de veto sobre sus acuerdos y su forma de ejecución.

A modo de conclusión, se puede decir que en esta etapa se produjo un fuerte incremento de la intervención del Estado en el sector ferroviario como contrapartida a las ayudas concedidas a las empresas concesionarias para hacer frente a su precaria situación económica y financiera. Ello influyó en los

---

<sup>243</sup> Gaceta de Madrid de 12 de mayo de 1936.

<sup>244</sup> Gaceta de Madrid de 26 de mayo de 1936.

<sup>245</sup> BOE de 30 de enero de 1938.

<sup>246</sup> Gaceta de Madrid de 10 de septiembre de 1932.

bienes ferroviarios, pues en algunas ocasiones el Estado pasó a formar parte del capital de las concesionarias al realizar aportaciones económicas, y en otras el Estado adquirió sin más la propiedad de aquellas líneas de ferrocarril abandonadas por los concesionarios o con la concesión caducada sin que nadie se las adjudicase en subasta.

### **2.3 La nacionalización de los ferrocarriles de vía ancha y la adquisición de la plena propiedad de las infraestructuras ferroviarias por el Estado**

Tras la Guerra Civil española, la situación de las empresas concesionarias era insostenible. Según apunta Olmedo Gaya<sup>247</sup>, las compañías ferroviarias estaban descapitalizadas y en situación de quiebra y sus instalaciones en muy mal estado. Por ello, la nacionalización o publicación de los ferrocarriles se vio como la única salida para hacer frente a esta situación<sup>248</sup>.

El primer paso hacia esta nacionalización se dio con la aprobación de la Ley de 8 de mayo de 1939<sup>249</sup>, que permitió al Estado asumir el control de las grandes empresas concesionarias de ferrocarriles de vía ancha con el objetivo de afrontar las importantes cantidades dinerarias que se requerían para reparar y reponer los estragos producidos por la Guerra Civil.

Esta Ley de 8 de mayo de 1939 ordenó sustituir los órganos de administración de las tres grandes compañías concesionarias (Norte de España, Madrid a Zaragoza y Alicante y Oeste-Andaluces) por un Consejo Directivo formado mayoritariamente por representantes nombrados por el Estado<sup>250</sup>, al que se encomendaba la dirección y gerencia de cada concesión en sustitución de las direcciones y consejos de administración que en ese momento dirigían las

---

<sup>247</sup> Olmedo Gaya, A., *“La evolución histórica de la normativa del transporte ferroviario en España”*, *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>248</sup> Bustillo Bolado, R.O., *Los agentes del sector ferroviario en el nuevo marco regulador*, *op. cit.*, pp. 127-137.

<sup>249</sup> BOE de 12 de mayo de 1939.

<sup>250</sup> El Consejo Directivo lo formaba un director nombrado por el Gobierno, dos representantes nombrados a propuesta del Ministerio de Obras Públicas, tres representantes propuestos por los Ministerios de Industria y Comercio, Hacienda y Defensa Nacional y dos representantes de la compañía.

empresas concesionarias. Se trataba de una medida transitoria hasta que no se estableciese el nuevo estatuto por el que deberían regirse los ferrocarriles españoles.

La Ley de 8 de mayo de 1939 permitió, en definitiva, que el Estado tomase el control provisional de las grandes empresas concesionarias de ferrocarriles de vía ancha, y al mismo tiempo anunció una reestructuración del sector ferroviario mediante un nuevo estatuto que debía elaborar la Junta Superior de Ferrocarriles, creada al efecto por esta Ley en sustitución del Consejo Superior de Ferrocarriles<sup>251</sup>.

El nuevo estatuto para el sector ferroviario se estableció con la aprobación de la Ley de bases de ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941<sup>252</sup>, que supuso la nacionalización de toda la red ferroviaria de vía ancha y su gestión por un organismo público con personalidad jurídica propia que la Ley creaba, la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE)<sup>253</sup>.

El Estado, en definitiva, decidió llevar a cabo un rescate anticipado de todas las líneas de ferrocarriles de ancho normal de las que eran titulares las empresas concesionarias, incluso de aquellas concesiones que se habían otorgado a perpetuidad durante la Revolución liberal de 1868 (que a todos los efectos pasaban a considerarse como concesiones otorgadas por un periodo de noventa y nueve años). Las razones de este rescate anticipado eran, según resume la exposición de motivos de la Ley de 24 de enero de 1941, *“el lamentable servicio que el público padece, y la carencia de capacidad*

---

<sup>251</sup> La Junta Superior de Ferrocarriles fue posteriormente sustituida por la Junta Superior de Ferrocarriles y Transportes por Carretera al aprobarse la Ley de bases de ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941 (BOE de 28 de enero de 1941).

<sup>252</sup> BOE de 28 de enero de 1941.

<sup>253</sup> Para hacerse cargo y explotar en régimen de empresa industrial los ferrocarriles rescatados y los pocos ferrocarriles que ya eran de propiedad del Estado, la Ley de 24 de enero de 1941 creó RENFE como un ente con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado, que gozaba de autonomía para la gestión, dirección y administración de los ferrocarriles integrados en la red y de las explotaciones complementarias o accesorias.



*económica de las Compañías para realizar la transformación que los adelantos técnicos imponen”.*

Esta nacionalización no sólo afectó a la explotación del servicio ferroviario, sino también al patrimonio de las empresas concesionarias, que pasaba a ser patrimonio público. Se culminaba así un proceso en el que, de unos ferrocarriles construidos por la iniciativa privada, se pasó a un creciente intervencionismo del Estado en las concesionarias, hasta llegar a la plena nacionalización de los bienes y el servicio.

En este sentido, la Ley 24 de enero de 1941 dispuso que *“para todas las líneas férreas españolas de ancho normal, de servicio y uso público, explotadas por Compañías concesionarias, cualquiera que sea la fecha de vencimiento de la concesión, se adelanta al día primero de febrero de mil novecientos cuarenta y uno la consolidación de la plena propiedad por el Estado, entrando éste el indicado día en el goce de dichos ferrocarriles”* (base 1ª). Y según se precisaba, este rescate comprendía *“las concesiones, metálico y valores, líneas, terrenos, edificios, obras, oficinas con sus ajuares, talleres con sus máquinas e instrumentos, materiales, acopios, contratos de suministro, productos y derechos de otra índole, incluso concesiones de transporte por carretera obtenidas por ser la Empresa concesionaria del ferrocarril, o sea, cuanto constituya el valor real del establecimiento del concesionario”* (base 2ª).

Como contrapartida de este rescate anticipado, el Estado debía abonar a cada concesionario, desde la indicada fecha del primero de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, un número de anualidades igual al de años que fijase el plazo medio de reversión de las concesiones de una misma compañía. Esta anualidad que debía percibir cada empresa concesionaria por el rescate del conjunto de sus concesiones era evaluada por la Junta Superior de Ferrocarriles, y si la concesionaria no aceptaba la valoración, era el Gobierno quien decidía.

Existían, por otro lado, un conjunto de pequeñas líneas de ferrocarril de vía estrecha construidas por el Estado o ya revertidas al Estado, que eran

utilizadas para fines industriales y muy importantes para la economía regional, pero que no se habían integrado en RENFE. A estas líneas que venían siendo explotadas por el Servicio de Explotación de Ferrocarriles se refiere la Ley de 13 de julio de 1950 sobre reorganización de la explotación de ferrocarriles del Estado<sup>254</sup>, con la que se quiso evitar que esta red de transporte estuviese sujeta a normas administrativas propias de los entes públicos, ordenando que se explotasen en régimen de empresa. Con esta finalidad se dotó de personalidad y patrimonio propio al Servicio de Explotación de Ferrocarriles, que pasaba a regirse por el derecho privado. Esta Ley previó que los bienes ferroviarios del Estado de las líneas de vía estrecha (obras, instalaciones y terrenos) estarían afectados a este Servicio de Explotación de Ferrocarriles.

En definitiva, a partir de la nacionalización en 1941 de los ferrocarriles de vía ancha se creó un monopolio público en manos del Estado, que a través de una entidad con personalidad jurídica pública (RENFE), pasó a administrar la infraestructura ferroviaria y a prestar el servicio público de transporte ferroviario. Según precisaba el Decreto de 11 de julio de 1941, sobre organización y administración de la Red Nacional de los Ferrocarriles de España<sup>255</sup>, las infraestructuras ferroviarias de ancho normal eran de propiedad del Estado (art. 2) y RENFE ejercía por concesión ilimitada del Estado la explotación de las líneas ferroviarias y las demás actividades complementarias y auxiliares (art. 3).

Y a lo anterior debe añadirse el conjunto de pequeñas líneas de ferrocarril de vía estrecha que eran de titularidad del Estado y que se administraban a través del Servicio de Explotación de Ferrocarriles, aunque en este caso no se dio la situación de monopolio porque se respetaron las concesiones de ferrocarriles otorgadas.

Así pues, la nacionalización de los ferrocarriles españoles realizada en 1941 no fue absoluta, porque quedaron excluidas las líneas de ferrocarriles con un ancho de vía inferior que no eran de titularidad del Estado, sino que estaban en

---

<sup>254</sup> BOE de 14 de julio de 1950.

<sup>255</sup> BOE de 26 de julio de 1941.

manos de particulares en virtud de las concesiones otorgadas a principios del siglo XX al amparo de las Leyes de ferrocarriles secundarios de 1904, 1907, 1908 y 1912. No obstante, la Ley de 24 de enero de 1941 dejaba abierta la posibilidad de rescatar anticipadamente estas líneas ferroviarias secundarias.

Los ferrocarriles de vía estrecha, en definitiva, continuaron siendo explotados por las empresas concesionarias que los habían construido y fueron ajenas al proceso nacionalizador<sup>256</sup>.

La nacionalización de los ferrocarriles acordada en 1941 supuso que el Estado consolidase la plena propiedad de los bienes de las antiguas concesionarias de ferrocarriles de vía ancha. Pero la Ley, en puridad, no declaró de forma expresa que estos bienes se integraban en el dominio público, ni tampoco distinguió dentro del conjunto de bienes nacionalizados cuáles debían considerarse bienes de dominio público y cuáles bienes patrimoniales.

Ello motivó una discusión doctrinal, pues los bienes que pasaron a formar el patrimonio de RENFE eran muy variados y tenían distinta naturaleza, por lo que era muy difícil establecer un concepto jurídico unitario y una regulación jurídica uniforme<sup>257</sup>. Y esta variedad de bienes integrados en el patrimonio de RENFE no se podía solucionar con la simple aplicación generalizada de la regla de la afectación a un servicio público prescrita por el artículo 339 del

---

<sup>256</sup> Las concesiones de ferrocarriles secundarios o ferrocarriles de vía inferior al ancho normal, a partir de 1965 denominados ferrocarriles de vía estrecha, no sólo se mantuvieron, sino que se adoptaron medidas para consolidar su existencia. Así se desprende de la aprobación de la Ley de 21 de abril de 1949 sobre fomento de las ampliaciones y mejoras de los ferrocarriles de vía estrecha y de ordenación de los auxilios a los de explotación deficitaria (BOE de 22 de abril de 1949). El legislador era consciente de que la amortización de capitales invertidos en la ampliación y mejora de infraestructuras ferroviarias era casi imposible a medida que se llegaba al final de la concesión, momento en que el ferrocarril debía entregarse a la plena propiedad del Estado. Por ello, para evitar que las empresas concesionarias se abstuvieran de acometer inversiones, la Ley de 21 de abril de 1949 previó como remedio la ampliación o prórroga de las concesiones para que se pudieran amortizar las inversiones realizadas, aunque también admitía de manera excepcional la sustitución de la prórroga por una compensación en metálico en el momento de la reversión. Asimismo, esta Ley también previó auxilios para las empresas deficitarias que se consideraban necesarias para la economía nacional y no podían ser sustituidas por otros medios de transporte, aunque como contrapartida se incrementó la intervención del Estado en la gestión de estas concesiones.

<sup>257</sup> Bermejo Vera, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, op. cit., pp. 269-292.

Código Civil, con el fin de considerarlos a todos ellos como bienes de dominio público.

Todo parece indicar, cuanto menos, que aquellos bienes nacionalizados que estaban directa y específicamente vinculados a la explotación de los ferrocarriles, como las vías y los terrenos por los que discurrían, los puentes y túneles y las estaciones, tenían la condición de bienes de dominio público por su afectación a la prestación de un servicio público, en aplicación del artículo 339 del Código Civil. Y esta misma consideración de bienes demaniales debía predicarse de los mismos bienes de las pequeñas líneas de ferrocarril de vía estrecha que ya eran de titularidad del Estado.

Esta indefinición de la Ley de 24 de enero de 1941 en lo que se refiere al régimen jurídico del patrimonio de RENFE se mantuvo en sus normas de desarrollo.

Así, el citado Decreto de 11 de julio de 1941, sobre organización y administración de la Red Nacional de los Ferrocarriles de España, y su modificación por el Decreto de 17 de enero de 1947<sup>258</sup>, se limitaron a afirmar que los bienes de RENFE eran de “*propiedad*” del Estado, sin más (art. 2).

Y luego el Estatuto de RENFE, aprobado por Decreto 2170/1964, de 23 de julio<sup>259</sup>, declaró que su patrimonio la constituían los bienes de la red rescatada por la Ley de 24 de enero de 1941 y los que posteriormente se incorporasen a la misma para la gestión del servicio de transporte ferroviario (arts. 1 y 24), pero sin calificarlos expresamente como bienes de dominio público ni discernir cuáles eran demaniales o patrimoniales.

No obstante, la distinción entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales estaba implícita en el Estatuto de RENFE de 1964 porque, por un lado, declaraba que los bienes integrados en RENFE conservarían los caracteres y condiciones que correspondían a los bienes del Estado, dando a

---

<sup>258</sup> BOE de 29 de enero de 1947.

<sup>259</sup> BOE de 25 de julio de 1964.

entender así que los bienes adscritos a RENFE podían ser demaniales o patrimoniales; y por el otro, disponía que RENFE ejercía respecto de sus bienes las facultades de recuperación posesoria procedentes según su “*naturaleza*”, esto es, según fuesen bienes de dominio público o bienes patrimoniales podía ejercer unas acciones u otras (art. 28).

La misma indefinición se dio con el Estatuto de los Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE), aprobado por Decreto 2927/1965, de 24 de septiembre<sup>260</sup>. FEVE, que se creó por el Decreto-ley 11/1965, de 23 de septiembre<sup>261</sup>, como entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Obras Públicas, con personalidad jurídica y patrimonio propios, vino a sustituir al organismo autónomo Explotación de Ferrocarriles por el Estado en la administración de los ferrocarriles de vía estrecha y sus servicios accesorios de titularidad estatal. Y siguiendo el mismo criterio que en el caso de los bienes adscritos a RENFE, la regulación de FEVE previó que sus bienes conservarían la naturaleza y las condiciones que correspondían a los bienes del Estado (art. 7). También en este caso, pues, se daba a entender que los bienes adscritos a FEVE podían ser demaniales o patrimoniales.

Hubo que esperar a la aprobación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres<sup>262</sup>, para que la cuestión quedase bien enfocada, al distinguir entre los bienes patrimoniales de RENFE y los bienes demaniales del Estado adscritos a RENFE que estaban afectados a la prestación del servicio ferroviario.

En efecto, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 previó que se incorporaban al “*patrimonio*” de RENFE todos los bienes muebles e inmuebles adscritos a las líneas ferroviarias de titularidad estatal que tuviese que explotar, con la excepción de “*los terrenos de dominio público por los que discorra la línea u otros bienes inmuebles que resulten permanentemente*

---

<sup>260</sup> BOE de 18 de octubre de 1965.

<sup>261</sup> BOE de 25 de septiembre de 1965.

<sup>262</sup> BOE de 31 de julio de 1987. La Ley, a pesar de haber nacionalizado los ferrocarriles de vía ancha en 1941, mantuvo la posibilidad de otorgar nuevas concesiones para construir y explotar ferrocarriles.

*necesarios para la prestación del servicio y respecto a los cuales se realicen expresamente su afectación demanial, los cuales seguirán perteneciendo al Estado, si bien su utilización y administración corresponderá a RENFE”, disponiendo además que los bienes demaniales que fuesen desafectados pasaban a integrarse en el patrimonio de RENFE (art. 184).*

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987, en definitiva, zanjaba la cuestión al determinar de manera expresa que tenían la condición de demaniales todos aquellos bienes afectados al servicio público ferroviario, como podían ser las vías de tren y los terrenos por los que éstas discurrían o los inmuebles permanentemente necesarios para la prestación del servicio ferroviario, como sería el caso de las estaciones de ferrocarriles.

Y más claro fueron, en desarrollo de esta Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987, su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre<sup>263</sup>, y el nuevo Estatuto de RENFE aprobado por el Real Decreto 121/1994, de 28 de enero<sup>264</sup>. Este nuevo Estatuto de RENFE transpuso la Directiva 91/440, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, obligando a partir de ese momento a separar la gestión de la infraestructura ferroviaria y la explotación de los servicios de transporte y a garantizar el libre acceso a la infraestructura a aquellas empresas que explotasen servicios ferroviarios, previo pago de un canon por la utilización de la infraestructura. Pero además, la norma definió los bienes de esta infraestructura ferroviaria que RENFE administraba<sup>265</sup> no sólo para explotar el servicio público ferroviario, sino también para permitir el acceso a terceros. En particular, el nuevo Estatuto de RENFE distinguió, en lo que se refiere a su patrimonio, entre bienes patrimoniales de RENFE y bienes de titularidad del Estado adscritos a RENFE, que podían ser bienes demaniales o bienes patrimoniales del Estado. Y dentro del dominio público, la norma especificaba que se incluían, en primer lugar, los terrenos por los que discurría

---

<sup>263</sup> BOE de 8 de octubre de 1992.

<sup>264</sup> BOE de 11 de febrero de 1994.

<sup>265</sup> La norma precisaba que la administración de la infraestructura ferroviaria a cargo de RENFE incluía el mantenimiento de las líneas ferroviarias, la gestión de los sistemas de regulación y seguridad del tráfico, la construcción de nuevas líneas ferroviarias y la explotación de las líneas mediante el cobro de un canon.

la línea, esto es, los terrenos ocupados por la explotación de la línea férrea y una franja de ocho metros de anchura a cada lado de la misma y, en el caso de puentes, túneles, viaductos y otras estructuras de obras similares por las que discurría la vía, el terreno ocupado por los soportes de la estructura; en segundo lugar, los bienes inmuebles permanentemente necesarios para la prestación del servicio, expresamente afectados al dominio público, en los que se incluían en cualquier caso los edificios y terrenos comprendidos en las estaciones ferroviarias; y, finalmente, los bienes inmuebles cuya adquisición se hubiese realizado o se realizase por expropiación forzosa (art. 33). A estos bienes de dominio público deben añadirse, según el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1990, los elementos funcionales e instalaciones afectados a la explotación del servicio público ferroviario, tales como señales, pasos a nivel, barreras, transmisiones, casetas, transformadores, subestaciones, líneas de alimentación, entre otros (art. 280).

La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario<sup>266</sup>, mantuvo este criterio al determinar que *“son de dominio público todas las líneas, los terrenos por ellas ocupados y las instalaciones que se realicen íntegramente en la zona de dominio público”* (art. 24), definiendo como zona de dominio público *“los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la plataforma”* (art. 13).

Y en el mismo sentido se expresa la vigente Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario<sup>267</sup>, que en nada ha cambiado el régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias, pues prevé que *“son de dominio público todas las líneas ferroviarias, los terrenos por ellas ocupados y las instalaciones que se encuentren situadas íntegramente en la zona de dominio público”* (art. 27.3), definiendo nuevamente la zona de dominio público como *“los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la plataforma”* (art. 13).

---

<sup>266</sup> BOE de 18 de noviembre de 2003.

<sup>267</sup> BOE de 30 de septiembre de 2015.

La Ley 38/2015, por otro lado, precisa que todos los elementos que forman la infraestructura ferroviaria<sup>268</sup> perteneciente a la Red Ferroviaria de Interés General son de titularidad y administración de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias (ADIF y ADIF-Alta Velocidad), aunque también existen infraestructuras ferroviarias de titularidad de las Autoridades Portuarias. Además, en el caso de las instalaciones de servicios en las que se prestan los servicios complementarios y auxiliares, no sólo pueden ser de titularidad y administración de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias y de las Autoridades Portuarias, sino también de otras entidades públicas o privadas.

A modo de conclusión, se puede afirmar que sólo tras la nacionalización de los ferrocarriles que tuvo lugar a mediados del pasado siglo XX, las infraestructuras ferroviarias pasaron a considerarse bienes de dominio público, régimen jurídico que se mantiene en la vigente Ley sector ferroviario de 2015.

### **3. El dominio público aeroportuario: el proceso de su demanialización**

La actividad de navegación aérea fue la última en aparecer en España de las tres analizadas y, sin embargo, el régimen jurídico de los bienes aeroportuarios es el que presenta una mayor evolución.

La aparición de esta actividad tuvo lugar a principios del siglo XX y al igual que ocurrió en el caso de los ferrocarriles, la iniciativa privada asumió un importante protagonismo inicial, pasando después por una fase de nacionalización del sector y, a finales del siglo XX, por una fase de liberalización impulsada por las autoridades comunitarias.

---

<sup>268</sup> El artículo 3 considera infraestructura ferroviaria *“las estaciones de transporte de viajeros y terminales de transporte de mercancías y la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción”*, detallándose en el anexo IV de la Ley los elementos de las estaciones de transporte de viajeros y terminales de transporte de mercancías y otros elementos que tienen la consideración de infraestructura ferroviaria.



Así pues, en sus orígenes y evolución, la actividad aeroportuaria y el régimen jurídico de sus bienes (aeródromos y aeropuertos) presenta muchas similitudes con los ferrocarriles. Si en un principio fue la iniciativa privada la que asumió las inversiones que el Estado no estaba en condiciones de realizar para prestar servicios de transporte aéreo y acometer la construcción de instalaciones, poco a poco fue el Estado quien fue asumiendo el protagonismo en la construcción de aeródromos y aeropuertos hasta que durante la II República se produjo la incautación de los bienes de la sociedad CLASSA, asumiendo el Estado la titularidad de todos los bienes, que se incorporaron al dominio público. Importa destacar este hecho porque con esta demanialización, el Estado se dotó de un título de intervención no sólo sobre los aeropuertos, sino también sobre las actividades desarrolladas sobre los mismos.

Pero, según se indicaba, el régimen jurídico de los bienes aeroportuarios es el que más ha evolucionado de las infraestructuras de transporte. Así, con la aprobación del 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<sup>269</sup>, se produjo un cambio muy significativo en el sector aeroportuario, pues con la privatización parcial que pretendía modernizar este sector e insistir en el proceso de liberalización, se incidió de lleno en el régimen jurídico de unos bienes que hasta ese momento habían sido de dominio público. Según se tendrá oportunidad de analizar con más detalle en líneas posteriores, esta reforma permitió crear una sociedad mercantil estatal denominada inicialmente AENA Aeropuertos SA, a la que se le encomendó la gestión de los aeropuertos, y además se dispuso que todos los bienes de dominio público estatal adscritos hasta ese momento a la entidad pública empresarial AENA –salvo los afectos a los servicios de navegación aérea– dejaban de tener naturaleza de bienes de dominio público y se integraban en el patrimonio de dicha sociedad mercantil estatal.

---

<sup>269</sup> BOE de 3 de diciembre de 2010.

### **3.1 Breve referencia a los orígenes y evolución del fenómeno aeronáutico en España**

La configuración de los bienes aeroportuarios como bienes de dominio público presenta muchas similitudes con el caso de los bienes ferroviarios.

En ambos casos se pasó por una primera etapa en la que primaba la iniciativa privada, para posteriormente ser objeto de nacionalización y, más recientemente, de liberalización por impulso de las autoridades comunitarias, influyendo todo ello en el régimen jurídico de los bienes aeroportuarios y en el título de intervención del que se dotó el Estado en este sector.

Así pues, para comprender mejor las razones por las que los bienes aeroportuarios se configuraron como bienes de dominio público, se impone analizar los orígenes y evolución del transporte aéreo.

Siguiendo a Gómez Puente<sup>270</sup>, por un lado, y a Arcenegui y Cosculluela<sup>271</sup>, por el otro, podemos distinguir cinco etapas en la aparición y posterior desarrollo del transporte aéreo:

#### **3.1.1 El protagonismo de la iniciativa privada en las primeras líneas aéreas implantadas en España**

Las primeras líneas de transporte aéreo que sobrevolaron España eran líneas particulares que prestaron primero servicios aéreos postales y que luego fueron ampliando su actividad al transporte de mercancías y personas. Ciertamente es que la Ley de 29 de junio de 1918 por la que se aprobaron las Bases para la

---

<sup>270</sup> Gómez Puente, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*, Fundación AENA y Iustel, Madrid, 2006, en especial, el capítulo primero de la obra, "La Intervención pública de la navegación y el transporte aéreos. Aproximación histórica", pp. 47-79. Del mismo autor puede verse "Ordenación jurídico-administrativa de los servicios de transporte aéreo", en Fernández Farreres, G. (coordinador), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 35-200.

<sup>271</sup> Arcenegui, I. y Cosculluela, L., "La Empresa Nacional Iberia y la nacionalización del transporte aéreo", en RAP, nº 58, 1969.

reorganización del Ejército<sup>272</sup> y el Real Decreto de 17 de marzo de 1920<sup>273</sup> que la desarrolló ya contenían previsiones en materia de aviación para el ámbito militar, pero las primeras actividades aeronáuticas partieron de la iniciativa privada y tuvieron el limitado objeto del transporte postal, aunque a medida que las aeronaves mejoraron su autonomía, capacidad y seguridad, el transporte aéreo se fue ampliando al transporte de mercancías y personas.

La primera línea de transporte aéreo que voló por España fue un vuelo en julio de 1916 que unió el Prat de Llobregat con Mallorca<sup>274</sup>. Y el primer vuelo que hizo escala en España fue un recorrido entre Toulouse y Casablanca en 1920, que estaba destinado precisamente a prestar el servicio postal. Se trataba de la línea inaugurada en septiembre de 1919 por iniciativa de la compañía francesa de navegación aérea Latécoère. Dicha compañía fue autorizada por la Real Orden de 29 de agosto de 1919<sup>275</sup> a volar sobre territorio español y sus aguas territoriales con destino a Marruecos y con escalas obligatorias en Barcelona, Alicante y Málaga, y únicamente podía transportar correspondencia.

Y fue precisamente para el ámbito postal que se aprobó la primera regulación relacionada con el transporte aéreo. A imagen y semejanza de lo que ocurría en países de nuestro entorno como Francia, Italia, Estados Unidos de América, Alemania, Austria, Países Bajos, Suiza o Inglaterra, el Real Decreto de 17 de octubre de 1919<sup>276</sup> creó el servicio postal aéreo, que debía ser prestado por líneas del Estado o por compañías nacionales o extranjeras debidamente autorizadas<sup>277</sup>.

---

<sup>272</sup> Gaceta de Madrid de 30 de junio de 1918.

<sup>273</sup> Gaceta de Madrid de 18 de marzo de 1920. La norma previó la organización y distribución territorial de las fuerzas y servicios de aeronáutica militar. En particular, se crearon cuatro bases aéreas (Madrid, Zaragoza, Sevilla y León), detallándose los elementos que debía tener cada una de ellas, en concreto, un aeródromo principal con cobertizos para sesenta aeroplanos y otras instalaciones como un taller o fábrica, un almacén de repuestos, abrigos subterráneos o blindados para combustible, lubricantes y bombas.

<sup>274</sup> Unos años antes, en 1910, se había hecho un vuelo de pruebas por encima de Barcelona, que había despegado del hipódromo de Can Tunis en Barcelona (Monográfico especial de La Vanguardia de 24 de noviembre de 2016).

<sup>275</sup> Gaceta de Madrid de 30 de agosto de 1919.

<sup>276</sup> Gaceta de Madrid de 19 de octubre de 1919.

<sup>277</sup> Al amparo de este Real Decreto de 17 de octubre de 1919, la Real Orden de 8 de marzo de 1920 autorizó el primer servicio aéreo español en la ruta Barcelona, Alicante y Málaga, que se encomendó a la compañía francesa Latécoère.

Ante el desarrollo que poco a poco estaba tomando la aviación y con la voluntad de regular la iniciativa privada en este sector, el Real Decreto de 25 de noviembre de 1919<sup>278</sup> estableció la primera regulación completa sobre esta materia, aprobando para ello un Reglamento de Navegación Aérea Civil. Este Reglamento reguló cuestiones como la matrícula de las aeronaves<sup>279</sup>, los requisitos y autorizaciones del personal, los requisitos en materia de seguridad e inspección de las aeronaves, sus marcas de matrícula y nacionalidad, los libros de a bordo, las zonas de vuelo prohibidas, las reglas en materia de luces y señales y en materia de tráfico aéreo en los aeropuertos y en sus proximidades, así como el régimen de aeronaves que llegaban y salían de España (esto es, el régimen de aduana). El Reglamento de Navegación Aérea Civil, en definitiva, establecía unas normas mínimas de policía en materia de navegación aérea.

El Real Decreto, además de cuestiones específicas sobre aeródromos a las que posteriormente se hará referencia, estableció la primera distinción de las modalidades de transporte aéreo. Así, la norma distinguía entre *“líneas aéreas de servicio del Estado”*, destinadas a asuntos oficiales, *“líneas aéreas de servicio general”*, destinadas al transporte público de pasajeros, mercancías o correspondencia, y *“líneas aéreas de servicio particular”*, destinadas a uso privado.

En el caso de las *“líneas aéreas de servicio del Estado”* y de las *“líneas aéreas de servicio general”*, se consideraban servicios públicos, a diferencia de las líneas de servicio particular, que se destinaban al uso privado. Por ello, la norma reglamentaria de 1919 no sólo atribuyó la condición de *“utilidad pública”* a efectos expropiatorios de los terrenos y construcciones de las *“líneas aéreas de servicio del Estado”* y de las *“líneas aéreas de servicio general”*, sino que, además, en el caso de las *“líneas aéreas de servicio general”* las calificó de *“dominio público”* (art. 31), expresión impropia que, al igual que ocurrió con la primera legislación de ferrocarriles de la segunda mitad del siglo XIX, obedecía

---

<sup>278</sup> Gaceta de Madrid de los días 26 y 30 de noviembre y 1 y 16 de diciembre de 1919.

<sup>279</sup> Por Real Orden de 6 de marzo de 1920 (Gaceta de Madrid de 12 de marzo de 1920) se concretaron las reglas para la matrícula de aeronaves que debían cumplir las personas o entidades jurídicas de nacionalidad española.

al interés del Estado de dotarse de un título de intervención sobre estas líneas aéreas que prestaban un servicio público de transporte de personas y mercancías.

Por otro lado, la consideración de las *“líneas aéreas de servicio del Estado”* y de las *“líneas aéreas de servicio general”* como líneas de servicio público no comportaba que necesariamente debieran gestionarse de forma directa, pues el Real Decreto de 25 de noviembre de 1919 admitía que cada línea podía ser gestionada de manera indirecta a través de concesión otorgada en pública subasta, pudiendo recibir además auxilios públicos.

Por lo que se refiere a las líneas aéreas no declaradas de servicio general, esto es, las líneas de servicio particular, la norma admitía que, como en el caso de las líneas de servicio general, también podían dedicarse al transporte de pasajeros o mercancías, siempre que obtuviesen una autorización, pero estas líneas particulares no se beneficiaban de la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios ni recibían ningún tipo de auxilio público<sup>280</sup>.

En definitiva, con el régimen jurídico aprobado por el Real Decreto de 25 de noviembre de 1919, la iniciativa privada no sólo podía dedicarse al transporte de pasajeros o mercancías con la oportuna autorización, sino que también podía gestionar líneas aéreas de servicio del Estado y líneas aéreas de servicio general previa obtención de una concesión. Y, de hecho, el protagonismo de la iniciativa privada fue lo habitual, como lo demuestran las numerosas autorizaciones otorgadas a particulares que, con subvenciones del Estado, se dedicaron a prestar servicios aéreos en régimen de concurrencia.

Así, tras autorizarse a la Compañía Española de Transporte Aéreo a prestar el transporte aéreo postal entre Sevilla y Larache –inaugurada el 15 de octubre de

---

<sup>280</sup> Mediante Real Orden de 18 de junio de 1927, publicada en la Gaceta de Madrid de 22 de junio de 1927, se aclaró que las líneas aéreas de carácter particular podían establecerse libremente por individuos o entidades de nacionalidad española sin más requisitos que el cumplimiento de los preceptos reglamentarios que para poder volar sobre territorio español se exigían a las aeronaves y su personal navegante, precisándose que estas líneas no podían prestar ningún servicio público de transporte de pasajeros o mercancías, salvo que obtuviesen autorización.

1921–, le siguieron, como apunta Gómez Puente<sup>281</sup>, la línea de Barcelona a Palma de Mallorca concedida a la Compañía Aeromarítima Mallorquina (15 de diciembre de 1921), la línea de Madrid a San Sebastián concedida a la compañía Otié (7 de febrero de 1922), las líneas de Madrid a Irún, Madrid a Valencia de Alcántara, Madrid a Barcelona y Port Bou y Madrid a Sevilla concedidas a la Compañía Española de Transporte Aéreo (22 de marzo de 1922), la línea de Madrid a Vigo (13 de junio de 1922), la línea de Sevilla a Canarias (5 de febrero de 1925), la línea de dirigibles de Sevilla a Buenos Aires concedida a la Compañía Colón Transaérea Española –que no logró prestar servicios– (12 de febrero de 1927), las líneas de Sevilla a Lisboa y de Madrid a Lisboa concedidas a la compañía Unión Aérea Española (25 de abril de 1927), o la línea de Madrid a Barcelona concedida a IBERIA (junio de 1927).

Se puede concluir, por lo visto, que durante esta primera etapa la normativa aprobada permitía crear líneas aéreas de iniciativa pública y líneas aéreas de iniciativa particular, estas últimas incluso destinadas a gestionar líneas de servicio del Estado y líneas de servicio general. Pero dado que el Estado no estaba en condiciones de realizar grandes inversiones para establecer servicios aéreos de iniciativa pública –como ocurrió con los ferrocarriles, según lo expuesto anteriormente–, en la práctica fue la iniciativa privada la que sustituyó al Estado en esta tarea de establecer líneas aéreas, con la paradoja de que estas líneas particulares tampoco eran viables económicamente si no recibían ayudas públicas.

### **3.1.2 La planificación del transporte aéreo y el monopolio de CLASSA**

Ante la imposibilidad de que existiesen líneas aéreas sostenidas únicamente con sus propios recursos y por su dependencia de las ayudas públicas, durante la Dictadura de Primo de Rivera se optó por establecer una planificación del transporte aéreo y un régimen de monopolio a favor de una única empresa privada.

---

<sup>281</sup> Gómez Puente, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*, op. cit., pp. 51-52.

El cambio se operó a través del Real Decreto-ley de 9 de enero de 1928<sup>282</sup>, que previó la creación de una sólo compañía potente que, previa adjudicación mediante concurso, debía explotar todas las líneas regulares incluidas en el Plan de líneas aéreas nacionales e internacionales, que se declaraban de interés general y de utilidad pública.

La norma respetó las concesiones de líneas aéreas subvencionadas por el Estado que habían sido otorgadas hasta ese momento y que todavía estaban vigentes, pero dispuso que tan pronto caducasen, pasarían a integrarse en la compañía que resultase adjudicataria del concurso, si bien también se podía avanzar este traspaso con la firma de un convenio.

Con esta decisión, en definitiva, se pretendía establecer un régimen de monopolio a favor de una única empresa que garantizase la continuidad y regularidad del servicio público de transporte aéreo. Sin embargo, dado que el monopolio se refería únicamente a las líneas aéreas regulares, no se excluía la existencia de otras líneas no regulares (transporte discrecional o eventual) en manos de otras empresas privadas, aunque sólo fuese en el plano meramente teórico.

Sea como fuere, lo cierto es que en la práctica se creó una única empresa privada para gestionar todas las líneas de transporte aéreo, la Compañía de Líneas Aéreas Subvencionadas SA (CLASSA), que estaba integrada por todas las compañías aéreas españolas y que contaba con el apoyo del sector bancario.

En efecto, mediante Real Decreto de 31 de diciembre de 1928<sup>283</sup> se adjudicó la explotación de las líneas aéreas regulares referidas en el Real Decreto-ley de 9 de enero de 1928 a las dos entidades que, agrupadas con otras, habían presentado proposiciones en el concurso público, la Unión Aérea Española y Aero-Hispania. Dichas entidades debían fusionarse y constituir una nueva

---

<sup>282</sup> Gaceta de Madrid de 11 de enero de 1928.

<sup>283</sup> Gaceta de Madrid de 1 de enero de 1929.

sociedad, lo que dio origen a la mercantil CLASSA, cuyos Estatutos fueron aprobados por Real Orden de 2 de febrero de 1929<sup>284</sup>. CLASSA se constituyó, en definitiva, por la unión de todas las empresas españolas de aviación y de determinados bancos con el fin de explotar las líneas aéreas regulares que habían sido declaradas de interés general y de utilidad pública en el Real Decreto-ley de 9 de enero de 1928 y las que en lo sucesivo obtuviesen la misma declaración, siempre que en este último caso la sociedad ejerciese un derecho de tanteo. Con este objetivo, CLASSA celebró un contrato con el Estado para explotar dichas líneas aéreas regulares, que fue aprobado por Real Decreto de 23 de noviembre de 1929<sup>285</sup>.

### **3.1.3 La nacionalización del transporte aéreo y el monopolio de IBERIA**

Poco duró el monopolio de la empresa privada CLASSA. Con el advenimiento de la II República, se inició un periodo de cambios profundos que culminó con la nacionalización del transporte aéreo y luego con el monopolio legal de IBERIA.

Así, mediante la Ley de 23 de septiembre de 1931<sup>286</sup> se declaró nulo y resuelto el contrato celebrado entre el Estado y CLASSA y se incautaron todos sus bienes y derechos a cambio de indemnizar a la entidad con una cantidad equivalente a la diferencia entre las sumas invertidas y las amortizaciones realizadas. Tras esta incautación, el servicio de transporte aéreo pasó a ser prestado directamente por el Estado a través de una comisión gestora.

Sin embargo, poco después, con los bienes incautados a CLASSA, la Ley de 8 de abril de 1932<sup>287</sup> creó la entidad mercantil denominada Líneas Aéreas Postales Españolas (LAPE). Se volvía así a la gestión indirecta de las líneas de transporte aéreo, pero esta vez a través de una entidad mercantil de titularidad

---

<sup>284</sup> Gaceta de Madrid de 3 de febrero de 1929.

<sup>285</sup> Gaceta de Madrid de 24 de noviembre de 1929.

<sup>286</sup> Gaceta de Madrid de 25 de septiembre de 1931.

<sup>287</sup> Gaceta de Madrid de 17 de abril de 1932.



pública, que asumió la explotación del transporte aéreo en régimen de monopolio.

Durante la Guerra Civil, LAPE continuó funcionando en la zona republicana, que se quedó con la mayoría de aviones y demás medios materiales, mientras que en la zona nacional se autorizó a IBERIA Compañía Aérea de Transporte SA a reorganizar el servicio de transporte aéreo, que lo prestó con aviones y tripulación de la compañía alemana LUFTHANSA.

Tras la Guerra Civil, el Estado se hizo cargo del patrimonio de LAPE y la disolvió, integrando sus bienes en un nuevo organismo estatal que se creó en octubre 1939, la Sociedad Anónima Española de Transporte Aéreo (SAETA), luego substituida en abril de 1940 por Tráfico Aéreo Español (TAE), que durante un tiempo concurrió con IBERIA en la prestación del servicio de transporte aéreo.

Pero la Ley de 7 de junio de 1940<sup>288</sup> restableció el monopolio en el transporte aéreo (salvo el internacional) y otorgó en exclusiva su gestión a IBERIA dentro de territorio español y en sus colonias por un plazo de veinte años, si bien el Gobierno se reservaba el derecho de rescisión sin necesidad de expresar causa alguna. La exclusividad de IBERIA –que además recibía subvenciones públicas para aquellas líneas que el Gobierno considerase oportuno– supuso, en definitiva, la desaparición de TAE.

Se trató de una nacionalización del transporte aéreo que, según el preámbulo de la norma, obedecía a su carácter de servicio público, y cuya gestión se concedió a una nueva empresa de titularidad mayoritariamente estatal en la que se integraron los bienes que habían pertenecido a LAPE y a IBERIA.

En efecto, para que esta concesión en exclusiva a IBERIA fuese efectiva, la Ley de 7 de junio de 1940 lo condicionó a que todas sus acciones pasasen a la propiedad del Estado, aunque luego el Estado se quedó sólo con el 51% del

---

<sup>288</sup> BOE de 19 de junio de 1940.

capital, mientras que el 49% restante se adjudicó a capital privado, la mitad español y la otra mitad extranjero<sup>289</sup>.

Sin embargo, antes de finalizar la II Guerra Mundial, IBERIA fue totalmente nacionalizada. En primer lugar, con la aprobación del Decreto de 17 de noviembre de 1943<sup>290</sup>, el Instituto Nacional de Industria (INI) adquirió la totalidad de las acciones en poder de entidades y personas nacionales o extranjeras, y posteriormente, por medio del Decreto de 30 de septiembre de 1944<sup>291</sup>, por el que se aprobó el Plan de líneas aéreas a servir por IBERIA y se acordó la ampliación de su capital, se transfirió al INI la propiedad de las acciones de IBERIA que estaban en poder del Estado.

IBERIA, en definitiva, pasó a ser una empresa pública de capital íntegramente público que tenía atribuido el monopolio legal del transporte aéreo dentro de territorio español.

### **3.1.4 Los primeros pasos hacia la ruptura del monopolio de IBERIA: la aparición de AVIACO y la aprobación de la Ley de Navegación Aérea de 1960**

El monopolio legal de IBERIA se mantuvo en lo que se refiere al tráfico aéreo regular, pero se rompió *de facto* en el caso del tráfico aéreo irregular al aprobarse el Decreto de 14 de junio de 1946<sup>292</sup>, por el que se autorizó la implantación en España del tráfico aéreo irregular (taxímetros aéreos). Junto al tráfico aéreo regular, con rutas, horarios y tarifas predeterminados que se había concedido en exclusiva a IBERIA por la Ley de 7 de junio de 1940, este Decreto autorizó la implantación del tráfico aéreo irregular, discontinuo y ocasional de pasajeros y mercancías, sin sujeción a rutas u horarios, que se podía prestar por empresas privadas debidamente autorizadas. La norma

---

<sup>289</sup> En el caso del capital extranjero, se adjudicó íntegramente a la compañía alemana LUFTHANSA al renunciar la italiana ALITALIA a la parte que se le había reservado.

<sup>290</sup> BOE de 20 de noviembre de 1943.

<sup>291</sup> BOE de 2 de octubre de 1944.

<sup>292</sup> BOE de 23 de junio de 1946.

reglamentaria preveía que, en el caso de poblaciones unidas por líneas regulares, sólo IBERIA podría prestar el tráfico aéreo irregular en estas rutas, pero se admitía la posibilidad de autorizar dicho transporte irregular a empresas privadas cuando la demanda de carga y pasaje lo aconsejaban y la concesionaria del servicio regular (IBERIA) no la atendiese de forma suficiente con sus rutas regulares.

Así pues, tras la aprobación del Decreto de 14 de junio de 1946, existía en España un servicio público de transporte aéreo regular concedido en régimen de monopolio a IBERIA y podía existir un transporte aéreo irregular prestado por distintas empresas privadas previa obtención de una autorización administrativa<sup>293</sup>.

La aprobación del Decreto de 14 de junio de 1946 dio origen a la creación de las empresas Compañía Auxiliar de Navegación Aérea (CANA) en 1946, que desapareció cuatro años después, y Aviación y Comercio (AVIACO) en 1948. En el caso de AVIACO, poco a poco se autorizó a que prestase servicios en horario fijo y en destinos cubiertos por IBERIA –servicios regulares, en definitiva–, rompiéndose de hecho el monopolio legal de IBERIA y dando paso a lo que la doctrina identifica como un duopolio *de facto*.

No obstante, la situación descrita duró poco: en 1954 el INI –que ya era propietaria de todo el capital de IBERIA– se convirtió en accionista mayoritario

---

<sup>293</sup> En el caso del transporte aéreo regular internacional también estaba reservado al Estado, que lo gestionaba indirectamente a través de IBERIA, pero no en exclusiva sino en concurrencia con las líneas de bandera de otros países según acuerdos y convenios internacionales suscritos. Y en el caso del transporte aéreo irregular internacional, se regía por el principio de libertad, pero con subordinación a la regla de reciprocidad. En este sentido, ante la firma de la Convención para la navegación aérea civil de 7 de diciembre de 1944 en la Conferencia Internacional de Aviación Civil (CACI) de Chicago (a la que se adhirió España), el Decreto de 12 de julio de 1946, por el que se regula en España el tráfico irregular de aviones civiles extranjeros y se clasifican nuestros Aeropuertos (BOE de 28 de julio de 1946), puso en práctica las dos primeras libertades del aire (derechos de sobrevuelo sobre el territorio nacional y de escala técnica con fines no comerciales, con sujeción al principio de reciprocidad) y la tercera y cuarta (traer y llevar desde o al país de la matrícula de la aeronave, mercancías, pasaje o correo en servicios irregulares sin itinerario fijo) para el tráfico aéreo internacional irregular de aeronaves extranjeras, prohibiéndose en cualquier caso el tráfico de cabotaje para aeronaves extranjeras. Y en cuanto al tráfico aéreo internacional regular, el Decreto preveía que éste quedaba sujeto a los Convenios suscritos por España con cada Estado al que perteneciese la línea aérea o la aeronave.

de AVIACO<sup>294</sup> y en 1959 se amplió su capital, que fue adjudicado a IBERIA, pasando a ser el accionista mayoritario de AVIACO. Se volvía así a la situación de monopolio *de facto*.

La apertura a la competencia que había previsto el Decreto de 14 de junio de 1946 para el transporte aéreo irregular se intentó generalizar al transporte regular con la aprobación de la Ley de Bases para un Código de Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947<sup>295</sup>. La Ley, que fijaba las bases para que el Gobierno aprobase un Código de Navegación Aérea, reservaba al Estado el transporte aéreo regular, pero permitía su gestión indirecta por entidades públicas y por entidades o personas privadas –previa concesión–, por lo que se pretendía poner fin al régimen de monopolio legal de IBERIA. Y en cuanto al transporte aéreo irregular, las Bases mantenían la prestación libre por aeronaves nacionales, como ya había sido previsto en el Decreto de 14 de junio de 1946. No obstante, estas bases no llegaron a desarrollarse al no aprobarse el Código de Navegación Aérea, por lo que se mantuvo el monopolio legal de IBERIA en el transporte aéreo regular hasta que en 1960 se aprobó la Ley de Navegación Aérea.

En efecto, la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea<sup>296</sup>, estableció un régimen de libre concurrencia entre empresas y particulares de nacionalidad española para prestar el servicio público de transporte aéreo regular dentro de territorio español, que puso fin al monopolio legal de IBERIA, aunque como contrapartida, a dicha empresa pública se le renovó por tiempo indefinido su concesión de veinte años que le había otorgado la Ley de 7 de junio de 1940.

Así, tras la aprobación de la Ley de Navegación Aérea de 1960, toda empresa o persona de nacionalidad española que obtuviese una concesión no superior a quince años (prorrogable) otorgada por el Consejo de Ministros podía prestar

---

<sup>294</sup> El Decreto de 5 de octubre de 1954 (BOE de 9 de octubre de 1954) autorizó al INI a participar en AVIACO, debiendo dicho Instituto disponer de la mayoría del capital social de la empresa.

<sup>295</sup> BOE de 1 de enero de 1948.

<sup>296</sup> BOE de 23 de julio de 1960.

servicios aéreos regulares y recibir además ayudas públicas para esta actividad. En el caso del transporte aéreo irregular, también se exigía que fuese prestado por empresas o personas de nacionalidad española que obtuviesen autorización del Ministerio del Aire, precisando la Ley que, en principio, las empresas concesionarias de líneas regulares tenían preferencia para obtener una autorización de transporte irregular entre poblaciones unidas por líneas regulares, salvo que la demanda de carga y pasaje lo aconsejase y la empresa concesionaria del servicio regular no atendiese dicha demanda. Y en cuanto al tráfico aéreo internacional, se continuó rigiendo por los convenios suscritos con otros Estados y por el principio de reciprocidad.

### **3.1.5 La plena liberalización del transporte aéreo**

Tras el ingreso de España en 1985 a las Comunidades Europeas<sup>297</sup>, y por influjo del Derecho comunitario, se produjo en nuestro país una liberalización del transporte aéreo con motivo de la aprobación de tres paquetes de normas comunitarias (14 de diciembre de 1987, 24 de julio de 1990 y 23 de julio de 1992), manteniéndose un sistema de control o supervisión administrativa.

Según se verá en líneas posteriores, el Derecho comunitario desplazó las previsiones de la Ley de Navegación Aérea de 1960 que habían consagrado una reserva pública del tráfico aéreo regular y lo sometía a concesión administrativa a favor de nacionales españoles, sustituyendo este sistema por la libertad de tráfico y la libertad de establecimiento.

La liberalización comunitaria del transporte aéreo apostó, en definitiva, por crear un mercado comunitario en este sector, con una política común, que implicaba la plena liberalización de esta actividad.

---

<sup>297</sup> Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, firmada el 12 de junio de 1985, con entrada en vigor el 1 de enero de 1986.

### 3.2 El carácter demanial de los bienes aeroportuarios

El régimen jurídico de los bienes aeroportuarios ha ido evolucionando históricamente en función de las distintas etapas de la actividad de transporte aéreo descritas anteriormente.

Como apunta Gómez Puente<sup>298</sup>, los primeros aviones aterrizaron y despegaban en cualquier terreno siempre que fuese llano, no tuviera obstáculos y el suelo fuese firme para soportar el impacto de las ruedas al tocar tierra y la rodadura de los aviones. Siguiendo las recomendaciones de los primeros organismos aeronáuticos, como la Comisión Internacional de la Navegación Aérea o la Federación Aeronáutica Internacional, para que estos terrenos tuvieran la condición de aeródromos debían estar acondicionados con el fin de impedir el paso del ganado, dar mayor firmeza al suelo, delimitar la pista, fijar marcas, señales o mástiles de bandera que facilitarían la aproximación y levantar hangares o barracones para aeronaves y personal.

Pero a medida que la aviación fue evolucionando, hubo la necesidad de mejorar los aeródromos, y aquí la iniciativa privada jugó un importante papel, como ocurrió en el caso de los ferrocarriles en sus orígenes. Recuérdese, según se apuntaba anteriormente, que las primeras líneas que sobrevolaron España fueron gracias a la iniciativa privada, que no sólo desarrolló líneas aéreas particulares autorizadas para el transporte de pasajeros y mercancías, sino que además gestionó indirectamente líneas aéreas de servicio del Estado y líneas aéreas de servicio general previa obtención de la oportuna concesión.

En consonancia con esta situación, los primeros aeródromos fueron construidos por particulares para ser usados por aeroclubes, escuelas y compañías aéreas de aviación, aunque también es cierto que esta iniciativa particular no fue suficiente dado el alto coste económico que comportaba la construcción de aeródromos, y por ello debieron contar con subvenciones

---

<sup>298</sup> Gómez Puente, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*, op. cit. En especial, el capítulo cuarto de la obra, "La infraestructura de la navegación y el transporte aéreos", pp. 243-303.

públicas o con la garantía de tráfico aéreo, asegurándoles, por ejemplo, el transporte postal regular o la exclusividad de vuelos en determinadas rutas. Se trataba, en cualquier caso, de aeródromos cuyos terrenos eran de propiedad privada que quedaron, eso sí, bajo la inspección del Estado.

Para la construcción de estos primeros aeródromos de iniciativa privada, los particulares debían sujetarse a la normativa que se aprobó al efecto, el Real Decreto de 25 de noviembre de 1919<sup>299</sup>, por el que se estableció el Reglamento de Navegación Aérea Civil. Se trataba de la primera regulación general en materia de navegación aérea civil que, como apunta De la Serna Bilbao<sup>300</sup>, pretendía garantizar el funcionamiento regular y continuo de los servicios aéreos, procurando para ello la existencia de las instalaciones aeroportuarias necesarias.

Este Real Decreto de 25 de noviembre de 1919 estableció la obligación de despegar o aterrizar a través de los aeródromos, concebidos como *“todo terreno definido o zona acuática destinada a usarse, en todo o en parte, para el aterrizaje o la salida de aeronaves”*, y que podían ser de tres clases: aeródromos autorizados, aeródromos militares o aeródromos bajo la inspección del Estado<sup>301</sup>. Pero poco más se decía sobre los aeródromos: tan sólo que quedaban sujetos a la previa autorización del Ministerio de Fomento, el cual fijaba las condiciones que debían cumplir en cada caso, y que se podían recibir auxilios públicos no sólo para su construcción, sino también para la explotación de las líneas aéreas de servicio general, según quedó expuesto.

Por regla general, el título habilitante imponía a los solicitantes de líneas aéreas de carácter particular la obligación de construir sus propios aeródromos, por lo

---

<sup>299</sup> Gaceta de Madrid de los días 26 y 30 de noviembre y 1 y 16 de diciembre de 1919.

<sup>300</sup> De la Serna Bilbao, M.N., *“La desafectación del dominio público aeroportuario”*, op. cit., p. 630.

<sup>301</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la compañía francesa Latécoère. La Real Orden de 29 de agosto de 1919 (Gaceta de Madrid de 30 de agosto de 1919), que había autorizado a esta compañía a volar sobre territorio español y sus aguas territoriales para transportar correspondencia con destino a Marruecos, le impidió adquirir en propiedad los terrenos destinados a aeródromos, que sólo podía disponer de ellos mediante arrendamiento y mientras durase la autorización. Pero al mismo tiempo, la Real Orden de 20 de abril de 1920 (Gaceta de Madrid de 7 de mayo de 1920) obligada a dicha empresa a someter a la inspección del Ministerio de Fomento sus aeródromos de escala obligatoria en Barcelona, Alicante y Málaga.

que debían adquirir y acondicionar los terrenos y habilitar determinadas dependencias para destinarlas a hangares y otras instalaciones<sup>302</sup>.

También existieron en esta primera etapa de la navegación aérea aeródromos de iniciativa pública, que se construyeron al amparo del citado Real Decreto de 17 de marzo de 1920<sup>303</sup> para cubrir las necesidades de la aviación militar, y que en este caso, como obras públicas construidas con fines de defensa nacional, debían ser considerados bienes de dominio público al amparo del artículo 339.2º del Código Civil. Estos aeródromos de titularidad pública, además de su uso estrictamente militar, también fueron autorizados en ocasiones para servir al tráfico de compañías aéreas particulares, especialmente en el caso de las líneas aéreas postales, aunque también para el transporte de personas y mercancías<sup>304</sup>.

Tras estos primeros pasos, durante la Dictadura de Primo de Rivera se acometió una reforma del transporte aéreo que no sólo incidió en la forma de prestar estos servicios, sino también en la construcción de los aeródromos. Con este propósito, se creó mediante Real Decreto de 11 de abril de 1927<sup>305</sup> el Consejo Superior de Aeronáutica, al que se le encomendó, por un lado,

---

<sup>302</sup> Así ocurrió, a modo de ejemplo, en el caso de la línea postal aérea entre Madrid y Vigo creada por Real Decreto de 13 de junio de 1922 (Gaceta de Madrid de 15 de junio de 1922), o en el caso de la concesión de la línea postal aérea entre Sevilla y Canarias, otorgada por Real Decreto de 5 de febrero de 1925 (Gaceta de Madrid de 8 de febrero de 1925).

<sup>303</sup> Según se apuntó anteriormente, el Real Decreto de 17 de marzo de 1920 (Gaceta de Madrid de 18 de marzo de 1920) impuso la creación de cuatro bases aéreas (Madrid, Zaragoza, Sevilla y León), detallándose los elementos que debía tener cada una de ellas, en concreto, un aeródromo principal con cobertizos para sesenta aviones y otras instalaciones como un taller o fábrica, un almacén de repuestos, abrigos subterráneos o blindados para combustible, lubricantes y bombas.

<sup>304</sup> Son numerosos los ejemplos de uso de bases aéreas militares por compañías privadas que prestaban servicios particulares de transporte de viajeros, mercancías y correspondencia. Así, por Real Orden de 7 de febrero de 1922 (Gaceta de Madrid de 13 de febrero de 1922), por la que se autorizó a la empresa Otie de San Sebastián a establecer una doble línea aérea de San Sebastián a Madrid de carácter particular, no sólo permitió el uso de aeródromos y campos de aterrizaje de socorro ya establecidos (siempre que contasen con la aprobación del Ministerio de Fomento), sino que además permitió el uso de aeródromos y elementos de la aeronáutica militar, previo acuerdo entre la Dirección General de Comercio, Industria y Minas y la Dirección de Aeronáutica Militar. También se permitió el uso de aeródromos militares (previo acuerdo) en el caso de las líneas particulares de Madrid a Irún, Madrid a Valencia de Alcántara, Madrid a Barcelona y Port Bou y Madrid a Sevilla autorizadas a la Compañía Española Tráfico Aéreo por la Real Orden de 22 de marzo de 1922 (Gaceta de Madrid de 31 de marzo de 1922), o en el caso de la línea particular de Sevilla a Larache autorizada a la misma compañía por Real Orden también de 22 de marzo de 1922 (Gaceta de Madrid de 31 de marzo de 1922).

<sup>305</sup> Gaceta de Madrid de 12 de abril de 1927.



clasificar los aeropuertos nacionales según su objeto y aplicaciones y aprobar una reglamentación en cuanto a su construcción, organización y dirección, y por el otro, elaborar un Plan de líneas aéreas.

La actividad de este Consejo dio lugar a la aprobación de dos Reales Decretos-Leyes, uno ya analizado en líneas anteriores (Real Decreto-ley de 9 de enero de 1928), por el que se estableció un régimen de monopolio a favor de una única empresa privada, que finalmente resultó ser CLASSA, y otro por lo que aquí interesa relativo a los aeropuertos de interés general.

En efecto, mediante Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927<sup>306</sup> se aprobaron las bases para la construcción de aeropuertos de interés general en España, con el fin –según relata su exposición de motivos– de que todos ellos estuviesen *“dotados de todas las instalaciones necesarias para el fácil y seguro arribo y partida de las aeronaves, para su aprovisionamiento, carga, descarga y demás operaciones del tráfico aéreo, para suministrarles datos del estado atmosférico en la ruta por que hayan de volar y para que puedan cumplir todas las formalidades obligadas en su relación con los servicios de Aduanas, Policía, Sanidad, Correo, etc.”*. El objetivo no era otro que construir y organizar una red pública de aeropuertos nacionales y ordenar su uso.

Este Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927 estableció la distinción entre aeródromos y aeropuertos. Tras concebir los aeródromos en términos parecidos a los usados por el precedente Real Decreto de 25 de noviembre de 1919, definiéndolos como *“cualquier terreno o extensión de agua marina o dulce dispuesta para la partida y llegada de las aeronaves”*, caracterizó los aeropuertos como una modalidad de aeródromo que debía tener algo más que un espacio destinado a la llegada y salida de aviones, y en este sentido los definió como *“cualquier aeródromo que cuente con la instalación de los servicios necesarios y auxiliares para la navegación aérea”*.

---

<sup>306</sup> Gaceta de Madrid de 20 de julio de 1927.

En el caso de los aeropuertos, la norma distinguió tres modalidades: los aeropuertos de servicio del Estado, los aeropuertos de servicio público o interés general y los aeropuertos particulares o privados.

En el primer caso, los aeropuertos de servicio del Estado, la norma los concebía como aquellos que se destinaban exclusivamente a servicios militares, navales o cualquier otro servicio oficial. Estos aeropuertos siempre debían ser de propiedad del Estado y se regían por las normas que aprobase cada Ministerio. Se trataba, sin lugar a dudas, de bienes de dominio público por ser bienes de titularidad pública afectados a la defensa nacional o a la prestación de un servicio público.

En cuanto a los aeropuertos de interés general, esta denominación se reservaba a los que se iban a destinar a prestar servicios públicos de transporte aéreo, pudiendo ser construidos por instituciones públicas o por particulares.

En el primer caso, la norma atribuía esta potestad al Estado, Diputaciones, Provinciales, Ayuntamientos, Cámaras Oficiales, Comisarías Regias y otras entidades oficiales o consorcios entre ellas, admitiéndose en esta modalidad la cooperación de entidades particulares. Se trataba de unas instalaciones en relación con las cuales, para su construcción y explotación, se optó por un sistema de Juntas o Patronatos de carácter local integrados por entidades oficiales y particulares interesadas en las obras, de modo análogo a lo previsto para los puertos marítimos, rigiéndose en cualquier caso por la reglamentación que aprobase el Estado en todo lo que se refiere a su establecimiento y funcionamiento. En este supuesto también es claro que podía hablarse de bienes de dominio público, al tratarse de bienes de titularidad pública afectados a la prestación de un servicio público.

Pero el Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927, en segundo lugar, también previó que estos aeropuertos de interés general podían ser construidos no sólo por entidades públicas (con o sin cooperación privada), sino también por particulares que hubiesen obtenido una concesión, rigiéndose igualmente su

construcción y explotación por la reglamentación, inspección y dirección del Estado. Aquí surgen poderosas dudas respecto al régimen jurídico de estos bienes, pues se trataba de bienes de propiedad privada construidos por empresas privadas que luego resultaban concesionarias de servicios de transporte aéreo, sin que esta circunstancia bastase por sí sola para calificar estos bienes como demaniales. Dos son las razones para llegar a esta conclusión.

En primer lugar, el Real Decreto-ley de 9 de enero de 1928 (art. 19), por el que se habilitó la creación del monopolio de la empresa privada CLASSA, distinguió abiertamente entre aeropuertos del Estado y aeródromos establecidos por esta mercantil. Según esta norma, *“la entidad concesionaria –que resultó ser CLASSA– usará los aeropuertos del Estado y los servicios oficiales auxiliares de navegación aérea y estará obligada a mantener los Aeropuertos particulares que ella establezca para la seguridad del tráfico”*. Luego la norma admitía la existencia de aeropuertos de interés general que eran propiedad de CLASSA.

Y en segundo lugar, la naturaleza privada de estos aeropuertos de interés general construidos con capital privado vendría avalada por la posterior incautación de los bienes a que fue sometida CLASSA, que fue operada por la Ley de 23 de septiembre de 1931<sup>307</sup>, y el pago de un precio por esta incautación. Si estos bienes hubiesen sido dominio público, ningún sentido tendría que fuesen incautados por la Ley republicana de 1931. Fue más bien a partir de la incautación de los bienes de CLASSA que éstos se integraron en el patrimonio del Estado y que por su afectación al servicio público de transporte aéreo prestado indirectamente por la entidad de titularidad pública LAPE –y luego por IBERIA– podía hablarse de bienes de dominio público.

Por lo que se refiere a los aeropuertos privados o particulares, el Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927 previó que se podían construir con la obtención de una concesión, quedando en cualquier caso sujetos a inspección oficial. Estos aeropuertos estaban obligados a admitir de forma gratuita el aterrizaje y salida

---

<sup>307</sup> Gaceta de Madrid de 25 de septiembre de 1931.

de aeronaves del Estado, y como se ha apuntado, también se podían abrir al tráfico general si se construían y explotaban según la reglamentación, inspección y dirección estatal.

Así pues, tras la aprobación de los Reales Decretos-Leyes de 19 de julio de 1927 y de 9 de enero de 1928, la mercantil CLASSA, como adjudicataria del monopolio del transporte aéreo, no sólo podía valerse de los aeropuertos que ella misma estableciese, sino también de los aeropuertos del Estado y sus servicios oficiales auxiliares de navegación aérea. Así se dispuso de forma expresa en dicha norma aprobada en 1928.

En otro orden de cosas, para acometer la construcción de una red de aeropuertos de interés general de titularidad del Estado, que había sido ordenada por el Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927, se optó finalmente por una Junta Central de Aeropuertos creada por Real Decreto de 19 de diciembre de 1930<sup>308</sup>, y ello a pesar de que dicho Real Decreto-ley había atribuido este cometido a las Juntas o Patronatos de carácter local. A la Junta Central de Aeropuertos se le encomendó, en definitiva, el conocimiento de los proyectos, la ejecución de las obras y la administración de los aeropuertos nacionales, así como la adquisición de terrenos, reservando a las Juntas o Patronatos locales de cada aeropuerto lo que la Junta Central estimase oportuno.

Durante la II República y tras ser nacionalizado el transporte aéreo en manos de la empresa privada CLASSA, fue la entidad de titularidad pública LAPE la que asumió la explotación del transporte aéreo en régimen de monopolio, valiéndose para ello de la red nacional de aeropuertos que dependía de la Junta Central de Aeropuertos. Como se ha apuntado anteriormente, esta nacionalización trajo consigo la incautación de los bienes de CLASSA mediante la citada Ley de 23 de septiembre de 1931, bienes que, por su afectación al servicio público de transporte aéreo prestado por LAPE, cabe deducir que se integraron en el dominio público estatal. Así pues, estos bienes de dominio público cuyo origen estaba en la incautación a CLASSA pasaron a engrosar la

---

<sup>308</sup> Gaceta de Madrid de 20 de diciembre de 1930.

lista de bienes demaniales ya existentes, constituidos hasta ese momento por los aeropuertos de interés general que ya eran de titularidad del Estado.

Tras la Guerra Civil española, todas las infraestructuras aeroportuarias quedaron bajo la competencia de las autoridades militares (Ministerio del Aire), en consonancia con lo que iba a ocurrir pocos años después en toda Europa al finalizar la II Guerra Mundial. Este control militar de los aeropuertos quedó reflejado, por un lado, en la Ley de 2 de noviembre de 1940, por la que se modificó el Decreto-ley de 19 de julio de 1927 referente a aeropuertos<sup>309</sup>, y por el otro, en el Reglamento para la Red Nacional de Aeropuertos aprobado –en desarrollo de dicha Ley– por la Orden de 8 de abril de 1941<sup>310</sup>.

Esta normativa mantuvo la distinción clásica entre aeródromos y aeropuertos, definiendo los primeros como cualquier terreno o superficie de agua dispuesto para la llegada, asistencia y partida de aeronaves, y los segundos como cualquier aeródromo dotado de todos los servicios auxiliares de la navegación, preparado para el aterrizaje en todas circunstancias y provisto de medios de asistencia al material y al personal navegante. Pero lo realmente importante fue que la Ley encomendó al Ministerio del Aire no sólo los aeródromos y aeropuertos militares (a través del Estado Mayor del Aire), sino también los comerciales, cuya gestión técnica y administrativa incumbía a la Dirección General de Aviación Civil a través de las Comandancias de Aeropuertos. Lo mismo cabe decir de los aeródromos y aeropuertos militares abiertos al tráfico civil, en los que se previó que el Comandante de cada aeropuerto nombrase un Jefe de los destinados en él para que ejerciese las funciones de Comandante del aeropuerto civil. Y en el caso de los aeródromos y aeropuertos privados, que a partir de ese momento sólo podían ser establecidos por corporaciones y entidades nacionales, el Ministerio del Aire también se reservaba su control al tener la competencia para otorgar la previa concesión y su posterior inspección.

---

<sup>309</sup> BOE de 16 de noviembre de 1940. La Ley fue posteriormente modificada por la Ley de 17 de julio de 1945 (BOE de 21 de julio de 1945).

<sup>310</sup> Boletín Oficial del Ministerio del Aire de 15 de abril de 1941.

Estas pautas en materia de aeropuertos se mantuvieron casi inalteradas en las sucesivas Leyes aprobadas, en particular, Ley de Bases para un Código de Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947<sup>311</sup> y la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960<sup>312</sup>.

Así, la Ley de Bases para un Código de Navegación Aérea de 1947 repetía la clásica distinción entre aeródromos y aeropuertos en función de los servicios auxiliares de navegación y del tráfico existentes, y a la vez permitía que aquéllos fuesen públicos (bajo el control del Ministerio del Aire) o privados, estableciendo respecto a estos últimos que también podían pertenecer a entidades particulares de nacionalidad española, además de a corporaciones.

Y en los mismos términos se previó el régimen de los aeródromos y los aeropuertos<sup>313</sup> en la Ley sobre Navegación Aérea de 1960, distinguiendo entre aeródromos militares (que podían estar abiertos al tráfico civil) o civiles, y dentro de estos últimos entre públicos o privados. En dicha Ley de 1960 el protagonismo continuaba en manos de las autoridades militares, dado que se encomendaba al Ministerio del Aire la construcción, calificación, inspección y explotación de los aeródromos militares y de los aeropuertos y aeródromos públicos<sup>314</sup>, aunque también se abría la puerta a la posibilidad de que las corporaciones locales construyesen o participasen en la construcción de aeropuertos públicos –eso sí, con sujeción a las condiciones fijadas por el Ministerio del Aire–, pudiendo en estos casos conservar la propiedad de los

---

<sup>311</sup> BOE de 1 de enero de 1948.

<sup>312</sup> BOE de 23 de julio de 1960.

<sup>313</sup> La Ley sobre Navegación Aérea de 1960 definía los aeródromos como *“la superficie de límites definidos, con inclusión, en su caso, de edificios e instalaciones apta normalmente para la salida y llegada de aeronaves”* y los aeropuertos como *“todo aeródromo en el que existan, de modo permanente, instalaciones y servicios con carácter público, para asistir de modo regular al tráfico aéreo, permitir el aparcamiento y reparación del material aéreo y recibir o despachar pasajeros o carga”*.

<sup>314</sup> La Ley de 26 de diciembre de 1958 (BOE de 29 de diciembre de 1958) creó la Junta Nacional de Aeropuertos (luego suprimida por la Ley 153/1963, de 2 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de diciembre de 1963), con el fin de ejecutar los proyectos elaborados por el Ministerio del Aire, así como para llevar la planificación económica y administrativa de los aeropuertos. Se pretendía con ello modernizar y adaptar los principales aeropuertos españoles a la nueva realidad de la aviación, con aviones más rápidos y con más capacidad, aprobando para ello un Plan Nacional de Aeropuertos.

mismos y participar en los resultados de su explotación<sup>315</sup>. Y en el caso de los aeródromos y aeropuertos privados, se repetía la posibilidad de poderse autorizar su construcción por corporaciones, entidades y particulares de nacionalidad española.

De toda esta normativa analizada hasta aquí se puede concluir que si bien es cierto que no se llegó a calificar de manera expresa los bienes aeroportuarios de titularidad del Estado como bienes de dominio público<sup>316</sup>, también lo es que este carácter estaba implícito en tres supuestos: en el caso de los aeródromos y aeropuertos militares por su afectación a la defensa nacional; en el caso los aeródromos y aeropuertos de interés general construidos por el Estado y afectados a la prestación del servicio público de transporte aéreo; y en el caso de los bienes confiscados a CLASSA por la Ley de 23 de septiembre de 1931 y afectados también al transporte aéreo prestado indirectamente primero por LAPE y finalmente por IBERIA.

A la anterior conclusión se llega, según se ha apuntado, en aplicación del régimen general previsto en el Código Civil. Se trata de aeródromos o aeropuertos promovidos, construidos, administrados y explotados (directa o indirectamente) por la iniciativa pública o cuya titularidad se adquirió tras ser confiscados por Ley, que estaban afectados a la prestación del servicio público de transporte aéreo o a la defensa nacional, por lo que encajarían en la definición de bienes de dominio público prevista en el artículo 339.2º del Código Civil, que considera como tales los bienes del Estado destinados a algún servicio público o a la defensa del territorio.

---

<sup>315</sup> Años más tarde, con la reforma del artículo 43 de la Ley sobre Navegación Aérea operada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2002), se amplió la posibilidad de construir o participar en la construcción de aeropuertos a las Administraciones Públicas territoriales y a entidades particulares nacionales de un Estado de la Unión Europea (previa autorización).

<sup>316</sup> De hecho, las primeras referencias expresas a los bienes aeroportuarios como bienes de dominio público se produjeron, como se verá, en 1973 con la aprobación de la Orden de 23 de noviembre de 1973, por la que se fijaron las condiciones generales que debían regir en las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público en los aeropuertos nacionales (BOE de 3 de diciembre de 1973), y posteriormente, en 1990, con la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio), cuyo artículo 82 creó el ente de derecho público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).

Este carácter demanial de los bienes aeroportuarios se deducía, además, de la normativa que ordenaba el devengo de derechos de naturaleza pública en los aeropuertos, ya fuese por su utilización o por la prestación de determinados servicios.

En efecto, la Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de las tasas y exacciones parafiscales<sup>317</sup>, consideraba tasas las “*prestaciones pecuniarias legalmente exigibles por la Administración del Estado, organismos autónomos, entidades de derecho público, funcionarios públicos o asimilados como contraprestación de un servicio, de la utilización del dominio público o del desarrollo de una actividad que afecta de manera particular al obligado*”. Esta Ley otorgó un plazo transitorio de seis meses para que se convalidasen mediante Decreto las tasas establecidas con anterioridad sin cobertura legal, transcurrido el cual sin aquella convalidación quedarían automáticamente suprimidas. En base a ello se aprobó el Decreto 479/1960, de 17 de marzo, por el que se convalidó la tasa de derechos aeroportuarios de los aeropuertos nacionales<sup>318</sup>. Esta tasa, gestionada entonces por el Ministerio del Aire, grababa la utilización del dominio público aeroportuario y la prestación de determinados servicios, en particular, grababa el aterrizaje y estacionamiento en los aeropuertos nacionales, el suministro de combustible y lubricantes a las aeronaves, la prestación de servicios en dichos aeropuertos y la entrada de visitantes y aparcamiento de vehículos<sup>319</sup>.

El carácter demanial de los bienes aeroportuarios fue más explícito con la aprobación de las condiciones que debían regir el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en los aeropuertos. En particular, debe citarse la Orden de 23 de noviembre de 1973<sup>320</sup>, que en desarrollo del artículo 42 de la Ley sobre

---

<sup>317</sup> BOE de 29 de diciembre de 1958.

<sup>318</sup> BOE de 23 de marzo de 1960.

<sup>319</sup> El Decreto 479/1960 fue luego substituido por la Ley 15/1979, de 2 de octubre, sobre Derechos aeroportuarios en los aeropuertos españoles (BOE de 6 de octubre de 1979), que reguló las tasas “*Derechos aeroportuarios en los aeropuertos nacionales*”, gestionadas por el organismo autónomo Aeropuertos Nacionales (encargado en ese momento de la explotación y administración de los aeropuertos). Estas tasas, como la norma reglamentaria que derogó, grababan el aterrizaje y estacionamiento, el suministro de combustible y lubricantes a las aeronaves, el aparcamiento de vehículos y la salida de viajeros en tráfico internacional.

<sup>320</sup> BOE de 3 de diciembre de 1973.



Navegación Aérea de 1960, fijó las condiciones generales que debían regir para otorgar concesiones y autorizaciones sobre el dominio público en los aeropuertos nacionales. Según esta Orden, nos hallábamos ante una cesión de terrenos que permitía su ocupación y uso temporal, que no alteraba el dominio público y las facultades dominicales del Estado.

Finalmente, este relato sobre la formación del dominio público aeroportuario no puede terminar sin una referencia a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990<sup>321</sup> (art. 82), por la que se creó el ente de derecho público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA). Se trata de la primera norma con rango legal que se refirió de manera expresa a los bienes aeroportuarios como bienes de dominio público, pues se previó que para el cumplimiento de las funciones de AENA, se adscribían a su patrimonio *“la totalidad de los bienes de dominio público afectos al Organismo Autónomo “Aeropuertos Nacionales”, y los afectos al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones en lo relativo a los recintos aeroportuarios e infraestructuras de navegación aérea, conservando su citada naturaleza de dominio público”*<sup>322</sup>.

Dicha previsión se complementó con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>323</sup> (arts. 156 y 166), que clarificó que los bienes de dominio público aeroportuario sujetos a concesión y autorización de AENA lo eran no sólo las construcciones e instalaciones vinculados a las actividades propiamente aeroportuarias (las pistas, las rampas, las terminales, la torre de control, los aparcamientos, etc.), sino también las construcciones e instalaciones complementarias destinadas a actividades de carácter industrial o comercial (centros comerciales, hoteles,

---

<sup>321</sup> Ley 4/1990, de 29 de junio (BOE de 30 de junio de 1990), luego modificado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2002) y por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2003).

<sup>322</sup> En el mismo sentido se previó en el artículo 34 del Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE de 18 de junio de 1991).

<sup>323</sup> BOE de 31 de diciembre de 1996. Su artículo 166 fue desarrollado por el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 7 de diciembre de 1998).

centros logísticos, etc.) y los espacios de reserva para garantizar el desarrollo y crecimiento del aeropuerto, espacios todos ellos ubicados dentro de la zona de servicio de los aeropuertos de interés general.

En definitiva, hasta la reforma aeroportuaria del año 2010 formaban parte del dominio público aeroportuario, como acertadamente los agrupa Gómez Puente<sup>324</sup>, los espacios e instalaciones destinados al movimiento de las aeronaves<sup>325</sup>, a la navegación aérea<sup>326</sup> y a la prestación de servicios a las aeronaves<sup>327</sup>, así como la terminal y las áreas dedicadas al intercambio modal entre el transporte aéreo y el sistema urbano y metropolitano<sup>328</sup>. A estos espacios debían añadirse los de reserva para otras necesidades y ampliación del aeropuerto.

Sin embargo, como ya se ha apuntado en líneas anteriores y más adelante se desarrollará, buena parte de estos bienes dejaron de tener naturaleza demanial tras la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010<sup>329</sup>. Después de distinguir entre las funciones de gestión aeroportuaria y navegación aérea –que hasta ese momento prestaba de forma unitaria el ente público empresarial AENA–, la norma puso fin al carácter demanial de los bienes adscritos a AENA, salvo los afectos a los servicios de navegación aérea, y los integró en el patrimonio de la

---

<sup>324</sup> Gómez Puente, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*, op. cit., pp. 264-265.

<sup>325</sup> Son las pistas y sus áreas de seguridad y parada, las áreas de rodadura, las rampas de estacionamiento y los espacios desinados a la asistencia en tierra y al mantenimiento de aeronaves.

<sup>326</sup> Son las áreas de balizas lumínicas y radioeléctricas, la torre de control, el centro de emisores y demás infraestructuras y equipos instalados en el recinto.

<sup>327</sup> Son los viales interiores, espacios de estacionamiento de vehículos de servicio, los puestos de carga, las áreas de acceso a las terminales de pasaje y carga, la estación meteorológica, la rampa de deshielo, la rampa para prueba de motores, los deflectores de chorro, las instalaciones de suministro de energía o el área de depósitos de combustible.

<sup>328</sup> Se incluye aquí el área destinada al pasaje (viales de acceso, aparcamiento, plataformas de espera para autobús o taxi, vestíbulos de facturación y llegada, vestíbulo de embarque y control de seguridad), el área de carga de mercancías, la zona industrial o comercial (centros logísticos, depósitos francos, mantenimiento de aeronaves, producción de catering, hangares, hoteles, centros comerciales, etc.), la zona de servicios (para instalaciones y edificios destinados a la atención y gestión técnica del aeropuerto como plantas de generación eléctrica, depósitos de agua, saneamiento y depuradora, sistemas de drenaje, red de riego, telefonía, parque de bomberos, etc.) o la zona de aviación general (edificios y servicios destinados al transporte aéreo en aeronaves no comerciales, aerotaxis y aviación privada y deportiva).

<sup>329</sup> 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 (BOE de 3 de diciembre de 2010).

sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA, creada para la gestión de los aeropuertos.

### **III. El dominio público como título de intervención sobre las infraestructuras de transporte**

#### **1. La intervención sobre bienes y actividades**

La doctrina que ha escrito sobre el dominio público suele dividirse entre aquellos autores que, siguiendo la tesis de Hauriou, consideran que la Administración ostenta sobre los bienes de dominio público una relación de propiedad, aunque limitada en sus facultades dominicales precisamente por su afectación a una utilidad pública (Fernández de Velasco, Álvarez-Gendín, Guaita, García de Enterría, Garrido Falla), y aquellos que, por el contrario, siguiendo la tesis de Proudhon, niegan que el dominio público sea una propiedad de la Administración, sino que tan sólo es un título de intervención administrativa dirigido a garantizar la utilidad pública a la que se destina el bien (Villar Palasí, Parejo Gamir, Rodríguez Oliver, Gallego Anabitarte, Parejo Alfonso, González Sanfiel).

No se pretende en las siguientes líneas discutir e insistir sobre esta cuestión, ya muy debatida por la doctrina, sino más bien reflejar que la calificación de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público ha otorgado históricamente a la Administración un conjunto de potestades que le han permitido incidir en la ordenación no sólo de los bienes, sino también sobre las actividades que precisan estas infraestructuras para poderse llevar a cabo.

Según se ha expuesto en líneas anteriores, el gran desarrollo de las infraestructuras de transporte durante los siglos XIX y XX caminó en paralelo a la implantación en España de la figura del dominio público que, si bien en sus orígenes abarcaba tan sólo los bienes destinados a un uso público, paulatinamente fue ampliando su ámbito hasta incluir también los bienes que servían de soporte para prestar servicios públicos.

En esta tesitura, el dominio público se erigió en un título de intervención de la Administración sobre las infraestructuras de transporte y sobre las actividades desarrolladas sobre las mismas. Así lo advierte Cosculluela Montaner, que, si bien se refiere al dominio público portuario, sus conclusiones serían extensibles a las demás infraestructuras de transporte: “A través de la categoría del dominio público, la Administración encontró históricamente un título de intervención en actividades directa o indirectamente relacionadas con aquel dominio. El efecto expansivo de la categoría de servicio público es reciente, en comparación con aquélla; su extensión a sectores de actividad que quedan así originariamente vinculados a la acción administrativa son propios de un estado intervencionista.”<sup>330</sup>.

Así pues, la calificación de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público ha servido históricamente para garantizar su destino a una utilidad pública, cual es la de servir al transporte de personas y mercancías, y para ordenar los usos y actividades que se desarrollan sobre las mismas.

Sin embargo, cuando a mediados del siglo XX las actividades de transporte fueron nacionalizadas para rescatarlas de su precaria situación económica y fueron monopolizadas por el Estado, ya existía junto al dominio público otro título de intervención como es el de servicio público, que permitía al Estado incidir en las actividades de transporte. Como acertadamente apunta González Sanfiel<sup>331</sup>, cuando el Estado quiso prestar los servicios de transporte ferroviario, portuario y aéreo que requería la utilización de infraestructuras, se llevó a cabo una *publicatio* de los bienes y las actividades. Con ambos títulos de intervención –el dominio público y el servicio público–, el Estado pasó a controlar el uso y la integridad de los bienes y la adecuada prestación de las actividades de transporte.

---

<sup>330</sup> Cosculluela Montaner, L., *Administración Portuaria*, op. cit., p. 136.

<sup>331</sup> González Sanfiel, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, op. cit., pp. 158-159.

Tras la liberalización de los servicios públicos de transporte iniciada a finales del siglo XX por impulso de la Unión Europea, el dominio público se limitó a ser un título de intervención de la Administración sobre las infraestructuras de transporte. Por el contrario, las actividades de transporte liberalizadas, que a pesar de ello continuaban siendo de interés general, pasaron a sujetarse a un nuevo título de intervención distinto del servicio público, de origen angloamericano, como es el de regulación económica<sup>332</sup>.

Esta intervención de la Administración sobre las infraestructuras de transporte incide fundamentalmente en dos aspectos: por un lado, la calificación demanial de las infraestructuras de transporte otorga a la Administración un título que le permite concretar los usos admitidos en las zonas de servicios delimitadas sobre estos bienes y las actividades que se van a desarrollar, que suelen ser todo el conjunto de servicios que se prestan a los operadores privados de transporte y demás usuarios de estas infraestructuras; por otro lado, tras la introducción de competencia en las actividades de transporte que precisan el uso de infraestructuras, a la clásica intervención de la Administración centrada en el control de los usos y actividades se le añadió la intervención en la determinación de la capacidad de infraestructura disponible y en el reparto de esta capacidad entre los distintos operadores privados de transporte. Esta cuestión del acceso de terceros a las infraestructuras de transporte será profusamente desarrollada en la segunda parte de esta tesis, y tan sólo se apuntarán seguidamente algunos aspectos generales de la misma.

## **2. La intervención de la Administración sobre los usos y actividades admitidos en las zonas de servicio de las infraestructuras de transporte**

La intervención de la Administración en lo que se refiere a los usos y actividades admitidos dentro de las zonas de servicio de las infraestructuras de transporte se produce en dos momentos: por un lado, en la determinación de

---

<sup>332</sup> A ello debe añadirse la intervención de la Administración amparada en el título de obras públicas, que no es objeto de esta tesis, y que incide en aspectos como la redacción de los proyectos de obras, su posterior ejecución y su financiación.

cuáles van a ser los usos y actividades admitidos y su distribución en distintas áreas, con la consiguiente exclusión de otros usos y actividades que, al menos en teoría, la dinámica del mercado haría posibles, pero que la Administración decide excluirlos; por el otro, en el otorgamiento de los títulos que permiten usar los bienes de dominio público y desarrollar actividades sobre ellos (autorizaciones y concesiones), actividades que, junto al título que permite el uso del dominio público, requieren también la obtención de una licencia o autorización para poderse desarrollar.

## **2.1 La determinación y distribución de los usos y actividades admitidos en las zonas de servicio de las infraestructuras de transporte**

La calificación de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público ha habilitado tradicionalmente a la Administración para determinar los usos y actividades admitidos en las zonas de servicios y su distribución en áreas o espacios diferenciados dentro de las mismas. Con carácter general, en las infraestructuras portuaria, ferroviaria y aeroportuaria sólo se pueden realizar aquellos usos y actividades que expresamente se determinen mediante instrumentos de planificación, reconociéndose a la Administración una amplia discrecionalidad para este cometido.

Se establece así un sistema de competencia limitada o controlada, pues si bien se admite que determinadas actividades se presten en régimen de la libre competencia dentro de las infraestructuras de transporte, esta libertad no permite que se puedan realizar todas aquellas actividades que la iniciativa privada quiera acometer según el juego de la libre oferta y demanda del mercado, sino tan sólo las actividades previamente admitidas por la Administración.

Esta intervención de la Administración sobre las infraestructuras de transporte amparada en su consideración como bienes de dominio público se ha visto alterada en el caso de las infraestructuras aeroportuarias, pues al eliminarse parcialmente su condición de bienes demaniales, desaparece el título de

intervención que poseía la Administración a la hora de determinar los usos y actividades admitidos, debiéndose por ello buscar este amparo en otros títulos.

En el caso de los puertos, sólo se pueden acometer las actividades, instalaciones y construcciones acordes con los usos portuarios que, de acuerdo con la legislación portuaria, estén admitidos dentro de la zona de servicio (espacios de tierra y de agua) y se concreten en la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* que se debe aprobar para cada puerto mediante una Orden del Ministerio de Fomento (arts. 69 y 72 LPEMM)<sup>333</sup>. La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante es tajante en este sentido: no se pueden otorgar concesiones o autorizaciones en áreas asignadas a usos no compatibles con el objeto concesional (art. 71).

De este modo, la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* se convierte en el instrumento que permite a la Administración portuaria determinar discrecionalmente los distintos usos portuarios admitidos en cada puerto y su distribución en las distintas áreas que se pueden configurar dentro de la zona de servicio, así como los espacios de reserva para garantizar la futura ampliación del puerto que posibilite el desarrollo de las actividades portuarias. Importa destacar que la Autoridad Portuaria de cada puerto –que es quien propone la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* al Ministerio de Fomento para que éste la apruebe (art. 69 LPEMM)– tiene amplias facultades discrecionales para delimitar qué actividades se van a poder desarrollar dentro de la zona de servicio del puerto, aunque también es cierto que en el expediente que se tramite debe justificarse la necesidad y conveniencia de los usos admitidos –nada se prevé respecto de los excluidos– con criterios transparentes, objetivos, no discriminatorios y de fomento de la competencia.

Actualmente, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (art. 72) prevé cuáles son los usos portuarios y de señalización marítima que se pueden realizar en el dominio público portuario, que la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* debe concretar y distribuir por áreas, y que son en definitiva

---

<sup>333</sup> Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 2011).

los que van a determinar las actividades, instalaciones y construcciones admitidas. Estos usos pueden ser, en síntesis, comerciales, pesqueros, náutico-deportivos y complementarios o auxiliares, a los que se deben añadir los usos vinculados a la interacción puerto-ciudad (equipamientos culturales, recreativos, certámenes feriales, exposiciones y otras actividades comerciales no estrictamente portuarias), siempre que estos últimos no perjudiquen el desarrollo futuro del puerto ni las operaciones de tráfico portuario.

El mismo sistema se da en el caso de las infraestructuras ferroviarias de dominio público, en las que sólo se pueden realizar los usos y actividades discrecionalmente admitidos por la Administración en las zonas de servicio ferroviario que se concreten en la *Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios* aprobada por el Ministerio de Fomento (art. 9 LSF)<sup>334</sup>. Estas zonas de servicio ferroviario, que se pueden delimitar en ámbitos vinculados a estaciones de transporte de viajeros o terminales de transporte de mercancías, incluyen, como en el caso de los puertos, los terrenos necesarios para la ejecución de infraestructuras ferroviarias y para la realización de las actividades propias del administrador de infraestructuras ferroviarias, los destinados a tareas complementarias de aquéllas y los espacios de reserva que garanticen el desarrollo del servicio ferroviario, y además pueden incluir espacios destinados a actividades de carácter industrial, comercial y de servicios cuya localización esté justificada por su relación con las anteriores.

Así pues, la *Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios* viene a cumplir la misma función que en el caso de los puertos se reserva a la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios*: sirve para que el Ministerio de Fomento, a propuesta del administrador de la infraestructura ferroviaria, concrete de manera discrecional las actividades admitidas en las distintas áreas en que se divida la zona de servicio, con el único requisito de que en el Proyecto de Delimitación se incluya su justificación o conveniencia.

---

<sup>334</sup> Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE de 30 de septiembre de 2015).



En el caso de las infraestructuras aeroportuarias, la función de determinar las actividades admitidas en la zona de servicio se encomienda al *Plan Director del aeropuerto y de su zona de servicio* que aprueba el Ministerio de Fomento para cada aeropuerto de interés general<sup>335</sup>. En dicha zona de servicio, que incluye las superficies necesarias para la ejecución de las actividades aeroportuarias, las destinadas a las tareas complementarias de éstas y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo y crecimiento del conjunto, el *Plan Director del aeropuerto y de su zona de servicio* debe detallar la ubicación de las actividades que, según el artículo 39 de la Ley sobre Navegación Aérea de 1960, estén relacionadas con las actividades propiamente aeroportuarias (salida y llegada de aeronaves, asistencia al tráfico aéreo, aparcamiento y reparación de aeronaves y recepción y despacho de pasajeros o carga), así como los usos industriales y comerciales cuya localización resulte necesaria o conveniente en la zona de servicio por su relación con el tráfico aéreo o por los servicios que presten a los usuarios del aeropuerto.

Por otro lado, al igual que ocurre con la *Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios* y con la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios*, el Ministerio de Fomento goza de una amplia discrecionalidad a la hora de concretar en el *Plan Director del aeropuerto y de su zona de servicio* las actividades admitidas en las distintas áreas en que se divida la zona de servicio, con el único requisito de tener que incluir en la memoria del Plan una justificación de la necesidad o conveniencia de las actividades previstas<sup>336</sup>.

En definitiva, la consideración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público ha justificado históricamente una intervención de la Administración dirigida a determinar los usos y actividades admitidos dentro de las zonas de servicio de estas infraestructuras demaniales, así como su distribución interna en distintas áreas.

---

<sup>335</sup> Artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996) y Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 7 de diciembre de 1998).

<sup>336</sup> Art. 4 del Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre.

Sin embargo, en el caso de los bienes aeroportuarios no destinados a servir a la navegación aérea, en la medida en que fueron despublificados e integrados en el patrimonio de la mercantil AENA Aeropuertos SA –actualmente, AENA SA<sup>337</sup>–, la intervención de la Administración ya no se ampara en el carácter demanial de los bienes, sino que el título de intervención es otro, en concreto, el de regulación económica, según se verá con más detalle en el siguiente capítulo.

El caso de los bienes aeroportuarios se convierte así en un ejemplo de cómo la Administración, amparada en sus facultades de regulación económica y no en el dominio público, puede determinar los usos y actividades admitidos y su distribución dentro de estas infraestructuras.

## **2.2 El otorgamiento de los títulos que permiten el uso de las infraestructuras de transporte y el desarrollo de actividades**

La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>338</sup> exige estar en disposición de un título, ya sea una autorización o una concesión, para poder utilizar los bienes y derechos de dominio público, cuyo otorgamiento se registrará en primer lugar por la legislación sectorial y sólo subsidiariamente por dicha Ley (art. 84).

Las autorizaciones y las concesiones se convierten así en el instrumento de intervención de la Administración para permitir el uso y el aprovechamiento del dominio público. La Administración no sólo controla los usos admitidos sobre los bienes de dominio público, sino que incluso puede reglamentar la manera en que van a desarrollarse las actividades que se pretendan llevar a cabo sobre estos bienes.

---

<sup>337</sup> Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014).

<sup>338</sup> Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de noviembre de 2003).

En el caso de los puertos, al margen de los espacios abiertos al uso general y gratuito, los demás usos que presenten circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad y rentabilidad exigen la previa obtención de una autorización o concesión (art. 73 LPEMM).

Las autorizaciones, que son otorgadas por las Autoridades Portuarias, se reservan para los casos de utilización de instalaciones portuarias fijas por los buques, el pasaje y las mercancías y para la ocupación del dominio público portuario con bienes muebles o instalaciones desmontables o sin ellos, por plazo no superior a tres años. En cualquier caso, sólo se pueden otorgar para los usos y actividades permitidas en los puertos según la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios*, esto es, los usos comerciales, pesqueros, náutico-deportivos y complementarios o auxiliares y los usos vinculados a la interacción puerto-ciudad (art. 74 y 75.3 LPEMM).

Por lo que se refiere a las concesiones, que también son otorgadas por las Autoridades Portuarias, se exigen en el caso de ocupación del dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables, o usos por plazo superior a tres años, y al igual que ocurre con las autorizaciones, sólo se pueden otorgar para obras, instalaciones o usos que se ajusten a la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* y al Pliego de Condiciones Generales que debe aprobar el Ministerio de Fomento (art. 81 LPEMM).

Así pues, las autorizaciones y las concesiones son el mecanismo que permite a la Administración portuaria controlar los usos y actividades que se van a desarrollar dentro de los puertos, rechazándose todas aquellas solicitudes de usos que no estén previstos en la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* (arts. 77.2 y 84.2 LPEMM).

Por otro lado, la Administración portuaria puede regular el modo concreto en que se puede utilizar el dominio público portuario o se pueden desarrollar las actividades, disponiendo para ello de dos mecanismos: en primer lugar, puede sujetar el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones al cumplimiento de determinadas condiciones (arts. 80 y 87 LPEMM), y en segundo lugar, puede

regular el funcionamiento de los diferentes servicios y operaciones en cada puerto por medio del Reglamento de Explotación y Policía y las Ordenanzas Portuarias que debe aprobar el Ministerio de Fomento (arts. 73 y 295 LPEMM).

En cuanto al desarrollo de actividades sobre bienes de dominio público portuario, no sólo se exige un título que permita su ocupación (autorización o concesión, según los casos), sino también la obtención de una licencia otorgada por la Autoridad Portuaria cuando se quieran prestar servicios portuarios, licencia que se tramitará conjuntamente con el título que permita la ocupación del dominio público (arts. 109.2 y 115.4 LPEMM).

En el caso de los bienes de dominio público ferroviario, y a diferencia de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la legislación ferroviaria<sup>339</sup> es más bien parca en lo que se refiere al otorgamiento de los títulos que permiten usar las infraestructuras de transporte y desarrollar actividades sobre ellas, por lo que necesariamente debe acudir a la regulación supletoria contenida en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Sin embargo, el esquema es el mismo: el uso y ocupación del dominio público ferroviario y el desarrollo de actividades exige la obtención de los títulos correspondientes.

En definitiva, la consideración de las infraestructuras portuarias y ferroviarias como bienes de dominio público comporta que la Administración controle el uso de estos bienes y las actividades que se desarrollan sobre ellos, al sujetarse a la previa obtención de una autorización o concesión y demás títulos.

El caso de los bienes aeroportuarios es distinto. En el pasado el régimen de uso de estos bienes seguía el mismo esquema, exigiéndose la obtención de los correspondientes títulos para ocuparlos y desarrollar actividades sobre ellos<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE de 30 de septiembre de 2015).

<sup>340</sup> En desarrollo de la Ley sobre Navegación Aérea de 1960 (art. 42), la Orden de 23 de noviembre de 1973 (BOE de 3 de diciembre de 1973) fijó las condiciones generales que debían regir en las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público aeroportuario.

Sin embargo, actualmente se ha abandonado este régimen jurídico, según se ha visto, porque tras haber sido despublicados los bienes aeroportuarios no destinados a servir a la navegación aérea y haberse integrado en el patrimonio de la mercantil AENA SA, el dominio público ya no puede ser el título que justifique la intervención de la Administración sobre los mismos. Al no tratarse de bienes de dominio público, el uso de estos bienes no puede basarse en autorizaciones o concesiones demaniales, sino en instrumentos de Derecho privado, limitándose la Administración a una posición de garante por medio de la regulación<sup>341</sup>.

Por otro lado, junto al instrumento de Derecho privado que permite la ocupación de los bienes aeroportuarios, debe obtenerse la pertinente autorización del gestor aeroportuario para prestar los servicios de asistencia en tierra<sup>342</sup>.

### **3. El nuevo marco de intervención de la Administración: la determinación de la capacidad de las infraestructuras de transporte y su reparto entre los operadores privados de transporte**

Junto a la clásica intervención de la Administración a la hora de determinar los usos y actividades admitidos en las zonas de servicio de las infraestructuras de transporte y de otorgar los correspondientes títulos que permiten la utilización de los bienes demaniales y la prestación de servicios, la liberalización de las actividades de transporte que pasaron a prestarse en régimen de libre competencia trajo consigo una nueva forma de intervención de la

---

<sup>341</sup> De hecho, la norma que despublicó los bienes aeroportuarios no destinados a servir a la navegación aérea (Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre) ya previó que las concesiones demaniales otorgadas por el ente público empresarial AENA sobre los bienes que hasta ese momento eran de dominio público aeroportuario pasaban desde ese momento y por mandato legal a transformarse en contratos de arrendamiento sujetos al Derecho privado, manteniéndose las mismas condiciones, términos y plazos vigentes, siempre que prestase su conformidad el concesionario en el plazo otorgado al efecto por AENA Aeropuertos SA (no inferior a 30 días), sancionándose la disconformidad del concesionario o la falta de respuesta dentro de plazo con la extinción de la concesión y su posterior liquidación (disposición transitoria tercera).

<sup>342</sup> Art. 9 del Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra (BOE de 15 de julio de 1999).

Administración, consistente en repartir la capacidad de infraestructura disponible entre las distintas empresas de transporte que requieren su utilización a cambio del pago de un precio.

Esta nueva modalidad de intervención de la Administración no se rige por los clásicos mecanismos de utilización del dominio público. A pesar de tratarse de un uso intensivo y exclusivo de bienes demaniales, la asignación de franjas horarias o surcos sobre las infraestructuras de transporte no se somete al régimen de autorizaciones o concesiones que prevé la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas o la legislación sectorial, sino que se vehicula mediante un procedimiento *ad hoc* de asignación de capacidad de infraestructura disponible. Se trata, como acertadamente lo ha calificado algún autor<sup>343</sup>, de verdaderas autorizaciones administrativas regladas por el hecho de sujetarse a un procedimiento y a unos criterios preestablecidos.

Así pues, en un entorno de prestación de actividades de transporte en régimen de libre competencia sobre unas infraestructuras caracterizadas por ser monopolios de capacidad limitada y de paso obligado, se ha abierto paso una nueva modalidad de intervención de la Administración dirigida a garantizar el derecho de acceso de las empresas de transporte a las infraestructuras que les sirven de soporte (las vías y estaciones de ferrocarriles para permitir la circulación de los trenes o las pistas e instalaciones de los aeropuertos para permitir el aterrizaje y despegue de aviones y demás operaciones aeroportuarias). Se garantiza de este modo un uso exclusivo de una parte de la capacidad de la infraestructura de transporte disponible durante una franja horaria determinada con el fin de que un operador privado de transporte pueda realizar una concreta actividad de transporte, dado que es materialmente imposible que dos actividades de transporte se presten a la misma hora en un mismo espacio (durante la misma franja horaria sólo un tren puede circular entre dos puntos y sólo un avión puede aterrizar o despegar por la misma pista).

---

<sup>343</sup> García Pérez, J., *Nuevo marco jurídico del sector ferroviario. Estudio de la Ley del Sector Ferroviario y demás normas de desarrollo*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 225-226.

Para que las empresas de transporte puedan acceder a las infraestructuras, la Administración debe, por un lado, determinar la capacidad de infraestructura disponible y, por el otro, establecer y aplicar un procedimiento de adjudicación de esa capacidad basado en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

Según se verá con detalle en el siguiente capítulo, la Administración debe determinar la capacidad de infraestructura disponible, concretando las franjas horarias o surcos a las que podrán optar los distintos operadores privados para realizar sus actividades de transporte. En el ámbito ferroviario, esta determinación de la capacidad de infraestructura disponible se vehicula a través de la *Declaración sobre la red*, en la que se exponen las características de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias y se informa sobre la capacidad y condiciones técnicas de cada tramo de la red y las condiciones de acceso. Y en el ámbito aeroportuario, aunque no existe un instrumento similar, las *Directrices Mundiales de Slots* aprobadas por la IATA y al Reglamento (CEE) nº 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, con sus sucesivas modificaciones<sup>344</sup>, exigen también que se determine la capacidad de la infraestructura antes de proceder a la asignación de franjas horarias, y ello se concreta, de acuerdo con el Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, por el que se completa el régimen jurídico en materia de asignación de franjas horarias en los aeropuertos españoles<sup>345</sup>, en la aprobación de una resolución anual del Director General de Aviación Civil que establece los parámetros de capacidad de cada aeropuerto (capacidad de pista, capacidad de terminal y capacidad de plataforma) que van a regir la asignación de franjas horarias en cada temporada.

---

<sup>344</sup> DOCE nº L 14 de 22 de enero de 1993. El Reglamento (CEE) nº 95/93 ha sido modificado por el Reglamento (CE) nº 894/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de mayo de 2002 (DOCE nº L 142 de 31 de mayo de 2002); el Reglamento (CE) nº 1554/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003 (DOUE L 221 de 4.9.2003); el Reglamento (CE) nº 793/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (DOUE L 138 de 30.4.2004); y el Reglamento (CE) nº 545/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2009 (DOUE L 167 de 29.6.2009) y el Reglamento (UE) 2020/459 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de marzo de 2020 (DOUE de 31 de marzo de 2020).

<sup>345</sup> BOE de 18 de enero de 2014.

Esta capacidad de infraestructura previamente determinada se adjudica a través de un procedimiento *ad hoc*. La Administración, en el marco de este procedimiento, aplica unos criterios previamente definidos para la adjudicación de franjas horarias o surcos. En el ámbito ferroviario, la Ley del sector ferroviario de 2015 no detalla el procedimiento de adjudicación de capacidad ni los criterios que se van a usar, sino que se remite a un desarrollo reglamentario (art. 36), que hasta que no se produzca, debe entenderse que es de aplicación la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria<sup>346</sup>, con sus modificaciones. Y en el ámbito aeroportuario se sigue la misma lógica, aunque el procedimiento de adjudicación de capacidad y los criterios de asignación no vienen determinados en nuestra legislación interna, sino en las *Directrices Mundiales de Slots* aprobadas por la IATA y en la normativa de la Unión Europea.

En el ámbito portuario, por el contrario, no se sigue este modelo de reparto de capacidad de infraestructura vigente en los sectores aeroportuario y ferroviario, según se verá, sino que el acceso a las infraestructuras portuarias funciona según los criterios establecidos en cada puerto.

---

<sup>346</sup> BOE de 9 de abril de 2005.



## CAPÍTULO II

# UN NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE BASADO EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA

## I. La regulación económica como título de intervención

### 1. Orígenes y evolución de la regulación económica

La regulación económica tiene su origen en la tradición angloamericana de intervención pública sobre determinadas actividades privadas consideradas de interés general, en particular, ante el desarrollo del ferrocarril<sup>347</sup>. Según expone Montero Pascual<sup>348</sup>, apareció durante el proceso de industrialización de los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX, aunque hunde sus raíces en el *common law* anglosajón.

Este modelo de intervención pública de origen angloamericano ha pasado por tres etapas muy significativas: en un primer momento, basándose en las instituciones existentes en el *common law*, los Estados Unidos de América trataron de afianzar la intervención pública sobre actividades privadas afectadas por un interés general, a las que se imponían obligaciones especiales; una segunda etapa iniciada durante el *New Deal* se caracterizó por la intensificación de la regulación mediante la fijación de barreras de entrada y la regulación de precios, como respuesta a la depresión económica de 1929; finalmente, durante los Gobiernos de Reagan y Thatcher, y bajo los postulados

---

<sup>347</sup> Esteve Pardo, J., “La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 293-347.

<sup>348</sup> Montero Pascual, J.J., “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, en REDA, nº 92, 1996, pp. 567-591. Del mismo autor, véase también “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, en REDETI, nº 30, 2007, pp. 41-66; y “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 87-91. Véase también a Esteve Pardo, J., “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 37-63.

de la Escuela de Chicago, tuvo lugar una etapa de desregulación y privatizaciones para favorecer la competencia.

En el derecho anglosajón existía desde la Edad Media una tradición de confiar a personas privadas la prestación de determinados servicios de interés general bajo ciertas condiciones. Phillips<sup>349</sup> ha destacado al respecto que estas personas, generalmente integradas en gremios de oficios, tenían la obligación de prestar sus servicios a todo aquel que los solicitase bajo condiciones adecuadas y a un precio razonable, y en este sentido cita los servicios prestados por los *common carriers* (portadores o transportistas), los *common innkeepers* (posaderos o mesoneros) y los *common tailors* (sastres). Asimismo, el autor se refiere a la existencia de determinadas ocupaciones que estaban sujetas a derechos y obligaciones especiales, conocidas como los *common calling* o prestadores de servicios (*bakers, brewers, cab drivers, milles, smiths, surgeons, etc.*). Montero Pascual<sup>350</sup> apunta en la misma dirección al afirmar que estas instituciones del *common law*, especialmente los *common calling* y los *common carriers*, se consideran el precedente de la imposición de obligaciones especiales a personas privadas que prestan servicios de interés general con el fin de asegurar la satisfacción de los mismos.

Cuando en los Estados Unidos de América se tuvo que hacer frente a la organización de nuevos servicios de interés general que aparecieron durante la industrialización de finales del siglo XIX (transporte por ferrocarril, telecomunicaciones, energía, etc.), se inspiraron en estas instituciones del *common law* anglosajón, así como en la práctica de otorgar personalidad jurídica a determinadas organizaciones con fines benéficos para facilitar y fomentar su actividad (parroquias, hospitales).

Las autoridades norteamericanas aplicaron estas instituciones para hacer frente a los abusos causados por los monopolios y oligopolios en sectores

---

<sup>349</sup> Phillips Jr., C.F., *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Public Utilities Reports INC., 2ª edición, Arlington (Virginia), 1988, pp. 75-116.

<sup>350</sup> Montero Pascual, J.J., "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", *op. cit.*

estratégicos para la actividad económica y para dar satisfacción a las necesidades vitales de los ciudadanos. Mientras que en Europa la prestación de los nuevos servicios como las telecomunicaciones, los ferrocarriles o la electricidad fue asumida por el Estado, en los Estados Unidos de América la escasa implantación de las autoridades públicas en los territorios de frontera impidió que pudieran asumir la prestación de estos servicios, limitándose los distintos Estados federados a imponer obligaciones a los prestadores privados con el fin de garantizar el interés general.

Una muestra de estos abusos que derivó en conflicto fue el que protagonizaron los granjeros y agricultores que, a través de organizaciones como la *Grangers and the Farmer's Alliance*, protestaban no sólo contra los grandes latifundios de cereales, sino también contra los precios abusivos que imponían las compañías de ferrocarril, a los que acusaban, respectivamente, de provocar la bajada de precios agrícolas y de ofrecer mayores descuentos ferroviarios sólo a los grandes productores agrícolas y ganaderos<sup>351</sup>. Ello obligó a la intervención pública mediante la aprobación de las primeras leyes por parte de los legisladores estatales, que imponían tarifas máximas por la prestación de determinados servicios. Se trataba, como en la tradición del *common law*, de una intervención pública mediante la imposición de determinadas obligaciones a los operadores privados con el fin de asegurar el interés general.

Esta práctica de imponer obligaciones a los prestadores privados llegó finalmente al Tribunal Supremo norteamericano, ante el que se dirimieron los límites constitucionales de los distintos Estados para sujetar a regulación las actividades privadas de interés general. Uno de los asuntos más conocidos fue el que tuvo su origen en Chicago en el conflicto entre los productores de cereales y la compañía *Munn & Scott* por los precios abusivos que imponía por el almacenamiento de grano para su transporte por ferrocarril hacia los mercados del este, que culminó con la Sentencia del Tribunal Supremo de 1876 (asunto *Munn v. Illinois*). El Estado de Illinois aprobó en 1871 una ley que

---

<sup>351</sup> Ruiz Ojeda, A., "Sentido y funcionalidad de la regulación pro-competitiva: una aproximación histórico-crítica", en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 211-270.

definía la actividad de almacenamiento de cereales como una actividad de interés general e impuso a los propietarios de estos almacenamientos la obligación de establecer durante el mes de enero de cada año las tarifas que iban a aplicar, las cuales debían respetar los límites máximos permitidos por la ley, no se podían alterar durante ese año y debían aplicarse sin ningún tipo de discriminación<sup>352</sup>. Se daba la circunstancia de que las plantas de almacenamiento de grano de Chicago pertenecían a pocos propietarios y que además éstos se reunían periódicamente para acordar los precios de almacenamiento. El asunto llegó al Tribunal Supremo porque *Munn & Scott* aplicaba precios más altos y fue sancionada. En la Sentencia *Munn v. Illinois* de 1876 el Tribunal declaró la constitucionalidad de la ley del Estado de Illinois y estableció como doctrina general que la regulación de actividades privadas, con fijación de precios máximos –en este caso, los precios máximos a percibir por el almacenamiento de grano–, era admisible si se cumplían dos requisitos: por un lado, debía existir un interés general, y por el otro, debía producirse una concentración en el sector que impidiese la libre fijación de precios por el mercado. El Tribunal se basó en la tradición inglesa y de los primeros colonizadores americanos de regular actividades privadas que revestían un interés general (*ferries, common carriers, hackmen, bakers, millers, wharfingers, innkeepers*) y por ello concluyó que “*When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good*”. Es, pues, la existencia de un interés general, junto con una situación de monopolio, lo que justifica para el Tribunal Supremo norteamericano la sujeción de determinadas actividades privadas a regulación económica: “*when private property is devoted to a public use, it is subject to public regulation*”.

La Sentencia *Munn v. Illinois* fue muy relevante porque consagró la regulación económica como mecanismo de intervención pública sobre actividades privadas que revisten un interés público o general, mediante la imposición de obligaciones jurídicas específicas destinadas a que se cumpla ese interés. Lo

---

<sup>352</sup> *Act to regulate public warehouses and the warehousing and inspection of grain, and to give effect to art. 13 of the Constitution of this State*, aprobada el 25 de abril de 1871.

importante para el Tribunal Supremo es la presencia de un interés general, que actúa como parámetro para determinar la sujeción a regulación.

La doctrina de la Sentencia *Munn v. Illinois* fue seguida por otras sentencias que trataron de delimitar el concepto de interés general y las actividades privadas que se podían incluir en este concepto, conocidas como *public utilities*<sup>353</sup>, a los efectos de admitir la intervención pública mediante la regulación económica. En este sentido, destacan las Sentencias en los asuntos *Budd v. New York* de 1892, *Brass v. North Dakota ex rel. Stoesser* de 1894, *German Alliance Insurance Co. v. Lewis* de 1914, *Wolf Packing Co. v. Court of Industrial Relations* de 1923, *Tyson & Brother v. Banton* de 1927, *Ribnik v. McBride* de 1928, *Williams v. Standard Oil Co.* de 1929, *New State Ice Co. v. Liebmann* de 1932 y *Nebbia v. New York* de 1934<sup>354</sup>.

Según se apuntaba, para el Tribunal Supremo norteamericano la clave para admitir que una actividad privada se puede sujetar a regulación está en poder verificar que dicha actividad “*is affected with a public interest*”. En este sentido, la Sentencia en el asunto *Williams v. Standard Oil Co.* de 1929 indicó los aspectos positivo y negativo que permiten delimitar el concepto de interés público o general: “*Affirmatively, it means that a business or property, in order to be affected with a public interest, must be such or be so employed as to justify the conclusion that it has been devoted to a public use and its use thereby in effect grated to the public. Negatively, it does not mean that a business is affected with a public interest merely because it is large or because the public are warranted in having a feeling of concern in respect of its maintenance*”.

Para determinar la existencia de un interés general, en un principio se exigía que hubiese una concentración o monopolio en el sector que impidiese la libre fijación de precios por el mercado (Sentencias *Munn v. Illinois* de 1876 y *Budd v. New York* de 1892), o incluso que se diesen situaciones de emergencia

---

<sup>353</sup> Véase en este sentido a Garrido Falla, F., “*La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del Gobierno en Norteamérica*”, en RAP, nº 3, 1950.

<sup>354</sup> Véase los comentarios de estas sentencias en Phillips Jr., C.F., *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, op. cit.

(Sentencia *New State Ice Co. v. Liebmann* de 1932). Sin embargo, en otras ocasiones se adoptó un concepto más amplio de interés general que relativizaba el requisito del monopolio (Sentencias *Brass v. North Dakota ex rel. Stoeser* de 1894 y *Nebbia v. New York* de 1934). Lo relevante, según Phillips<sup>355</sup>, es que debe tratarse de actividades que prestan “*an indispensable service to the community under economic conditions of imperfect competition*”, lo cual exige un análisis de las circunstancias concretas de cada caso. El límite para la regulación económica, según el autor, es que ésta no puede ser “*arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant to the policy the legislature is free to adopt*”.

La Sentencia *Munn v. Illinois* tuvo dos consecuencias inmediatas: por un lado, aparecieron las primeras comisiones reguladoras independientes (*independent regulatory agencies*), y por el otro, se aprobó la Ley Sherman de 1890.

Empezando por esta segunda cuestión, tan sólo se apuntará que la *Sherman Act* fue la consecuencia de los citados movimientos de protesta y su objetivo principal era la defensa de la competencia. En particular, pretendía incidir en los efectos perjudiciales que provocaban los monopolios y por ello prohibió los acuerdos contrarios a la libre competencia.

En cuanto a las *independent regulatory agencies*, al margen de determinadas comisiones limitadas al control e inspección del transporte ferroviario que se crearon en Rhode Island en 1839, New Hampshire en 1844, Connecticut en 1850 y Massachussets en 1869<sup>356</sup>, destaca la creación en 1887, tras la Sentencia *Munn v. Illinois*, de la *Interstate Commerce Commission*, que tenía nivel federal, y la creación en 1891 de la *Railroad Commission of Texas*. El cometido de estas nuevas agencias, que ejercían poderes delegados por el legislador para el ejercicio continuado de los poderes legislativos<sup>357</sup>, era sujetar a regulación determinadas actividades económicas de interés general,

---

<sup>355</sup> *Ibid.*

<sup>356</sup> Esteve Pardo, J., “La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”, *op. cit.*

<sup>357</sup> Montero Pascual, J.J., Ramos Melero, R. y Ganino, M., *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte terrestre de viajeros*, *op. cit.*, pp. 176-179.

definiendo derechos y obligaciones de los particulares y de aquellos que realizaban estas actividades.

Durante la etapa del *New Deal* la regulación económica se caracterizó por un fuerte intervencionismo público para hacer frente a los efectos de la depresión económica de los años veinte, expandiéndose además a otros sectores de interés general, lo cual comportó la generalización de las *independent regulatory agencies* y el reforzamiento de los mecanismos de intervención. Según Montero Pascual<sup>358</sup>, la regulación económica se utilizó para substituir a los mercados –causantes de la crisis económica de 1929– y estabilizarlos, y con este objetivo se fijaron barreras de entrada y se regularon los precios, además de crearse otras comisiones independientes (la *Federal Power Commission* en 1930, la *Federal Communications Commission* en 1934 y la *Securities and Exchange Commission* en 1934). Según destaca el citado autor, durante este periodo los monopolios privados en las industrias en red se sujetaron a un intenso control de las agencias independientes, que impusieron la obligación de prestar los servicios a todos los ciudadanos a precios razonables<sup>359</sup>.

Este modelo desarrollado a partir del *New Deal* supuso la aplicación del pensamiento económico de Keynes, que comportó un mayor gasto público, el incremento de las empresas públicas y una mayor intervención pública<sup>360</sup>. Sin embargo, en la década de los sesenta y setenta, economistas de la Escuela de Chicago como Demsetz<sup>361</sup>, Stigler<sup>362</sup> y Posner<sup>363</sup> empezaron a criticar la regulación económica aparecida en la época del *New Deal*, porque entendían que la regulación existente conducía a resultados ineficientes debido, principalmente, a la captura del regulador por parte de las industrias reguladas,

---

<sup>358</sup> Montero Pascual, J.J., “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, *op. cit.*

<sup>359</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 2016, pp. 29-30.

<sup>360</sup> Véase a Del Guayo Castiella, I., *Regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 45-48.

<sup>361</sup> Demsetz, H., “Why regulate utilities?”, en *Journal of Law and Economics*, volumen 11, nº 1, 1968, pp 55-65.

<sup>362</sup> Stigler, G.J., “The theory of economics regulation”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, volumen 2, nº 1, 1971, pp. 3-21.

<sup>363</sup> Posner, R.A., “Theories of economic regulation”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, volumen 5, nº 2, 1974, pp. 335-358.

que imponían sus intereses frente a los intereses generales. Tras el debate iniciado por Demsetz, Stigler y Posner, se sucedieron a través de la revista *Journal of Law and Economics* numerosos estudios (McGee, Johnson, Coase, Hirshleifer, Tesler, Moore, Stigler-Friedland, Brozen, Hale-Hale) muy críticos con el origen y los efectos negativos de la regulación de los monopolios y la actuación de las agencias de regulación, elogiándose por el contrario el libre mercado y la competencia<sup>364</sup>. Como apunta Esteve Pardo<sup>365</sup>, el modelo de regulación económica desarrollado durante el *New Deal* protegía situaciones de ineficiencia, no alentaba la innovación tecnológica y evitaba la operatividad y efectos favorables de la competencia en áreas donde ésta era posible. En este sentido, Demsetz<sup>366</sup> afirmaba que la libre competencia disciplinaba los mercados de modo más eficiente que la regulación.

A partir de la crisis económica de los años setenta, las ideas de la Escuela de Chicago fueron aprovechadas por los Gobiernos de Thatcher en el Reino Unido (1979) y Reagan en Estados Unidos (1980), más partidarios del libre mercado. Ello supuso la puesta en marcha de numerosas privatizaciones de empresas públicas y la liberalización y desregulación de determinados sectores económicos. Como detalla Swann<sup>367</sup>, se produjo una importante reducción o retirada del Estado de la economía y se favoreció la libre competencia, en un doble sentido: mientras que en el Reino Unido se acometían importantes privatizaciones de empresas públicas y la liberalización de numerosos sectores económicos, que luego se sujetaban a regulación para garantizar el interés general, en los Estados Unidos de América, donde la presencia de empresas públicas era más escasa, se llevó a cabo un proceso de desregulación de sectores fuertemente regulados en los que la competencia era posible, eliminándose para ello controles y restricciones (controles de entrada y salida, precios regulados, etc.). No obstante, ambos procesos, el británico y el norteamericano, coinciden en la misma filosofía: se reduce la intervención

---

<sup>364</sup> Véase la exposición que hace Priest, G.L., “*The origins of utility regulation and the theories of regulation debate*”, en *Journal of Law and Economics*, volumen 36, nº 1, parte 2, 1993, pp. 289-323.

<sup>365</sup> Esteve Pardo, J., “*La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias*”, *op. cit.*, p. 328.

<sup>366</sup> Demsetz, H., “*Why regulate utilities?*”, *op. cit.*

<sup>367</sup> Swann, D., *The retreat of the State. Deregulation and privatization in the UK and US*, Harvester–Wheatsheaf, New York–London–Toronto–Sydney–Tokyo, 1988, pp. 1-47.



pública en la economía y se confía en los mecanismos del libre mercado. Como bien detalla Ariño Ortiz<sup>368</sup> en el caso británico, se produjo una reconducción de las funciones del Estado en materia económica a posiciones muy reducidas, en comparación con las que antes desempeñaba, dejando con ello un amplio espacio al sector privado y limitándose el papel del Estado a la regulación de la actividad de las empresas privatizadas.

Así pues, a diferencia de la etapa del *New Deal*, la regulación económica desarrollada en los Estados Unidos de América a partir de la década de los setenta no tenía por objeto substituir el mercado mediante la fijación de precios y la introducción de barreras de entrada, sino desregular para fomentar la competencia, de modo que fuese el mercado el que ordenase el sector. En esta nueva etapa los poderes públicos se limitaban a una intervención subsidiaria para fomentar la competencia o para conseguir determinados fines que el mercado no alcanzaba. Por ello, Montero Pascual ha calificado esta etapa de desregulación o regulación para la competencia como un retorno a los orígenes de la regulación económica<sup>369</sup>.

## **2. La liberalización de servicios públicos y la posterior sujeción a regulación de las actividades económicas de interés general**

El modelo de regulación económica de origen angloamericano, caracterizado por la imposición de determinadas obligaciones especiales a los prestadores de actividades privadas que revisten un interés general y por la existencia de unas autoridades independientes que supervisan estas actividades con el fin de garantizar la libre competencia y la sujeción a la regulación establecida, se introdujo en la Alemania ocupada por las fuerzas americanas tras la II Guerra

---

<sup>368</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit, p. 514.

<sup>369</sup> Montero Pascual, J.J., “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, op. cit.

Mundial<sup>370</sup> y posteriormente tuvo su reflejo en distintas directivas europeas que se aprobaron en materia de telecomunicaciones, energía y transportes.

El nuevo modelo de intervención pública comportó la eliminación de derechos exclusivos (monopolios) y una clara apuesta por la competencia y el libre mercado. Se afirma en este sentido que la actividad de regulación está vinculada en Europa a la desaparición de los monopolios públicos y su sustitución por ámbitos de libre competencia con el fin de garantizar el mercado<sup>371</sup>.

La regulación económica, en definitiva, aparece tras la liberalización y privatización de los servicios públicos para garantizar la libre competencia, pues en caso contrario lo único que se conseguiría sería substituir monopolios públicos por monopolios privados<sup>372</sup>. Se dice por ello que *“la regulación para la competencia sigue naturalmente a la ruptura de los grandes monopolios de servicio público y a la privatización de las empresas estatales que los gestionaban”*<sup>373</sup>.

El modelo de regulación económica que empezó a implantarse en Europa entraba en contradicción con la realidad de muchos países que habían apostado en el pasado por una reserva de actividades a favor del sector público como fórmula para garantizar su prestación en condiciones de regularidad, continuidad e igualdad. A diferencia del modelo seguido en los Estados Unidos de América durante el proceso de industrialización de finales del siglo XIX, en la mayoría de los Estados europeos la garantía de determinadas prestaciones y servicios, en especial en las industrias en red (gas, electricidad, ferrocarril, telégrafo, agua), se había conseguido mediante

---

<sup>370</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, op. cit.

<sup>371</sup> Tornos Mas, J., “La actividad de regulación”, en *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Doctor Don Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1329-1342.

<sup>372</sup> Ariño Ortiz, G. y De la Cuétara, J.M., “Congreso mundial sobre regulación económica. *Rapport final: conclusiones y recomendaciones (Sevilla, 1996)*”, en Ariño Ortiz, G., De la Cuétara, J.M. y Del Guayo Castiella, I., *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

<sup>373</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit, p. XLIV.

una reserva pública o *publicatio*, asumiendo el Estado la gestión directa de los servicios o bien prestándolos indirectamente mediante el otorgamiento de concesiones<sup>374</sup>. Ello incidió no sólo en los servicios de carácter social, como la educación y la salud, sino también en servicios de carácter económico. Como bien exponen La Spina y Majone<sup>375</sup>, la propiedad pública y la empresa pública eran la principal forma de intervenir del Estado en Europa sobre estas actividades que reunían las características de un monopolio.

En el caso de España, tras una etapa abstencionista en lo económico durante el siglo XIX (*laissez faire*), el Estado asumió en el siglo XX la prestación y satisfacción de determinadas necesidades colectivas, que incluía no sólo la prestación de servicios públicos de tipo económico, sino también la titularidad de empresas industriales y mercantiles<sup>376</sup>. Esta expansión del Estado empresario, que incluía nacionalizaciones, fue especialmente significativa tras la Guerra Civil por la necesidad de reconstruir el país en un entorno de autarquía económica, sustentado en la ideología del nacionalismo económico y la tendencia hacia la estatalización que ya se había desarrollado durante la dictadura de Primo de Rivera, según destaca Muñoz Machado<sup>377</sup>.

Este modelo de servicios públicos supuso, en definitiva, un monopolio público de determinadas actividades, en el que la iniciativa privada quedaba excluida. Sin embargo, con el tiempo el modelo evolucionó hacia lo que Ariño Ortiz<sup>378</sup> ha descrito como un “*intervencionismo asfixiante del Estado*”, en el que numerosos sectores de actividad económica (energía, banca, seguros, transportes, telecomunicaciones, etc.) actuaban en régimen de monopolio o con derechos exclusivos y generaban notables ineficiencias y altos costes que se repercutían en los precios de los servicios prestados.

---

<sup>374</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, op. cit., p. 32.

<sup>375</sup> La Spina, A., y Majone, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000, pp. 15-60.

<sup>376</sup> Garrido Falla, F., “*El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público*”, en REDA, nº 29, 1981.

<sup>377</sup> Muñoz Machado, S., “*Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*”, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 34-37.

<sup>378</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit., p. 160.

No es aquí el momento de analizar en profundidad las distintas razones que condujeron durante la última década del siglo XX a la liberalización y privatización de muchas actividades que hasta ese momento monopolizaba el Estado, porque se escapa del objeto de esta tesis. Tan sólo se dirá que se han apuntado razones económicas (ineficiencia de las empresa públicas), financieras (necesidad de reducir el déficit público), políticas (voluntad de devolver al ciudadano el protagonismo, la iniciativa y la libertad) e incluso legales (incompatibilidad de las empresas públicas con las normas sobre la competencia)<sup>379</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que el modelo de servicios públicos monopolizados por el Estado entraba en contradicción con los postulados del Derecho europeo, que exigen garantizar las libertades de circulación de mercancías, capitales, personas y servicios y la libre competencia.

Sea como fuere, debido al impulso de la Unión Europea, especialmente tras la exigencia del Tratado de Maastricht de reducir el déficit público para conseguir la convergencia de las economías europeas, muchos de los antiguos servicios públicos prestados en régimen de monopolio, especialmente los de carácter económico, desaparecieron con el proceso de liberalización y privatización<sup>380</sup>, pasando a ser actividades prestadas por operadores privados en régimen de libre competencia. Se produjo, pues, una devolución de estas actividades al mercado. Como acertadamente destaca Muñoz Machado<sup>381</sup>, durante las dos décadas finales del siglo XX, el Estado se retiró de los mercados como gestor y titular de empresas y actividades económicas (privatizaciones) y los mercados se abrieron a la competencia (liberalizaciones).

No obstante, esas actividades hasta ese momento de titularidad pública y ahora prestadas por operadores privados en régimen de libre competencia no

---

<sup>379</sup> *Ibid.*, pp. 508-511 y 600.

<sup>380</sup> Véase a Ponce Solé, J., “Una aproximación al fenómeno privatizador en España”, en RAP, nº 139, 1996, pp. 345-371.

<sup>381</sup> Muñoz Machado, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *op. cit.*, pp. 37-39.

se dejaron al libre juego de las fuerzas de mercado<sup>382</sup>, sino que se calificaron como actividades o servicios de interés económico general y, precisamente por ello, se sujetaron a regulación mediante la imposición de obligaciones jurídicas a dichos operadores privados, identificadas como obligaciones de servicio público, al permanecer vigentes muchos de los principios propios de los servicios públicos (universalidad, igualdad, continuidad, regularidad, precios asequibles, calidad, etc.)<sup>383</sup>. Ello ha dado lugar a que un sector de la doctrina vea en estas actividades privadas calificadas de servicios de interés económico general el resurgir de la idea de los servicios públicos impropios o virtuales, que no están en contradicción con el mercado ni suponen un monopolio<sup>384</sup>.

De este modo, se pasó de un modelo de servicios públicos en el que el Estado se reservaba la atención de las necesidades esenciales de los ciudadanos, a un modelo de mercado en el que esas actividades se prestan por operadores privados en régimen de libre competencia, pero sin olvidarse de lo que González-Varas<sup>385</sup> llama el “*problema social*”, esto es, la prestación de aquellas actividades no rentables, pero socialmente exigibles.

De la Cuétara Martínez<sup>386</sup> ha resumido muy bien este cambio de paradigma: las sociedades contemporáneas pueden prescindir de determinados servicios públicos hipertrofiados, pero no pueden prescindir de la idea de servicio

---

<sup>382</sup> Parejo Alfonso, L., “*La nueva función pública de regulación*”, en Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coordinadores), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 1379-1412.

<sup>383</sup> Canals i Ametller, D., “*Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general*”, en REDA, nº 158, 2013, pp. 138-141. Véase también a Villar Rojas, F.J., *Las instituciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004, p. 6.

<sup>384</sup> Véase en este sentido a Martín Rebollo, L., “*Treinta años de Derecho Administrativo español (Una primera aproximación a los principales cambios producidos)*”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, p. 46.

<sup>385</sup> González-Varas Ibáñez, S., “*Claves del nuevo Derecho administrativo económico*”, en REDA, nº 135, 2007, p. 426.

<sup>386</sup> De la Cuétara Martínez, J.M., “*Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (Un ensayo de prospectiva jurídica)*”, en *Revista Galega de Administración Pública*, nº 1, 1992, p. 21. Véase en el mismo sentido a Meilán Gil, J.L., “*La idea del servicio público: mito, categoría, misión*”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

público. Se considera que la liberalización de determinadas actividades para dar entrada a la iniciativa privada y a la competencia funciona mejor que los tradicionales servicios públicos, pero al mismo tiempo debe garantizarse mediante la regulación el servicio universal y otras obligaciones de servicio público<sup>387</sup>. Se puede decir por ello que la regulación económica que aparece con posterioridad al proceso de liberalización y privatización de actividades públicas pretende garantizar no sólo la competencia y el libre mercado, sino también que determinadas prestaciones esenciales para los ciudadanos se van a prestar por los operadores privados bajo determinados principios propios de los servicios públicos.

La clave del nuevo modelo de intervención pública está en la concepción de estas actividades privadas –antes monopolizadas por el sector público– como servicios de interés económico general (SIEG). Para garantizar la igualdad, la continuidad y la regularidad en la prestación de estos servicios esenciales no se requiere la *publicatio* de la actividad, sino que es posible que estas actividades se presten por la iniciativa privada en régimen de concurrencia, calificándolas de servicios de interés económico general y, como consecuencia de ello, sujetándolas a determinada regulación<sup>388</sup>. En definitiva, para asegurar estos principios, el servicio público es una técnica más y no la única<sup>389</sup>.

Así pues, la regulación económica aparece en Europa como alternativa al modelo tradicional de servicios públicos y pretende ser un mecanismo de intervención pública sobre las actividades privadas liberalizadas que se prestan en régimen de libre competencia, con el fin de sujetarlas a ciertos parámetros y de este modo garantizar determinadas necesidades que se consideran esenciales y que el mercado no atiende. Se puede decir, en este sentido, que

---

<sup>387</sup> De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., “*Servicios públicos versus servicios de interés económicos general tras el Tratado de Ámsterdam*”, en *Boletín Aranzadi Administrativo*, nº 4, 1998.

<sup>388</sup> Fernández García, M.Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003, pp. 143-150 y 165-166. En el mismo sentido, véase a Martínez López-Muñiz, J.L., “*Nuevo sistema conceptual*”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 3, 1999, pp. 133-152.

<sup>389</sup> Fernández Rodríguez, T.-R., “*Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy*”, en RAP, nº 150, 1999, pp. 59-61.

la consecuencia del proceso de liberalización y privatización de actividades y servicios públicos fue la necesidad de sujetar las nuevas actividades privadas a regulación por el interés público que todavía mantienen a pesar de haberse abierto a la iniciativa privada. La regulación económica sería así el nuevo instrumento de intervención pública posterior al proceso liberalizador y privatizador, que actúa sobre estas actividades de interés general como “*correctivo necesario*”<sup>390</sup>. Y esta regulación, como ha destacado Fernández García<sup>391</sup>, opera en un doble sentido: por un lado, pretende garantizar que la prestación de servicios esenciales que hasta ese momento era servicios públicos esté asegurada para todos los ciudadanos, y por el otro, ordena de manera adecuada el uso de las redes que son necesarias para la prestación efectiva de estos servicios.

Este proceso que se ha descrito ha comportado una importante reducción de la intervención del Estado en la economía, que ha dejado de ser un productor directo de bienes y servicios y ha pasado a ser un “*Estado mínimo*”, en palabras de La Spina y Majone<sup>392</sup>. Según Ariño Ortiz<sup>393</sup>, frente a la titularidad estatal de los servicios públicos económicos, se ha optado por una presencia mínima del Estado mediante la privatización y liberalización de estas actividades, actuando el Estado como regulador para re-crear y defender la competencia y como árbitro para resolver las controversias entre operadores privados. El Estado deja de ser un protagonista en la actividad económica y se convierte en un defensor del mercado y la libre competencia mediante la regulación. Dice en este sentido el citado autor que “*la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquélla no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural*”<sup>394</sup>.

---

<sup>390</sup> Garrido Falla, F., “¿Crisis de la noción de servicio público?”, en Coscolluela Montaner, L. (coordinador), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 444.

<sup>391</sup> Fernández García, M.Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, *op. cit.*

<sup>392</sup> La Spina, A., y Majone, G., *Lo Stato regolatore*, *op. cit.*, pp. 15-60.

<sup>393</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 606.

Al actuar el Estado tan sólo como regulador de las actividades liberalizadas y privatizadas, su papel se ciñe a recrear el mercado, promoviendo la competencia donde sea posible y protegiendo los intereses de los usuarios cuando la competencia no es posible o es insuficiente<sup>395</sup>. Se pasa así de un “Estado-gestor” que garantiza la continuidad y regularidad de los servicios públicos a un “Estado-regulador” que, en vez de gestionar y asumir la ejecución directa de las tareas empresariales, se limita a regular los cuellos de botella y a corregir los demás fallos del mercado<sup>396</sup> para hacer posible la competencia, a repartir de forma equitativa los objetivos públicos irrenunciables (servicio universal, cargas de servicio público) entre los distintos operadores privados, a supervisar las actividades privadas, a resolver con neutralidad los conflictos entre privados y, en definitiva, a defender la existencia de un mercado competitivo<sup>397</sup>. Dicho en otros términos, se produce un tránsito del “Estado del bienestar” a la “sociedad del bienestar”<sup>398</sup>, porque el Estado deja de proveer y atender directamente las necesidades básicas de los ciudadanos y se limita a establecer el marco regulador adecuado para que sea la propia sociedad quien asegure los mayores estándares posibles de calidad de vida y de prestación de servicios que revisten interés general.

El Estado, pues, gestiona menos y regula más, aunque ello no impide que se mantengan determinados servicios públicos allí donde no es posible o no conviene introducir las reglas de mercado, especialmente en el caso de los servicios de asistencia y acción social<sup>399</sup>.

---

<sup>395</sup> Ariño Ortiz, G., “Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, en *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, Círculo de Empresarios y Fundación Rafael del Pino, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 23-37.

<sup>396</sup> Por fallos de mercado debe entenderse el incumplimiento de algunas de las condiciones necesarias del mercado para que sea eficiente. Véase en este sentido a Bel i Queralt, G. y Estruch Manjón, A., “Liberalización, privatización y desregulación”, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 179-181.

<sup>397</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit., pp. XLIV-XLVI. Del mismo autor, véase “Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, op. cit., p. 107.

<sup>398</sup> Caballero Sánchez, R., “Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto”, en Santamaría Pastor, J.A. (director) y Caballero Sánchez, R. (coordinador), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 40-45.

<sup>399</sup> Véase en este sentido a Martín Rebollo, L., “Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en Cosculluela Montaner, L. (coordinador),



Sin embargo, la reducción del papel del Estado en la economía no significa que se haya eliminado por completo, sino que en realidad la intervención pública se ha transformado y reorientado. Se ha abandonado, como bien apunta Alli Aranguren<sup>400</sup>, la actividad estatal directa (prestación de servicios públicos y dación de bienes) y se ha asumido una actividad de dirección, supervisión y control de unas actividades que pasan a prestarse en régimen de libre competencia. El Estado abandona la idea de ser un protagonista de la actividad económica y se limita a regular determinadas actividades de interés general en sectores estratégicos de la economía y las infraestructuras que les sirven de soporte, con el fin de garantizar la competencia y hacer frente a los fallos del mercado. En palabras de Muñoz Machado<sup>401</sup>, *“el Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (Gewahrlistung-staad), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia (de la que se espera que por sí misma provea los bienes y servicios necesarios), y cumplan las misiones de servicio público que se les confíen”*.

Montero Pascual<sup>402</sup> incluso ha precisado que la defensa de la competencia y la regulación han pasado a ser instrumentos de intervención indirecta, subsidiarios y complementarios al mercado, al que se da prioridad, de modo que la intervención pública mediante la regulación lo que persigue es tan sólo corregir sus fallos cuando se produzcan.

Se dice por ello que la regulación económica actúa como *“regulación para la competencia”*<sup>403</sup>, pues en determinados sectores, especialmente en aquellos en

---

*Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 644.

<sup>400</sup> Alli Aranguren, J.C., *“La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”*, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, pp. 852-853.

<sup>401</sup> Muñoz Machado, S., *“Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>402</sup> Montero Pascual, J.J., *“Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>403</sup> Del Guayo Castiella, I., *Regulación*, *op. cit.*, p. 13.

los que deben utilizarse redes, “o se regula o no hay mercado ni competencia”<sup>404</sup>. La finalidad esencial de la regulación económica, como acertadamente indican Ariño Ortiz y De la Cuétera Martínez<sup>405</sup>, es “mantener la actividad en marcha dentro de unos parámetros prefijados”, todo ello con el fin de favorecer la libre competencia.

No obstante, un sector importante de la doctrina ha defendido que la finalidad de la regulación económica no se debe limitar a la defensa del mercado, la libre competencia y la eficiencia económica, sino que debe incluir también la consecución de determinados fines sociales. Frente a las tesis de autores como Ariño Ortiz, Montero Pascual, Del Guayo Castiella, Ruiz Ojeda, De la Cuétera Martínez, Villar Rojas o Esteve Pardo, Ruiz Palazuelos<sup>406</sup> ha sostenido, en consonancia con otros autores (Malaret i García, Barcelona Llop, Tornos Mas, Betancor o Vírgala), que la regulación de estas actividades esenciales debe perseguir también objetivos de carácter social, ajenos a la estricta lógica del mercado y a la eficiencia económica y más vinculados con otras preocupaciones como son la equidad, el desarrollo sostenible, la protección de los consumidores y los derechos fundamentales. Según Ruiz Palazuelos, la cláusula constitucional del Estado social impide enfocar la libre competencia como la finalidad última de la regulación económica, o en palabras de Malaret i García<sup>407</sup>, la regulación económica debe conciliar las exigencias de funcionamiento eficiente de los mercados con las exigencias propias de la satisfacción de necesidades colectivas (derechos fundamentales, prestaciones esenciales, desarrollo sostenible), que el mercado no satisface de forma natural o espontánea.

---

<sup>404</sup> *Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>405</sup> Ariño Ortiz, G. y De la Cuétera Martínez, J.M., “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, 2000, pp. 11-12.

<sup>406</sup> Ruiz Palazuelos, N., *Regulación económica y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 123-146.

<sup>407</sup> Malaret i García, E., “Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la administración”, en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A.M. y Descalzo González, A. (coordinadores), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018, p.1499.

Linde Paniagua<sup>408</sup> incluso va más allá y defiende que el Estado no debe ser un mero regulador de actividades privadas ni por ello retirarse de la sociedad cuando está en juego la garantía del Estado del bienestar. El autor considera que si bien la liberalización o las privatizaciones pueden estar justificadas desde la perspectiva económica cuando las actividades pueden prestarse en un mercado libre y competitivo, ello no obstante existen otros factores que bien pueden justificar la prestación de la actividad por la Administración mediante la técnica del servicio público para afrontar las necesidades sociales, especialmente aquéllas que el mercado no puede satisfacer o lo hace de manera ineficiente. Se trataría, como ya dijo en su día Martín Rebollo<sup>409</sup>, de que el Estado social asuma su papel de Estado gestor y proporcione unas prestaciones reales y tangibles que fomenten el principio de solidaridad social y coadyuven a la igualdad.

En definitiva, lo que late en estos planteamientos es si el Estado social sólo se puede garantizar mediante la técnica de los servicios públicos o si, por el contrario, también se puede conseguir con la técnica de la regulación económica de actividades privadas.

No se profundizará en este debate que se aparta mucho del objeto de esta tesis, aunque sí se dirá que se coincide con Ariño Ortiz<sup>410</sup> en que la regulación económica no pretende cuestionar los niveles de bienestar alcanzados, sino los instrumentos para alcanzarlos al considerar que el modelo de gestión universal, pública y monopólica de los servicios públicos se ha demostrado ineficiente<sup>411</sup>. La regulación económica, según la concepción angloamericana, es un instrumento de intervención pública que se limita a ordenar las actividades privadas que revisten un interés público, imponiendo a los operadores privados determinadas obligaciones especiales. No se trata de un instrumento al servicio

---

<sup>408</sup> Linde Paniagua, E., “*La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos*”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2º semestre 2004, pp. 31-50.

<sup>409</sup> Martín Rebollo, L., “*De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*”, en *RAP*, nº 100-102, 1983, p. 2540.

<sup>410</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit., p. 312.

<sup>411</sup> Véase en el mismo sentido a Fernández García, M.Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op. cit., p. 499.

del empleo, la lucha contra la inflación, el desarrollo regional o la redistribución de rentas, pues para estos cometidos está la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial o la política fiscal<sup>412</sup>.

Para finalizar este apartado, debe precisarse que la intervención pública mediante regulación económica no opera con la misma intensidad sobre todas las actividades de los sectores liberalizados, sino tan sólo sobre aquellas en las que la competencia y el libre mercado no son posibles o están muy limitados. Ello nos lleva a distinguir entre actividades reguladas y actividades no reguladas en función del grado de competencia existente. La regulación sólo se ocupa de aquellas actividades en las que no existe competencia competitiva, especialmente ante las situaciones de monopolio natural, como sería el caso de las infraestructuras o redes, o ante determinadas prestaciones que el mercado no garantiza, y lo que pretende es actuar como sustituto de la competencia, incidiendo en aspectos como los precios a pagar, el control de entrada o salida de la actividad, la calidad del servicio o actividad, la separación de actividades, el acceso de terceros a las infraestructuras, etc. Por el contrario, cuando actúan las reglas del libre mercado y existe una oferta competitiva, la regulación no es necesaria.

### **3. La actividad administrativa de regulación económica**

Montero Pascual<sup>413</sup> define la regulación económica de actividades privadas que revisten un interés general como una actividad administrativa por la que se imponen ciertas obligaciones jurídicas a los operadores privados para asegurar dicho interés general, con posterior control de su cumplimiento. Se trata, por ello, de una función administrativa, porque es el poder público el que establece unilateralmente la regulación de las actividades privadas<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> Ariño Ortiz, G., “Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, en *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, op. cit.

<sup>413</sup> Montero Pascual, J.J., “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, op. cit., p. 584.

<sup>414</sup> Parejo Alfonso, L., “La nueva función pública de regulación”, op. cit., pp. 1379-1412.

Regular, como advierte Muñoz Machado<sup>415</sup>, implica una “*actividad continua de seguimiento de una actividad*”, con el uso de distintas técnicas y potestades de carácter normativo, de supervisión, de ordenación de los mercados, de resolución de controversias y de sanción.

A pesar de haberse liberalizado y devuelto al libre mercado numerosas actividades que en el pasado pertenecían al sector público, permanece vigente la necesidad de preservar determinados intereses generales que son irrenunciables y que no cabe esperar que sean atendidos por los operadores privados. Mediante la regulación económica se ordenan las actividades liberalizadas, ahora calificadas de servicios o actividades de interés económico general, imponiendo obligaciones de hacer y de no hacer a los nuevos operadores privados que las prestan en régimen de libre competencia. La regulación económica, en definitiva, no debe ser vista como el conjunto de disposiciones que, con carácter general, ordenan una actividad, sino tan sólo como aquella intervención administrativa que opera sobre los mercados liberalizados con el fin de garantizar una competencia efectiva y determinadas prestaciones que el mercado no garantiza.

La regulación económica tiene por objeto diversos aspectos fundamentales: establece el marco normativo para defender la libre competencia o sustituirla cuando ésta no es posible; pretende garantizar determinadas prestaciones esenciales para todos los ciudadanos; ordena el acceso a las infraestructuras esenciales para que la competencia pueda ser efectiva; y resuelve los conflictos que surjan entre operadores privados. Esta última cuestión se tratará al analizar las Administraciones independientes.

Así, la regulación económica se ocupa, en primer lugar, de establecer las condiciones necesarias para garantizar que los operadores privados puedan actuar en el mercado en régimen de libre competencia. Frente al modelo tradicional de servicios públicos prestados en régimen de monopolio por el Estado, la liberalización de actividades implica la apertura a la iniciativa

---

<sup>415</sup> Muñoz Machado, S., “*Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*”, *op. cit.*, pp. 110-117.

privada, la libertad de entrada y salida al sector, la pluralidad de ofertas, la libertad de inversión, la libre formación de los precios, entre otros aspectos.

Pero para que la libre competencia sea real y efectiva, debe haber una separación entre la actividad del regulador y la actividad de los operadores privados que actúan en el sector. Como indica Muñoz Machado<sup>416</sup>, si el regulador y el gestor de un servicio no están separados, las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector están en una situación de desigualdad incompatible con la competencia. En el mismo sentido, Maresca<sup>417</sup> ha destacado que existe un principio de separación de actividades entre el administrador de infraestructuras y los operadores privados que prestan servicios sobre las mismas, que deriva del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 102) y que tiene por finalidad garantizar la libre competencia. Así pues, la autoridad pública encargada de regular y controlar a los operadores privados, que debe actuar de manera independiente a la hora de procurar el acceso a la infraestructura, no puede a la vez realizar ningún tipo de actividad económica en dicho sector.

En este nuevo marco, como bien apuntan De la Cuétara Martínez y Villar Rojas<sup>418</sup>, la regulación económica opera en un doble momento. En una primera fase se ocupa de la transición a la competencia para que en el sector exista un entorno de pluralidad de operadores y de libre elección de los usuarios, con especial incidencia en lo que se refiere a la regulación tarifaria hasta que no exista una libre formación de precios mediante la oferta y la demanda. La eliminación de los monopolios públicos no garantiza *per se* la existencia de una competencia efectiva. Por ello, durante esta fase de transición, la regulación es necesaria para evitar que el efecto de la liberalización sea la sustitución de un monopolio público por un monopolio privado. En una segunda fase la regulación pretende afianzar la competencia para que ésta se desarrolle de

---

<sup>416</sup> Muñoz Machado, S., *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, *op. cit.*, pp. 133-136.

<sup>417</sup> Maresca, D., *Regulation of Infrastructure Markets. Legal Cases and Materials on Seaports, Railways and Airports*, Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2013, pp. 30-33 y 107-116.

<sup>418</sup> De la Cuétara Martínez, J.M. y Villar Rojas, F.J., *La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos*, en Ariño Ortiz, G., De la Cuétara, J. M. y Del Guayo Castiella, I., *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 169-181.

manera eficiente, en particular en lo que se refiere a la regulación de los cuellos de botella.

La regulación económica, en definitiva, actúa como un instrumento de intervención pública orientado a suplir los fallos del mercado o a sustituirlo cuando no se garantiza una eficiente asignación de recursos. Dice en este sentido Ariño Ortiz<sup>419</sup> que la regulación hace su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Se persigue con ello obtener unos resultados equivalentes a los del mercado en los casos en que éste no existe, en particular en las situaciones de monopolio, o cuando éste funciona de manera deficiente. Según destaca Malaret i García<sup>420</sup>, el mercado funciona de manera deficiente y se producen fallos de mercado que requieren la intervención pública cuando concurren razones estructurales, como pueden ser la existencia de un monopolio natural, bienes públicos o externalidades negativas, o cuando concurren razones vinculadas a los requerimientos del bienestar y las necesidades colectivas que el funcionamiento natural o espontáneo del mercado no garantiza, como son la garantía de los derechos fundamentales, las prestaciones esenciales o el desarrollo sostenible.

El segundo aspecto del que se ocupa la regulación económica es la garantía de determinadas prestaciones esenciales para todos los ciudadanos. Montero Pascual<sup>421</sup> ha destacado que ello se consigue con la imposición de obligaciones jurídicas a los operadores privados, en particular, la obligación de servir a todo el que lo requiera, la obligación de hacerlo de modo adecuado (criterios mínimos de calidad), la obligación de no discriminar entre clientes y la obligación de cobrar una tarifa razonable.

---

<sup>419</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit, p. 603.

<sup>420</sup> Malaret i García, E., "Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 327-360. De la misma autora, véase "Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica", en *Diritto Pubblico*, 2/2008, pp. 535-586.

<sup>421</sup> Montero Pascual, J.J., "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", op. cit.

La regulación económica, en definitiva, trata de garantizar determinadas prestaciones a los ciudadanos que los operadores privados no ofrecen a precios razonables, porque no las consideran rentables. La retirada del Estado en la prestación de determinados servicios públicos y la realización de las mismas actividades por operadores privados en régimen de libre competencia no supone que se abandone la satisfacción de las necesidades de interés general, que se consigue imponiendo a los operadores privados el cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público<sup>422</sup>. Se pretende así que aquellas prestaciones que se consideren esenciales, en el pasado prestadas en el marco de los servicios públicos, estén sujetas a los principios de accesibilidad para todos los ciudadanos, no discriminación, continuidad y calidad. Dice al respecto Ariño Ortiz<sup>423</sup> que el cambio de modelo supone una *despublicatio*, porque las actividades ya no son de titularidad estatal, sino que son de iniciativa privada, aunque dichas actividades todavía son de “*responsabilidad estatal*”, en la medida en que sus prestaciones a un determinado nivel deben llegar a todos los ciudadanos.

La regulación económica, finalmente, también tiene por objeto garantizar el acceso de los operadores privados a las infraestructuras para que puedan realizar las actividades liberalizadas en régimen de libre competencia. Esta cuestión, por tratarse de un aspecto central de la tesis, será analizada de manera específica en otro epígrafe.

Lo más característico de toda esta actividad administrativa de regulación económica es, como acertadamente apunta Montero Pascual, la enorme discrecionalidad de la que goza la Administración reguladora a la hora de imponer obligaciones jurídicas a los operadores privados. Junto a esta característica principal, destacan otras como son su carácter indirecto,

---

<sup>422</sup> Muñoz Machado, S., “*Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*”, *op. cit.*, pp. 177-184.

<sup>423</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, *op. cit.*, p. 610.



subsidiario, complementario al mercado, proporcional, transparente y no discriminatorio y en constante evolución<sup>424</sup>.

El regulador, en efecto, dispone de una amplia discrecionalidad para imponer obligaciones jurídicas a los operadores privados con el fin de garantizar determinados objetivos de interés general. Estos objetivos de interés general deben estar perfectamente delimitados por la norma, pero por el contrario se deja una amplia discrecionalidad al regulador a la hora de concretar las medidas a adoptar para satisfacerlos, lo cual le permite configurar las reglas que van a regir en un determinado mercado. En definitiva, las medidas de intervención proporcionales con el fin de interés público perseguido, adoptadas con amplia discrecionalidad, deben fundarse en criterios objetivos que cuenten con suficiente predeterminación normativa<sup>425</sup>.

Como contrapartida, la amplia discrecionalidad del regulador se debe compensar con el incremento de las garantías y la implantación de distintos mecanismos de control, como son, según Montero Pascual<sup>426</sup>: el control político de oportunidad a cargo de las Cortes, que incide especialmente en el nombramiento de los miembros del organismo regulador y en el control de su actividad (comparecencia anual para presentar su informe); mayores garantías en el procedimiento de imposición de obligaciones jurídicas, destacando la participación de los interesados en el procedimiento administrativo regulador, la transparencia o la celebración de vistas y una mayor exigencia de motivación de las decisiones que se adopten con el fin de justificar la proporcionalidad entre las obligaciones impuestas y los objetivos de interés general perseguidos; y un control jurisdiccional que abarque no sólo los elementos reglados de las decisiones discrecionales, sino también un juicio de proporcionalidad, esto es,

---

<sup>424</sup> Montero Pascual, J.J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 24-26. Del mismo autor, véase *Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general*, *op. cit.*, pp. 84. y *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, *op. cit.*, pp. 21-23.

<sup>425</sup> Muñoz Machado, S., *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>426</sup> Montero Pascual, Juan José, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, *op. cit.*, pp. 81-109.

un juicio de adecuación de la actividad a los fines de interés general, un juicio de necesidad a la consecución de dichos fines y un análisis sobre la existencia de alternativas menos limitadoras.

Respecto a este control de la discrecionalidad del regulador a la vista del principio de proporcionalidad, ello exige tener que hacer un juicio de proporcionalidad, de origen en la doctrina alemana, que ha sido desarrollado en numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional y que implica, según se ha apuntado, la realización de un juicio de idoneidad o utilidad, un juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de verificar si las medidas o actuaciones adoptadas de forma discrecional son razonables, proporcionadas y necesarias para alcanzar los fines perseguidos.

Para poner un ejemplo de las numerosas resoluciones judiciales que han aplicado el principio de proporcionalidad como técnica de control de la discrecionalidad, la STC 89/2017, de 4 de julio, con cita de la STC 48/2005, de 3 de marzo, resume esta mecanismo de control afirmando que *“para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (por todas, la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, en relación con el control de la actuación administrativa, y STC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9, con respecto a la supervisión de la actividad legislativa)”*.

Al respecto, Roca Trías y Ahumada Ruiz<sup>427</sup> afirman que, aunque la Constitución no menciona el principio de proporcionalidad, en la segunda mitad de los años noventa el Tribunal Constitucional perfiló las características de este principio (SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 161/1997 y 136/1999), fijando los elementos del canon de proporcionalidad bajo la inspiración de la doctrina alemana. En su opinión, a resultas de la aplicación de este juicio de proporcionalidad o “*test alemán*”, que ha sido consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 52.1), deben juzgarse inaceptables aquellas medidas o actuaciones que impongan un sacrificio inútil, innecesario o desequilibrado por excesivo de un derecho o interés protegido, permitiendo con ello un control del exceso de discrecionalidad.

En definitiva, el juicio de proporcionalidad actúa como la garantía de que no se producirá un exceso de regulación al permitir que se realice un control de una actividad como es la de regulación, caracterizada según se ha apuntado por la enorme discrecionalidad del regulador, aunque como apunta Betancor<sup>428</sup>, el análisis de la jurisprudencia indica que el control judicial de la actividad de regulación a la luz del principio de proporcionalidad es más bien escaso y suele limitarse a un juicio apodíctico de los Tribunales liberado de cualquier necesidad de argumentación.

La regulación económica se caracteriza, por otro lado, por ser una intervención administrativa de carácter indirecto o intervención mínima, porque el Estado abandona el modelo tradicional de producción de bienes y de prestación de servicios –generalmente a través de monopolios– y opta por un modelo en el que son los operadores privados los que producen bienes y prestan servicios en régimen de libre competencia, limitándose el Estado a controlar estas actividades mediante la imposición de obligaciones jurídicas a dichos operadores privados con el fin de garantizar la satisfacción del interés general.

---

<sup>427</sup> Roca Trías, E. y Ahumada Ruiz, M.A., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, XV Conferencia Trilateral, Roma, 24-27 de octubre de 2013.

<sup>428</sup> Betancor, A., *Regulación: mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 581-593.

Asimismo, la regulación económica es una intervención administrativa que tiene carácter subsidiario porque sólo opera cuando la competencia entre los distintos operadores privados no satisface el interés general. Según Montero Pascual<sup>429</sup>, cuando el interés general se satisface por la actividad de los operadores privados, no es necesaria la intervención pública, pues ésta puede distorsionar la competencia, desincentivar la eficacia y reducir la satisfacción del usuario. Debe evitarse, en definitiva, la sobrerregulación. Esta nota característica iría en la línea del “*Estado mínimo*” apuntado por La Spina y Majone<sup>430</sup>.

Otra nota característica de la regulación económica es su carácter complementario al mercado. A diferencia del modelo tradicional, en el que se consideraba que sólo la intervención pública garantizaba el interés general, ahora se considera que la intervención pública no excluye ni es incompatible con la actividad de los operadores privados con el mismo fin. Se parte de la idea de que la libre competencia también satisface el interés general, por lo que la intervención administrativa sólo será necesaria para complementar el mercado cuando dicho interés no esté garantizado.

La regulación económica se caracteriza también por ser una intervención pública proporcionada, transparente y no discriminatoria. Según Montero Pascual, ello exige que de manera objetiva se defina el interés general que se quiere satisfacer, se analice la necesidad de intervención pública como consecuencia de las carencias del mercado y se justifique el carácter benigno y no distorsionador de las medidas propuestas. La intervención administrativa debe ser la menos restrictiva para la actividad económica de los operadores privados, gravando lo justo y necesario para garantizar el interés general, y debe ser transparente y no discriminatoria para no distorsionar el mercado.

Finalmente, la regulación económica se caracteriza por ser una intervención pública que debe adaptarse de manera constante a la evolución de los

---

<sup>429</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general*, *op. cit.*, pp. 84.

<sup>430</sup> La Spina, A., y Majone, G., *Lo Stato regolatore*, *op. cit.*, pp. 15-60.

mercados y a las exigencias de los usuarios. Por ello, la regulación económica debe dotarse de mecanismos ágiles que, sin introducir excesivas dosis de incertidumbre y priorizando la estabilidad regulatoria y cierta dosis de previsibilidad para los operadores privados, permitan adaptarse a una actividad económica que es muy dinámica y cambiante<sup>431</sup>.

#### **4. Técnicas y potestades de regulación económica**

La regulación económica, como cualquier otra actividad administrativa, incluye todo un conjunto de técnicas y potestades para asegurar el interés general en las actividades liberalizadas sobre las que actúa. Estas técnicas y potestades son las que permiten al regulador ejercer funciones normativas, de supervisión y de corrección, con las que va a aprobar las reglas a las que se sujetarán las empresas de un sector, vigilará su cumplimiento y adoptará medidas para que las empresas se ajusten a las reglas aprobadas<sup>432</sup>.

Empezando por las técnicas de regulación económica, se trataría del conjunto de recursos y procedimientos cuya utilización permite al regulador delimitar el marco de actuación de los operadores privados en los mercados liberalizados que presentan un interés general. Su finalidad sería, según se apuntaba anteriormente, garantizar la competencia efectiva en el mercado, incidiendo de manera especial en sus fallos, y satisfacer determinadas prestaciones que el mercado no garantiza.

Ariño Ortiz y De la Cuétera Martínez <sup>433</sup> han tratado de sistematizar las distintas técnicas reguladoras, entre las que se pueden citar las siguientes:

---

<sup>431</sup> Millán Pereira, J.L., “Regulación económica, competencia e incentivos”, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, p. 123.

<sup>432</sup> Del Guayo Castiella, I., “La regulación y sus tareas”, en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A. M. y Descalzo González, A. (coordinadores), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018, pp. 1505-1526.

<sup>433</sup> Ariño Ortiz, G. y De la Cuétera Martínez, J.M., “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *op. cit.*, pp. 21-24. Véase también a Esteve Pardo, J., “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general”, *op. cit.*, pp. 37-63.

1) La regulación de los precios. El regulador utiliza esta técnica cuando la libre formación de los precios no es posible por falta de oferta suficiente o cuando se está ante cuellos de botella en los que una de las partes, la más débil, no tiene capacidad para discutir el precio.

2) La separación de actividades (desintegración de actividades o *unbundling*). La técnica permite separar en cada sector las actividades competitivas prestadas por distintos operadores privados en régimen de competencia y las actividades no competitivas como sería el uso de las infraestructuras o la prestación de servicios universales, y puede consistir en la separación contable, la separación jurídica o la segregación de empresas.

3) La obligación de dar acceso a terceros a las propias instalaciones y servicios. Se trata de un contrato forzoso en el que deben concretarse los puntos de acceso a las infraestructuras y servicios, las modalidades de acceso, el precio de acceso y las condiciones de acceso, atendiendo al hecho de que la capacidad de estas instalaciones suele ser limitada.

4) Las obligaciones de interconexión de redes e interoperabilidad de servicios. Se trata de otro contrato forzoso que permite la interconexión de redes y la interoperabilidad de servicios que pertenecen a distintos titulares. Por regla general, las redes son difícilmente duplicables, especialmente cuando se trata de infraestructuras de transporte, pero cuando existen distintas redes, debe garantizarse el uso compartido de las mismas y su interconexión.

5) La regulación de los cuellos de botella. La técnica permite garantizar el acceso a las instalaciones esenciales para la competencia, regulando sus condiciones de acceso.

6) La imposición de cargas de servicio público y el servicio universal. Estas técnicas permiten garantizar determinadas necesidades o prestaciones esenciales a todos los ciudadanos y a un precio asequible, que el mercado no atendería por sí sólo porque no son rentables. Se pretende evitar que los operadores privados sólo realicen las actividades rentables y se olviden de las

actividades no rentables, que también deben prestarse al considerarse esenciales. Ello exige tener que determinar el operador privado que tendrá la carga de prestar estos servicios esenciales y cómo se va financiar esta carga.

7) Las limitaciones al derecho de propiedad. La técnica permite afectar determinados bienes para dar satisfacción al interés general, como sería el caso de la concesión de derechos de paso para el tendido de infraestructuras.

8) La protección de los usuarios. Ello incluye distintos aspectos, como serían la regulación de los estándares de calidad de los servicios, la disponibilidad o las condiciones de seguridad.

En otro orden de cosas, para conseguir la satisfacción del interés general, el ordenamiento jurídico reconoce a las autoridades reguladoras un conjunto de potestades administrativas. Montero Pascual<sup>434</sup> las ha sistematizado en tres grandes grupos: las potestades ordinarias, la potestad normativa y la potestad de resolución de conflictos entre operadores privados.

Dentro de las potestades ordinarias del regulador se incluyen, como en cualquier otra Administración Pública, la potestad de dictar actos administrativos, la potestad sancionadora, los requerimientos de información a los operadores privados, la potestad inspectora y la potestad de adoptar medidas cautelares en el seno de los procedimientos que se inicien.

Respecto de las anteriores potestades ordinarias, destaca especialmente la potestad de dictar actos administrativos, pues es a través de los mismos que el regulador concreta las obligaciones jurídicas que se imponen a los operadores privados para conseguir la satisfacción de los intereses generales. Mediante estos actos administrativos, el regulador fija las obligaciones de servicio público, define las condiciones de acceso a las infraestructuras, establece los puntos de interconexión, fija los precios, otorga autorizaciones de entrada al mercado, etc.

---

<sup>434</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, op. cit., pp. 69-79.

En cuanto a la potestad normativa del regulador, se trata de una potestad reconocida en las leyes que actúa como complemento de las mismas a la hora de concretar las obligaciones jurídicas de los operadores privados. La Ley 3/2013, de 4 de junio<sup>435</sup>, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), las denomina circulares y les atribuye carácter vinculante un vez publicadas en el BOE, pudiendo dictarse en desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales en aquellos sectores sometidos a su supervisión cuando habiliten expresamente a la CNMC para ello.

Esta potestad normativa también se puede ejercer a través de lo que la doctrina ha calificado como Derecho indicativo, Derecho blando o *Soft Law*, por oposición al tradicional Derecho preceptivo o imperativo o *Hard Law*. Según De la Cuétara Martínez<sup>436</sup>, se trata de un conjunto de instrumentos que indican o señalan el camino, sin hacerlo obligatorio o vinculante, aunque son efectivos porque relatan cómo va a actuar el regulador y con ello consiguen cambios de conducta de sus destinatarios. En este sentido, el autor cita entre los mismos las *recomendaciones* (Banco de España, CNMV, Comisión de Defensa de la Competencia, etc.); las *directrices* que anuncian como se van a resolver futuros casos; los *códigos de conducta* que actúan como autocompromisos; las *instrucciones*, los *modelos* y las *mejores prácticas* ideados para facilitar los trámites administrativos; las *circulares* y las *instrucciones internas* que en ocasiones definen el contenido real de las prestaciones que van a recibir los administrados; la *resolución* de un debate o las *conclusiones* a las que en teoría van a tener que estar en el futuro los reguladores y los regulados; y los documentos de *autoregulación* o *corregulación*.

Finalmente, debe mencionarse la potestad de resolución de conflictos entre operadores privados o potestad cuasi-jurisdiccional que, como señala Montero

---

<sup>435</sup> BOE de 5 de junio de 2013.

<sup>436</sup> De la Cuétara Martínez, J.M., “Uso y abuso del Derecho indicativo en la regulación económica”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, pp. 1141-1142.



Pascual<sup>437</sup>, no es un arbitraje al que voluntariamente se someten las partes, sino un intervención que impone la norma cuando la pide una de las partes. Esta potestad se justifica por la existencia de intereses generales, por la elevada complejidad técnica y económica de los conflictos y por la lentitud de los Tribunales de Justicia. Según el autor, el ejercicio de esta potestad está sujeta a ciertos límites: no puede resolver aspectos contractuales estrictamente privados, se exige neutralidad frente a los operadores privados y al resto de Administraciones Públicas, el procedimiento debe garantizar la igualdad de oportunidades y de medios de defensa y las resoluciones deben ser motivadas para permitir el posterior control jurisdiccional.

## **5. La regulación del derecho de acceso a las infraestructuras esenciales para la competencia**

Un aspecto fundamental en el modelo de regulación económica es la necesidad de garantizar a un precio razonable el derecho de acceso de los operadores privados a las infraestructuras esenciales para la competencia, que suelen ser monopolios que actúan como cuellos de botella por los que deben pasar las actividades liberalizadas. Sin la garantía de acceso de los operadores privados a las infraestructuras no puede haber competencia<sup>438</sup>.

Por regla general, las distintas infraestructuras en red (aeropuertos, puertos, red ferroviaria, red eléctrica, instalaciones gasísticas, red de telecomunicaciones, etc.) son espacios con una capacidad limitada, difícilmente duplicables por razones principalmente económicas, urbanísticas y medioambientales, por lo que suele haber una única red en cada sector. En el caso particular de las infraestructuras de transporte (ferroviarias, aeroportuarias y portuarias), se trata de monopolios públicos gestionados por ADIF, AENA y

---

<sup>437</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, op. cit., pp. 69-79. Del mismo autor, véase también *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, op. cit., pp. 197-212.

<sup>438</sup> Véase en este sentido a Cano Campos, T., "El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención", en VVAA (coordinador T. Cano Campos), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VIII, *Los sectores regulados*, volumen I, Iustel, Madrid, 2009, pp. 13-49.

las Autoridades Portuarias a los que los operadores privados deben solicitar el acceso a las mismas para poder operar.

En estas circunstancias, para que pueda haber competencia es imprescindible que las redes se compartan por los distintos usuarios. Ello exige tener que regular cómo se vehicula el acceso de los operadores privados a las mismas, no sólo para que puedan realizar las actividades liberalizadas en régimen de libre competencia, sino también para garantizar que aquellos servicios que se consideren esenciales para los ciudadanos se van a prestar en condiciones de igualdad, continuidad y regularidad.

La regulación del derecho de acceso a las infraestructuras, en definitiva, actúa como un requisito imprescindible para que pueda haber competencia y también como una garantía de las prestaciones esenciales para los ciudadanos. Si existe capacidad, debe garantizarse el acceso a terceros, aunque la infraestructura sea de titularidad privada. Es, en palabras de Fernández García<sup>439</sup>, la clave de bóveda en la regulación de los servicios esenciales económicos en red, pues si el acceso a las infraestructuras no está garantizado, se impide que los operadores privados puedan desarrollar sus actividades.

Visto en estos términos, la regulación económica puede actuar como un título de intervención administrativa alternativo al dominio público que ordene el uso de las distintas infraestructuras por los operadores privados. En particular, su cometido debe incluir distintas facetas: debe precisarse cuál es la capacidad de infraestructura disponible; deben establecerse unas condiciones de acceso y utilización que sean objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias; y debe procurarse una gestión técnica e independiente. Se trata, en definitiva, de que una vez definida la capacidad de infraestructura disponible para los operadores privados, su funcionamiento sea neutral como garantía de la competencia.

---

<sup>439</sup> Fernández García, M.Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op. cit., pp.461-462.

De hecho, la regulación económica como título de intervención de las infraestructuras ya existe en algunos sectores. Infraestructuras en red como la eléctrica, la gasística o las telecomunicaciones se rigen por este modelo, y en algunos países también se aplica a las infraestructuras de transporte.

Ello comporta la necesidad de tener que aprobar un estatuto jurídico de las redes para establecer las condiciones de acceso<sup>440</sup>. Sin embargo, este estatuto jurídico puede concretarse por distintas vías, según ha destacado Montero Pascual<sup>441</sup>. Puede, en primer lugar, determinarse con carácter general en una norma legal, pero también se puede atribuir su concreción a una Administración independiente a través de la aprobación de normas reglamentarias o incluso mediante actos administrativos en los que se describa la capacidad de la red y las condiciones de acceso de terceros. Un ejemplo de ello sería la *Declaración sobre la red* prevista en la legislación ferroviaria.

El estatuto jurídico de las redes o los demás mecanismos citados deben regular principalmente quién tiene derecho de acceso; los puntos de acceso y las condiciones técnicas para ello; el acceso a determinados servicios imprescindibles para poder acceder a las infraestructuras y operar sobre ellas; las limitaciones y las causas objetivas de denegación del acceso; el procedimiento a seguir para adjudicar la capacidad disponible, que debe ser ágil, transparente y no discriminatorio; el procedimiento y requisitos para la fijación de los precios de acceso; y un mecanismo de resolución de conflictos a cargo de una autoridad independiente y profesionalizada, que también debe ser ágil.

No obstante, el acceso a las infraestructuras también se puede articular mediante un procedimiento negociado entre los interesados, con intervención posterior subsidiaria de la Administración independiente para resolver los conflictos que surjan.

---

<sup>440</sup> Véase en este sentido a Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit., pp. 615-620.

<sup>441</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, op. cit., pp. 177-182.

## 6. Las Administraciones independientes

El modelo de regulación económica requiere la implantación de una Administración independiente especializada en cada sector regulado, a imagen y semejanza de las *independent regulatory agencies* norteamericanas, como garantía de la aplicación y la supervisión de la regulación. Afirman en este sentido Ariño Ortiz<sup>442</sup> y Muñoz Machado<sup>443</sup> que para que la regulación pueda cumplir sus funciones, es condición indispensable el establecimiento de un nuevo tipo de autoridad reguladora especializada, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar el buen funcionamiento del mercado en los sectores privatizados y hacer un seguimiento continuo de la evolución económica de estos sectores.

Los principales cometidos de estas Administraciones independientes deben ser la garantía de la competencia, la supervisión del cumplimiento de las normas regulatorias por parte de los operadores privados y, en particular, de las obligaciones jurídicas que se les impongan, la garantía del acceso a las infraestructuras y la resolución de conflictos que puedan surgir.

Por ello, las dos notas que más caracterizan a estas Administraciones independientes son su especialización y su independencia.

Se trata, en primer lugar, de organismos especializados, dada la complejidad técnica y económica de cada uno de los sectores regulados. Ello exige que la selección de sus miembros no se haga con criterios políticos, sino atendiendo a su preparación y su capacidad para que sean expertos en la materia.

Por otro lado, las Administraciones independientes deben gozar de autonomía respecto del Gobierno, las demás Administraciones Públicas y los operadores

---

<sup>442</sup> Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, op. cit, p. 642.

<sup>443</sup> Muñoz Machado, S., *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, op. cit., p. 147.

privados. En este sentido, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>444</sup> (art. 109) prevé que “actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial”. Ello puede generar dudas de legitimidad democrática y constitucional de estas Administraciones independientes. Aunque no se va a profundizar en la cuestión, el reconocimiento de independencia ha generado un debate en la doctrina sobre su legitimidad, ya que siendo el Gobierno quien tiene la dirección de la función ejecutiva (art. 97 CE) y la responsabilidad de su ejercicio, se considera que ello se difumina cuando se actúa mediante Administraciones independientes<sup>445</sup>. Sin embargo, como acertadamente apunta Muñoz Machado<sup>446</sup>, la legitimidad democrática de estas Administraciones independientes se apoya, por un lado, en su creación por decisión del legislador, que acota su campo de actividad y delimita sus funciones, y por el otro, en el procedimiento establecido para su actuación, caracterizado por las notas de transparencia y participación de los interesados. Ello supone el deber de motivar detalladamente las decisiones que se adopten y la exigencia de tener que explicar de forma clara los objetivos perseguidos, así como la garantía de participación de los interesados en los procedimientos de toma de decisiones. En cualquier caso, debe significarse que la independencia de estas Administraciones es la garantía de que su actuación va a ser exclusivamente técnica y neutral.

Las Administraciones independientes aparecieron en Europa en la Alemania de postguerra por influencia americana para intervenir en la política monetaria y en la defensa de la competencia (*Bundesbank* y *Bundeskartellamt*, 1958), y posteriormente se generalizaron con las políticas liberalizadoras de las industrias en red impulsadas por las autoridades europeas a finales de los ochenta del siglo pasado<sup>447</sup>.

---

<sup>444</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre (BOE de 2 de octubre de 2015).

<sup>445</sup> Véase en este sentido a Laguna de Paz, J.C., “*La regulación del mercado. Lecciones para alumnos díscolos*”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, pp. 1179-1196.

<sup>446</sup> Muñoz Machado, S., “*Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*”, *op. cit.*, pp. 143-151.

<sup>447</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, *op. cit.*, pp. 53-54.

En España, cuando por el impulso europeo se acometió la liberalización de distintos sectores, se crearon autoridades de regulación especializada en cada industria, como son la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Sin embargo, la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, supuso la creación de la CNMC, por lo que se concentraron los distintos reguladores en uno sólo, además de asignarle las atribuciones en materia de defensa de la competencia que tenía hasta ese momento la Comisión Nacional de la Competencia.

En el caso concreto de las infraestructuras de transporte, sólo en los sectores ferroviario y aeroportuario se han creado autoridades de regulación. No es así en el caso de los puertos. Según Montero Pascual<sup>448</sup>, la creación de estas autoridades independientes de regulación obedece al hecho de que la Administración General del Estado mantiene la gestión de determinados servicios que son objeto de regulación, y cita como ejemplo el transporte ferroviario a través de RENFE-Operadora y la gestión de las redes en el caso de AENA y ADIF. Se pretende así que aquella autoridad que, de modo independiente, con criterios técnicos y de manera neutral, vaya a supervisar la actividad de los operadores privados sujetos a regulación y al mismo tiempo dirimir en los conflictos que se planteen, no sea a la vez autoridad de regulación y sujeto regulado que interviene en el mercado con los demás operadores.

En el sector aeroportuario, para dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva sobre tasas aeroportuarias<sup>449</sup> de crear una autoridad de supervisión independiente de las compañías aéreas y del administrador de las

---

<sup>448</sup> Montero Pascual, J.J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, op. cit., pp. 44-45.

<sup>449</sup> Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias (DOUE de 14 de marzo de 2009).

infraestructuras aeroportuarias, la Ley 1/2011, de 4 de marzo<sup>450</sup>, modificó la Ley de Seguridad Aérea<sup>451</sup> y previó que el Ministerio de Fomento designaría una Autoridad Estatal de Supervisión, si bien se le atribuyó la naturaleza de órgano dependiente del Ministerio. Luego el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto<sup>452</sup>, creó la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) para substituir a la Autoridad Estatal de Supervisión, atribuyéndole la naturaleza de organismo público de los previstos en el título I, capítulo II, de la Ley de Economía Sostenible, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y con plena independencia en el cumplimiento de sus fines, aunque no se llegó a constituir<sup>453</sup>. Finalmente, la Ley 3/2013, de 4 de junio, creó la CNMC, que pasó a ocupar el lugar de la CREA. La CNMC se creó como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y se previó que debía estar dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actuar, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. No obstante, de forma transitoria y hasta la puesta en funcionamiento de la CNMC, se previó (disposición adicional decimosexta) que de forma temporal las funciones de supervisión de la CREA las ejercería el Comité de Regulación Ferroviaria, que pasó a denominarse Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria, previéndose que debía actuar con independencia funcional plena y ejercer sus funciones de modo imparcial y transparente.

En el caso del sector ferroviario, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario<sup>454</sup>, creó el Comité de Regulación Ferroviaria como órgano

---

<sup>450</sup> 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 (BOE de 5 de marzo de 2011).

<sup>451</sup> Ley 21/2003, de 7 de julio (BOE de 8 de julio de 2003).

<sup>452</sup> Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena (BOE de 30 de agosto de 2011).

<sup>453</sup> En 2012 el Consejo de Ministros paralizó la gestión de los aeropuertos de Barcelona-El Prat y Madrid-Barajas mediante sociedades concesionarias, así como la constitución de la CREA.

<sup>454</sup> BOE de 18 de noviembre de 2003.

colegiado integrado en el Ministerio de Fomento, sin personalidad jurídica propia y sin la naturaleza de Administración independiente. No obstante, según se ha apuntado, durante el periodo transitorio anterior a la puesta en marcha de la CNMC, que vino a sustituirlo, pasó a denominarse Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria y se dispuso que debía actuar con independencia funcional plena y ejercer sus funciones de modo imparcial y transparente.

En cuanto al sector portuario, Puertos del Estado no se ha configurado como una Administración independiente, sino como un organismo público adscrito al Ministerio de Fomento. Ciertamente es que la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante<sup>455</sup> encomienda a Puertos del Estado ciertas funciones de carácter regulador, y en este sentido, puede citarse la competencia para regular los servicios prestados por la Autoridad Portuaria en los casos de ausencia o insuficiencia de iniciativa privada (art. 109.3) o la potestad de aprobar las tarifas máximas de estos servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias (art. 125.1.d), con el fin de evitar que se confundan en dichas Autoridades Portuarias la prestación de servicios portuarios y la facultad de regularlos. Pero, a pesar de ello, no se configura Puertos del Estado como una Administración independiente.

La creación de la CNMC supuso que un único organismo público aglutinase a todas las Administraciones independientes existentes hasta ese momento en las distintas industrias en red liberalizadas. Según relata la exposición de motivos de su Ley de creación, la CNMC pretende ser un organismo que, con criterios de neutralidad y especialización técnica, garantice el funcionamiento eficiente de los mercados y la existencia de una competencia efectiva, todo ello con el fin de disponer de unos servicios de calidad en beneficio de los ciudadanos.

Para conseguir este cometido, la Ley 3/2013 garantiza la independencia de la CNMC mediante distintas previsiones, como son el reconocimiento de su

---

<sup>455</sup> Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 20 de octubre de 2011).



personalidad jurídica propia, la plena capacidad pública y privada para actuar, la autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno y demás Administraciones Públicas y operadores privados, el patrimonio propio y el régimen de garantías en el nombramiento de sus órganos y en las causas de cese.

En cuanto a sus funciones, y dejando de lado las de promover y preservar una competencia efectiva para centrarnos en la actividad de regulación económica, éstas son las de supervisión y control de los mercados y la resolución de conflictos. Debe destacarse que en la Ley 3/2013 no se hizo el esfuerzo por establecer una regulación uniforme para todos los sectores, sino que se mantuvo una regulación singular de las funciones de la CNMC en cada sector.

Finalmente, para el ejercicio de estas funciones, en la Ley 3/2013 se reconocen a la CNMC distintas potestades, como son la potestad normativa, la potestad de resolución de conflictos, la potestad de adoptar actos administrativos (imposición de obligaciones jurídicas a los operadores privados, regulación de precios, entre otros) y la potestad sancionadora.

## **II. El difícil encaje de las actividades de transporte liberalizadas con las infraestructuras de dominio público**

### **1. Planteamiento de la cuestión**

Según se vio en el capítulo anterior, la configuración histórica de las infraestructuras de transporte evolucionó de un modelo en el que el Estado se limitaba a garantizar su uso por parte de todos (caso de los puertos) a otro modelo caracterizado por una intervención cada vez mayor del Estado en su construcción y explotación, que culminó con la nacionalización a mediados del siglo XX de los bienes y actividades de transporte y la prestación de servicios por parte del Estado en régimen de monopolio (todo el transporte ferroviario, el transporte aéreo interior y el transporte marítimo de cabotaje).

Así, frente a un Derecho romano que se limitó a garantizar el uso público y gratuito de los puertos mediante la atribución de las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, la inclusión de todas las infraestructuras de transporte dentro del dominio público atribuyó al Estado un título de intervención que le permitía incidir no sólo en el uso de los bienes, sino también en las actividades que sobre ellos se realizaban. En este sentido, Esteve Pardo<sup>456</sup> apunta que durante el siglo XIX el dominio público fue un título en manos del Estado que le permitió intervenir sobre determinadas actividades reservadas al sector público.

Bajo este modelo de transportes que se empezó a configurar en el siglo XIX y que culminó a mediados del siglo XX, confluían tres títulos de intervención: el Estado prestaba servicios de transporte en régimen de monopolio (servicios públicos), y para ello se valía de unos bienes de su titularidad (dominio público) que previamente había construido (obras públicas). La *publicatio* de los bienes y actividades era, en definitiva, el mecanismo mediante el cual el Estado se reservaba el monopolio sobre el transporte. Se trataba, por ello, de un modelo en el que el Estado ostentaba la titularidad de las infraestructuras y las actividades de transporte.

El dominio público cumplía en este modelo una función meramente protectora para preservar la integridad de los bienes y su vinculación a las actividades de transporte. Asimismo, permitía al Estado ordenar los usos admitidos sobre estos bienes. Ello se conseguía sustrayendo estos bienes del tráfico jurídico-privado mediante la configuración de un régimen jurídico exorbitante caracterizado por las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, cuya finalidad era la protección del dominio público y la regulación de su utilización y aprovechamiento (STC 227/1988, FJ 18).

Este panorama cambió por completo cuando a finales del siglo XX las autoridades comunitarias impulsaron la liberalización de las actividades de transporte, con lo cual se abandonó el modelo de servicios públicos prestados

---

<sup>456</sup> Esteve Pardo, J., “*Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1991 (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/1989)*”, en REDA, nº 74, 1992, pp. 257-265.

en régimen de monopolio y se dio entrada a un modelo de actividades privadas de transporte y de prestación de servicios en régimen de libre competencia. Sin embargo, el impulso comunitario no alcanzó a las infraestructuras que sirven de soporte a las actividades de transporte, pues en todo lo que se refiere al régimen jurídico de los bienes (titularidad pública o privada), los tratados comunitarios han adoptado desde sus inicios una posición de neutralidad<sup>457</sup>. Ello motivó que en España se separasen las actividades de gestión de las infraestructuras, por un lado, y las actividades liberalizadas de transporte, por el otro, optándose en el primer caso por mantener la titularidad pública de los bienes.

A pesar de lo anterior, las actividades de transporte liberalizadas continuaron precisando para su prestación el uso de dichas infraestructuras, que son bienes de paso obligado difícilmente duplicables (cuellos de botella).

Esta evolución histórica ha modificado la concepción que se tiene de las infraestructuras de transporte. En el pasado el Estado ostentaba un monopolio sobre los bienes y las actividades y por ello las infraestructuras se concebían tan sólo como bienes que servían de soporte para la prestación de actividades de transporte, limitándose el Estado a ordenar su uso y explotación y a preservar su destino e integridad. Pero una vez abiertas las actividades de transporte a la libre competencia, que se separan de la gestión de las infraestructuras, el titular de las mismas asume un importante papel de oferta de bienes e instalaciones y de prestación de servicios a los operadores privados de transporte, por lo que su concepción no puede limitarse a la de simples lugares de paso obligado. Hoy en día las infraestructuras de transporte actúan como verdaderas empresas, dado que realizan una actividad económica consistente en ofrecer sus bienes e instalaciones a quienes realizan actividades de transporte o quieren prestar servicios, e incluso prestan directamente algunos servicios a los operadores de transporte y demás usuarios de las infraestructuras, obteniendo de dicha actividad una rentabilidad.

---

<sup>457</sup> El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (Tratado de Roma) ya declaraba (art. 222) que no se prejuzgaba en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros. La misma previsión se mantiene actualmente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 345).

Se trata, sin lugar a dudas, de una actividad empresarial y de explotación económica, en la que existe un margen de negocio y de obtención de beneficios, en la que resulta decisiva la eficiente gestión y la explotación de los recursos<sup>458</sup>. De este modo, aplicando la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las infraestructuras de transporte encajarían perfectamente en los conceptos de empresa y actividad económica.

En esta tesitura, el papel del Estado ha evolucionado: frente a un modelo en el que prestaba –directa o indirectamente– determinados servicios públicos de transporte sobre unos bienes de dominio público (*publicatio* de bienes y actividades), se ha abierto paso un nuevo modelo de intervención en el que el Estado se limita a garantizar, a través de técnicas de regulación económica, la prestación de las actividades de transporte en régimen de libre competencia (*despublicatio* de actividades), pero manteniendo el carácter demanial de las infraestructuras. En este nuevo marco, resulta de una gran trascendencia la garantía del derecho de acceso a las infraestructuras a un precio razonable para todos aquellos que deseen realizar actividades de transporte en régimen de libre competencia.

Se trata, en definitiva, de un nuevo modelo en el que, persistiendo el interés general sobre las actividades de transporte ahora prestadas libremente, el Estado interviene en un doble sentido: por un lado, por lo que se refiere a las actividades de transporte, las regula mediante distintas técnicas (servicio universal, obligaciones de servicio público, regulación de tarifas, etc.) en beneficio de todos los usuarios del transporte; por el otro, en cuanto a las infraestructuras, garantiza el derecho de acceso a las mismas a los operadores de transporte con el fin de que puedan realizar libremente sus actividades, así como el derecho de acceso de dichos operadores a los servicios de asistencia que se prestan en las infraestructuras, imprescindibles para que los transportistas puedan operar.

---

<sup>458</sup> Esteve Pardo, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio Público y explotación comercial*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p. 93.

Así pues, la realidad actual de las infraestructuras de transporte viene delimitada por dos circunstancias: por un lado, se ha asumido un modelo de libre prestación de actividades de transporte; por el otro, dichas infraestructuras se conciben como empresas que realizan una actividad económica consistente en la oferta de bienes y servicios a los operadores de transporte y demás usuarios.

Ante este nuevo paradigma, cabe preguntarse si está justificado el mantenimiento del carácter demanial de las infraestructuras de transporte como título de intervención del Estado. Se trata de dilucidar si para ordenar el uso y aprovechamiento de las infraestructuras de transporte, y en particular para garantizar el derecho de acceso a las mismas a los operadores privados, el Estado debe continuar valiéndose de la técnica demanial, con lo que ello implica (obtención de autorizaciones o concesiones para el uso de los bienes, aplicación del régimen de prestaciones patrimoniales de carácter público, límites a la entrada de capital privado para financiar las infraestructuras), o si, por el contrario, es posible substituir este título de intervención por otro, como sería el de regulación económica, más acorde con un entorno liberalizado, o incluso si es posible revisar las notas que caracterizan el dominio público y la conceptualización de esta figura histórica cuando se está ante infraestructuras de transporte, susceptibles de ser explotadas económicamente.

Tres son, en definitiva, las posibilidades que se vislumbran para garantizar el derecho de acceso de los operadores privados a las infraestructuras de transporte, a fin que de que puedan realizar sus actividades.

La primera posibilidad pasaría por mantener el carácter demanial de los bienes (situación actual, salvo en el caso de los aeropuertos) para que sea el Estado, como titular de los bienes, el que gestione el derecho de acceso y los demás usos y aprovechamientos. De este modo, el Estado, mediante este título de intervención, asegura el destino público de las infraestructuras, planifica los usos, otorga concesiones y autorizaciones y, a través de un procedimiento *ad hoc*, reparte las franjas horarias o surcos (capacidad de infraestructura) entre los operadores privados.

La segunda posibilidad pasaría también por mantener el carácter demanial de las infraestructuras de transporte, pero estableciendo un estatuto jurídico propio en el que se modulasen las notas características del dominio público. Se trataría de adaptar el régimen jurídico de las infraestructuras de dominio público sobre las que se prestan actividades de transporte en régimen de libre competencia, más acorde con el carácter empresarial que actualmente ostentan.

Finalmente, una tercera posibilidad pasaría por la despublificación de las infraestructuras de transporte, sujetándolas como alternativa a regulación económica.

El análisis de estas alternativas debe partir de las dos características que actualmente reúnen las infraestructuras de transporte: su carácter de bienes esenciales para la competencia y su concepción como empresas que realizan una actividad económica.

Las infraestructuras de transporte son bienes esenciales para la competencia, dado que son lugares de paso obligado para que los operadores privados puedan realizar sus actividades de transporte. Sin embargo, este carácter esencial también está presente en las mismas infraestructuras existentes en países de nuestro entorno que no conocen la figura del dominio público. Incluso entre nosotros existen infraestructuras esenciales para la competencia que actualmente no son bienes demaniales, como es el caso de las redes eléctricas o de telecomunicaciones.

Asimismo, las infraestructuras de transporte son bienes que pueden ser explotados económicamente y ello casa mal con la figura del dominio público, caracterizado por su extracomercialidad. En un entorno de liberalización de las actividades de transporte y con unas infraestructuras que actúan como empresas, ofreciendo bienes y servicios a los distintos usuarios, se requiere un modelo más flexible que el dominio público.

Existen, en definitiva, poderosas razones para cuestionar el encaje de las actividades de transporte liberalizadas con unas infraestructuras calificadas de dominio público. Como apuntan Ariño Ortiz y Villar Ezcurra<sup>459</sup> en relación con los puertos y los aeropuertos –aunque el mismo criterio también vale para las infraestructuras ferroviarias–, *“No existe razón alguna para mantener en la categoría demanial las infraestructuras portuarias o aeroportuarias, actualmente explotadas por Entidades Públicas Empresariales (Puertos del Estado y AENA). Un puerto o un aeropuerto de titularidad privada no es algo sustancialmente diferente a una red privada de telecomunicaciones, de energía eléctrica o de gas, y pueden ser regulados de forma similar (mediante la imposición de obligaciones de servicio público y de servicio universal) en beneficio de los propios ciudadanos”*.

Y es que, si de lo que se trata es de favorecer la explotación económica de las infraestructuras de transporte y garantizar el libre acceso a las mismas a todos aquellos operadores privados que quieran realizar actividades de transporte en régimen de libre competencia, nada impide desde el punto de vista teórico que el actual título de intervención del Estado sobre estos bienes (el dominio público) sea substituido por otro título menos gravoso que persiga la misma finalidad y, en particular, no hay obstáculo alguno para que las infraestructuras de transporte sean despublificadas y se sujeten a regulación económica para garantizar el interés general. Como decían los citados Ariño Ortiz y Villar Ezcurra, una vez se ha despublificado la actividad, desaparece la causa por la que los bienes deben mantenerse como demaniales. Si las actividades de transporte ya no son servicios públicos, no está justificado que las infraestructuras de transporte sean bienes de dominio público por su afectación a un servicio público. De hecho, este es el paso que ya se ha dado en el caso de las infraestructuras aeroportuarias, según se verá en líneas posteriores: ni los servicios de transporte aéreo ni los servicios de asistencia en tierra a los operadores de transporte son actualmente servicios públicos, ni los bienes aeroportuarios son bienes de dominio público.

---

<sup>459</sup> Ariño Ortiz, G. y Villar Ezcurra, J.L., *“Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio”*, op. cit.

La nueva realidad de las infraestructuras de transporte ha sido escasamente estudiada por la doctrina –con algunas excepciones–, que se ha centrado en la liberalización de las actividades de transporte. Por ello, es necesario abordar la incidencia del Derecho de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el dominio público y cómo afecta todo ello a su conceptualización, y en particular, cómo incide en las infraestructuras de transporte.

## **2. Características de las infraestructuras de transporte en un entorno de libre competencia**

### **2.1 La consideración de las infraestructuras de transporte como bienes esenciales para la competencia**

Los puertos, las infraestructuras ferroviarias y los aeropuertos comparten determinadas características, como son su capacidad limitada, el hecho de ser lugares de paso obligado (cuellos de botella) y la dificultad de duplicar estas infraestructuras.

Se trata, en primer lugar, de unas infraestructuras que tienen una capacidad limitada. El acceso de barcos, trenes y aviones a los puertos, las infraestructuras ferroviarias y los aeropuertos resulta limitado por la propia capacidad de cada infraestructura. El punto de atraque en un puerto, la vía de ferrocarril y su paso por una estación y el aterrizaje o despegue por una pista del aeropuerto sólo admiten un único uso durante una determinada franja horaria. A ello debe añadirse que determinadas franjas horarias son más apetecibles que otras desde el punto de vista comercial para las empresas operadoras de transporte, lo que suele generar problemas de congestión en dichas franjas. Se trata, en definitiva, de unas instalaciones que, por sus limitaciones físicas, sólo admiten un determinado volumen de tráfico que, además, suele concentrarse en determinadas horas.



Son también, en segundo lugar, lugares de paso obligado para todos aquellos que quieran realizar actividades de transporte. Los barcos, los trenes y los aviones necesariamente deben pasar por las terminales portuarias, por las vías ferroviarias y estaciones de pasajeros o terminales de carga y por los aeropuertos para poder realizar sus actividades de transporte. Y no se trata tan sólo de un paso físico de barcos, trenes y aviones por las respectivas infraestructuras, sino también del acceso a determinados servicios imprescindibles para poder desarrollar las actividades de transporte. No es posible, en este sentido, realizar el transporte aéreo si no se recibe, por ejemplo, el servicio de *handling* o el suministro de carburante, ni el transporte marítimo sin acceder a los servicios de estiba y desestiba o embarque y desembarque, o el transporte ferroviario sin acceso al servicio de señalización o al servicio de electrificación. Se suele decir, en este sentido, que las infraestructuras de transporte actúan como cuellos de botella para las actividades de transporte al ser imprescindible tanto su paso por dichas infraestructuras como el acceso a determinados servicios.

Se trata, finalmente, de unas infraestructuras difícilmente duplicables por impedirlo distintas razones, generalmente económicas, ambientales y urbanísticas. No es factible que cada operador de transporte construya su propia red portuaria, ferroviaria o aeroportuaria, sino que existe una única red que debe compartirse entre los distintos operadores de transporte. Es por ello que estas infraestructuras suelen considerarse monopolios naturales.

Todo ello permite afirmar que las infraestructuras de transporte son instalaciones esenciales para la competencia, dado que el acceso a las mismas es imprescindible para que los operadores de transporte puedan competir en la prestación de servicios, y al mismo tiempo éstos no tienen alternativa donde escoger. Sin la garantía de acceso a las infraestructuras de transporte no hay competencia posible.

Esta necesidad de garantizar el acceso a unas instalaciones que se consideran esenciales para la competencia supone trasladar a este ámbito la doctrina de

las *essential facilities* y muy especialmente la doctrina de los *common carriers*, a las que anteriormente se hacía referencia.

La doctrina de las *essential facilities*, que se plasmó por primera vez en el ámbito de los transportes en una Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 1912 (*United States v. Terminal Rail Road Association of St. Louis*)<sup>460</sup>, surge en el marco de la Sherman Act de 1890 y es la regla fundamental del Derecho de la competencia norteamericano, según apunta Villar Rojas<sup>461</sup>. Esta doctrina pretende evitar que, en sectores abiertos a la libre competencia, un monopolista que controle un bien o instalación indispensable para realizar una actividad económica, difícilmente duplicable, impida a otro competidor el uso de dicho bien o instalación o le imponga condiciones irrazonables o discriminatorias sin que existan razones técnicas o empresariales que lo justifiquen.

Lo mismo ocurre con la doctrina de los *common carriers*, que en el *common law* era una supuesto de intervención pública sobre los servicios de transporte de pasajeros y mercancías al público en general a cambio de un precio, servicios que se sujetaban a regulación por razones de interés general, según destaca Villar Rojas<sup>462</sup>. Para este autor, la doctrina de los *common carriers* también persigue, como en el caso de las *essential facilities*, el objetivo de garantizar el acceso y uso compartido de determinados bienes y recursos de difícil o imposible duplicación e imprescindibles para poder desarrollar actividades económicas privadas en régimen de libre competencia. Sin embargo, la doctrina de los *common carriers* se aplica a actividades

---

<sup>460</sup> Según relata esta Sentencia del Tribunal Supremo americano, varias empresas ferroviarias suscribieron un acuerdo para adquirir las instalaciones y líneas de ferrocarril de acceso a la ciudad de San Louis, lo que supuso que todas las vías de acceso por ferrocarril a la ciudad desde la otra orilla del río quedasen bajo su control. Se trataba de un monopolio natural, dado que las infraestructuras de acceso eran difícilmente duplicables. Al resto de compañías ferroviarias no asociadas se les exigían unas condiciones de uso de las instalaciones y líneas que eran discriminatorias, excesivas e injustificadas, por lo que el Tribunal Supremo ordenó que se permitiese incorporar a la asociación al resto de compañías en igualdad de condiciones y que se les ofreciesen condiciones de uso equitativas y razonables en el precio, la calidad y el servicio. Ver al respecto los comentarios a la Sentencia en la citada obra de Villar Rojas, *Las instituciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico*.

<sup>461</sup> Villar Rojas, F.J., *Las instituciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico*, op. cit., pp. 13-15.

<sup>462</sup> *Ibid*, pp. 38-45.

económicas sujetas a regulación en las que se imponen determinadas cargas a los titulares de bienes e instalaciones esenciales por razones de interés general.

En definitiva, ambas doctrinas, según Villar Rojas<sup>463</sup>, tienen en común el objetivo de “*asegurar el acceso y uso de determinados bienes, recursos o servicios, de difícil o imposible duplicación, imprescindibles para asegurar una actividad económica privada en régimen de libre competencia*”. Pero a pesar de compartir el mismo objetivo, la aplicación de una u otra depende del grado de competencia existente. Si hay una competencia suficiente y rigen las reglas de la libertad de empresa, estaríamos en el campo propio de las *essential facilities*, y en este caso las normas del Derecho de la competencia deben tratar de impedir, con normas prohibitorias, los abusos de posición dominante del titular del bien o instalación esencial y demás conductas contrarias a la libre competencia, sin olvidar, como apunta Montero Pascual<sup>464</sup>, que también el marco regulador puede establecer en estos casos obligaciones positivas (obligaciones *ex ante*) con el fin de proteger la competencia. Por el contrario, si no existe esa competencia suficiente, la doctrina de los *common carriers* permite al legislador establecer un marco regulador que imponga determinadas cargas al titular del bien o instalación esencial en beneficio del interés general.

En este último supuesto encajan las infraestructuras de transporte, porque por regla general no existe una competencia entre puertos, infraestructuras ferroviarias y aeropuertos al tratarse de monopolios naturales. Las infraestructuras de transporte son únicas en cada ámbito territorial, por lo que los operadores privados de transporte no tienen donde elegir en función del precio u otras circunstancias. Por ello, se impone regular el derecho de acceso a estas infraestructuras a un precio razonable para que los operadores privados de transporte puedan realizar sus actividades en régimen de libre competencia.

---

<sup>463</sup> *Ibid*, p. 107.

<sup>464</sup> Montero Pascual, J.J., “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, *op. cit.*, pp. 81-111.

Esta dicotomía que se ha planteado entre las doctrinas de las *essential facilities* y los *common carriers* no deja de ser un reflejo del debate entre la aplicación del Derecho de la competencia y la regulación sectorial a la hora de ocuparse del acceso a las infraestructuras, que ha sido puesto de relieve por Montero Pascual<sup>465</sup>. Para el autor, las normas de defensa de la competencia resultan insuficientes para regular el acceso a las redes en proceso de liberalización. Éstas tratan de impedir, con normas prohibitorias, los abusos de posición dominante, pero no se ocupan de definir las condiciones de acceso, que es una materia de la que se ocupa la regulación sectorial mediante la definición de obligaciones *ex ante*.

En definitiva, al tratarse de unas infraestructuras con una capacidad limitada, no duplicables y de paso obligado, se está ante instalaciones esenciales para la competencia que requieren una intervención del Estado para regular un acceso neutral a las mismas, esto es, un acceso basado en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios con el fin de garantizar la libre prestación de actividades de transporte.

## **2.2 La concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan actividades económicas**

En la idea original del dominio público se incluían todos aquellos bienes de titularidad del Estado que estaban afectados a un uso público, aunque posteriormente se amplió al abarcar también los bienes afectados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional. La inclusión de un bien en el dominio público suponía la aplicación de un régimen jurídico exorbitante caracterizado por las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, con lo que el bien quedaba excluido del tráfico jurídico-privado para preservar su integridad y su afectación a una utilidad pública.

---

<sup>465</sup> Montero Pascual, J.J., "Acceso a la red ferroviaria", en Guillén Caramés, J. (director), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 491-522.

En el caso de las infraestructuras de transporte, su incorporación a la categoría de bienes de dominio público sirvió para que el Estado se dotase de un título de intervención sobre los bienes y actividades que sobre ellos se desarrollaban. El dominio público, como instrumento protector de los bienes públicos y que a la vez sirvió para ordenar su utilización y aprovechamiento, permitió al Estado garantizar el destino público de las infraestructuras y su vinculación permanente a las actividades de transporte y ordenar las actividades que sobre ellas se desarrollaban.

Tras la liberalización de las actividades de transporte acaecida a finales del siglo XX, las infraestructuras que les sirven de soporte no han perdido esa nota característica de ser bienes imprescindibles para que las actividades ahora liberalizadas se puedan realizar. Sin embargo, las infraestructuras de transporte ya no se conciben como simples bienes que hay que proteger para garantizar su uso y destino público. Hoy en día las infraestructuras de transporte actúan como verdaderas empresas que realizan una actividad económica<sup>466</sup> consistente en poner a disposición de los operadores privados que actúan sobre ellas unas instalaciones y prestarles determinados servicios a cambio de un precio.

El dominio público no se ha adaptado a esta evolución conceptual de las infraestructuras de transporte, de la que se ha hecho eco la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emanada a partir de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2000 (asunto T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*), luego confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 2002 (asunto C-82/01 P). El Tribunal, partiendo de su consolidada jurisprudencia sobre los conceptos de empresa y actividad económica dictada en los procedimientos sobre ayudas de Estado, terminó por aplicar estos conceptos a los aeropuertos, y no hay ningún obstáculo teórico para hacer extensiva esta misma jurisprudencia al resto de infraestructuras de transporte.

---

<sup>466</sup> Véase en este sentido a Jiménez de Cisneros Cid, F.J., “A propósito del dominio público portuario”, en Jiménez de Cisneros Cid, F.J. (director), *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, volumen II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 334.

### 2.2.1 Los conceptos de empresa y actividad económica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleva años desarrollando una jurisprudencia en la que se definen los conceptos de empresa y actividad económica a los efectos de verificar si las ayudas concedidas por los Estados miembros son o no incompatibles con el mercado interior<sup>467</sup>.

El concepto de empresa comprende en la jurisprudencia europea *“cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*<sup>468</sup>. Ello supone que las Administraciones Públicas, tanto si actúan bajo formas jurídico-públicas como si lo hacen a través de formas jurídico-privadas, pueden realizar actividades económicas junto a sus clásicas prerrogativas de poder público, y en dicho caso su actuación se incluirá dentro del concepto de empresa.

Por lo que se refiere al concepto de actividad económica, clave para determinar cuándo se está ante una empresa, la jurisprudencia europea la define como *“cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”*<sup>469</sup>. Se trata, como advierte el Tribunal, de todas aquellas actividades de oferta de bienes y servicios que pueden ser perfectamente desarrolladas por entidades sujetas al Derecho privado. Según precisa la

---

<sup>467</sup> A los efectos del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 87 TCE), se considera que una ayuda de Estado es incompatible con el mercado interior cuando se cumplan cuatro requisitos: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe ser capaz de afectar al comercio entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, favoreciendo a determinadas empresas o producciones; y en cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia [Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 15 de diciembre de 2016 (apartado 53) (asunto T-808/14, Reino de España/Comisión)].

<sup>468</sup> Sentencias de 23 de abril de 1991 (asunto C-41/90), 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y 160/91), 16 de noviembre de 1995 (asunto C-244/94), 11 de diciembre de 1997 (asunto C-55/96), 18 de junio de 1998 (asunto C-35/96), 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a 184/98), 12 de diciembre de 2006 (asunto T-155/04), 26 de noviembre de 2015 (asuntos acumulados T-463/13 y 464/13), 15 de diciembre de 2016 (asunto T-808/14), entre otras.

<sup>469</sup> Sentencias de 16 de junio de 1987 (asunto C-118/85), 18 de junio de 1998 (asunto C-35/96), 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a 184/98), 12 de diciembre de 2006 (asunto T-155/04), 15 de diciembre de 2016 (asunto T-808/14), entre otras.

jurisprudencia europea, el carácter económico o no de estas actividades no depende del estatuto jurídico (público o privado) de la entidad que las realiza ni de la rentabilidad económica de dichas actividades<sup>470</sup>, sino que debe verificarse si las actividades realizadas son actividades industriales o comerciales consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado.

En definitiva, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando una Administración Pública realiza una actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, está actuando como una empresa, con independencia de si ello lo hace bajo formas jurídico-públicas o jurídico-privadas.

Por el contrario, la jurisprudencia comunitaria excluye del concepto de empresa las actividades que revistan un carácter público, esto es, aquellas actividades que realicen las autoridades públicas en ejercicio de las prerrogativas del poder público<sup>471</sup>, desprovistas de carácter económico<sup>472</sup>. Sin embargo, debe precisarse que el mero hecho de que una determinada entidad disponga de algunas prerrogativas del poder público y a la vez realice determinadas actividades económicas no impide que se pueda calificar como empresa en lo que se refiere a estas últimas<sup>473</sup>.

Según se tendrá ocasión de ver en las siguientes líneas, estos conceptos de empresa y actividad económica se han aplicado de forma paulatina a las infraestructuras aeroportuarias al tener en cuenta que actúan como empresas que ofrecen el uso de determinados bienes y prestan determinados servicios a

---

<sup>470</sup> Sentencias de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-288/11), 26 de noviembre de 2015 (asuntos acumulados T-463/13 y 464/13), entre otras.

<sup>471</sup> En sus conclusiones en el asunto C-2/74 que finalizó con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1974, el Abogado General definió el concepto de autoridad pública como *“aquella que deriva de la soberanía, del imperium del Estado [que] implica, para quien la ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público, poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos”*.

<sup>472</sup> Sentencias de 14 de octubre de 1976 (LTU 29/76), 14 de julio de 1977 (asuntos acumulados 9/77 y 01/77), 19 de enero de 1994 (asunto 364/92), 16 de diciembre de 2010 (asuntos acumulados T-231/06 y T-237/06), entre otras.

<sup>473</sup> Sentencias de 1 de julio de 2008 (asunto C-49/07), 26 de noviembre de 2015 (asuntos acumulados T-463/13 y 464/13), 15 de diciembre de 2016 (asunto T-808/14), entre otras.

las compañías aéreas y los ciudadanos que las utilizan a cambio de una contraprestación económica.

En el fondo de esta doctrina late, según se advertía, una nueva concepción de las infraestructuras de transporte, en el sentido que hoy en día se perciben no como simples bienes que sirven de soporte para que se puedan realizar las actividades de transporte, sino como verdaderas empresas que realizan una actividad económica, con la particularidad de que al ser bienes de paso obligado y no duplicables, tienen una posición dominante frente a todos aquellos operadores privados de transporte que requieran su uso para realizar sus actividades, lo que obliga a sujetarlas a determinada regulación, especialmente en lo que se refiere al derecho de acceso y el precio a pagar por ello.

### **2.2.2 La inclusión de las infraestructuras de transporte en el concepto de empresa**

Las características actuales de las infraestructuras de transporte, dedicadas a ofrecer bienes y servicios a los operadores privados de transporte, motivó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las incluyese en el concepto de empresa. En particular, fue la Sentencia pronunciada en el asunto *Aéroports de Paris/Comisión*<sup>474</sup> la que abiertamente empezó a calificar las infraestructuras de transporte (en este caso, las aeroportuarias) como empresas, al considerar que realizaban una actividad económica con la oferta de bienes y la prestación de servicios a las compañías aéreas.

Asimismo, en consonancia con esta jurisprudencia, empezaron a aparecer normas y actos dentro de la Unión Europea en los que se consideraba que las infraestructuras de transporte realizan actividades comerciales con las que buscan obtener una determinada rentabilidad económica. Prueba de ello es, en

---

<sup>474</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2000 (asunto T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*), confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 2002 (asunto C-82/01 P).



el ámbito normativo, la Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias<sup>475</sup>, que en su parte expositiva, por un lado, califica de “*actividad comercial*” las tareas principales de los aeropuertos destinadas a hacerse cargo de las aeronaves desde su aterrizaje hasta el despegue, así como de la carga y los pasajeros, y por el otro, advierte que estas actividades comerciales que se materializan ofreciendo a las compañías aéreas el uso de sus instalaciones y prestándoles determinados servicios a cambio de unas tasas aeroportuarias deben procurar que el aeropuerto funcione de manera “*rentable*”<sup>476</sup>. Puede citarse también el *Libro sobre los Puertos y las Infraestructuras Marítimas*<sup>477</sup>, en el que la Comisión Europea calificó los puertos como centros de negocio o empresas. Asimismo, la Decisión de la Comisión de 18 de septiembre de 2013<sup>478</sup> –y la que cita–, consideró que la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz realizaba una actividad económica con la prestación de servicios portuarios, por lo que la infraestructura portuaria debía considerarse una empresa.

Debe significarse que, si bien la jurisprudencia recaída inicialmente se centró en los aeropuertos, el mismo criterio es aplicable a las infraestructuras portuarias y ferroviarias, dado que las mismas también se caracterizan por ofrecer el uso de bienes y prestar determinados servicios a los operadores privados de transporte allí presentes. Prueba de ello, según se verá, es que recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado como doctrina que también los puertos realizan una actividad económica y que, por consiguiente, deben considerarse empresas.

---

<sup>475</sup> DOCE de 14 de marzo de 2009.

<sup>476</sup> No obstante, también hay voces a nivel comunitario que son reacias a concebir los aeropuertos como empresas que realizan una actividad económica que busca obtener una rentabilidad, posicionándose a favor de una concepción como bienes públicos. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de septiembre de 2007 sobre la “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las tasas aeroportuarias*” [COM (2006) 820 final – 2007/0013 (COD)] manifestó que si bien “*Se debería permitir a los aeropuertos el cobro de tasas para que registren unos beneficios razonables que posteriormente reinvertirán en infraestructuras y otros servicios*” (apartado 3.13), también fue concluyente al indicar que “*Los aeropuertos han de considerarse un bien público básico que no tienen por qué ganar dinero y que, en función de las circunstancias, pueden llegar a necesitar ayuda económica* (apartado 1.4).

<sup>477</sup> COM 1997, 678, final, de 10 de diciembre de 1997.

<sup>478</sup> C(2013) 5824 final, Ayuda a la inversión al Puerto de la Bahía de Cádiz [Ayuda estatal SA 36953 (2013/N) – España].

Un análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se han ocupado de esta cuestión permite vislumbrar cómo se ha ido forjando la concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica.

En la década de los noventa del pasado siglo, algunas sentencias empezaron a afirmar que determinados servicios prestados en los puertos europeos eran actividades económicas y, como tales, debían incluirse en el concepto de empresa.

En este sentido, pueden citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991 (asunto C-170/90, *Merci Convenzionali porto di Genova SpA contra Siderurgica Gabrieli SpA*), relativa a los servicios de carga, descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías; la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1994 (asunto C-18/93, *Corsica Ferries Italia SRL contra Corpo dei piloti del porto di Genova*) relativa al servicio de practicaaje; o la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997 (asunto C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl contra Servizi ecologici porto di Genova SpA*), relativa al servicio obligatorio de vigilancia e intervención rápida. Incluso se llegó a considerar en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997 (asunto C-242/95, *GT-LINK*) que una empresa pública que gestionaba un puerto comercial realizaba una actividad económica.

En la citada Sentencia de 18 de marzo de 1997 se planteó la discusión de si una sociedad (*Servizi ecologici porto di Genova SpA*) a la que se le había concedido en exclusiva el servicio obligatorio de vigilancia e intervención rápida destinado a proteger el dominio marítimo del puerto contra la contaminación por vertidos de hidrocarburos ejercía una actividad económica o si dicha actividad se consideraba el ejercicio de una prerrogativa de la autoridad pública<sup>479</sup>. El Tribunal concluyó que la actividad de vigilancia anticontaminación

---

<sup>479</sup> En las Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991 (asunto 179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*) y 17 de mayo de 1994 (asunto C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl/Corpo dei piloti del porto di Genova*) ya estaba implícito que las empresas a las que se les había encomendado la prestación de determinados servicios portuarios estaban realizando una actividad económica, aunque no se llegó a plantear de

realizada en el puerto de Génova constituía una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente, por lo que dicha actividad estaba vinculada al ejercicio de prerrogativas del poder público. No obstante, la Sentencia fue muy relevante porque vino a admitir que los puertos podían realizar actividades económicas junto a las clásicas actividades que suponían el ejercicio de prerrogativas del poder público.

Pero, como se decía, fue la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2000 (asunto T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*), luego confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 2002 (asunto C-82/01 P), la que se pronunció claramente a favor de incluir las infraestructuras de transporte (en este caso, los aeropuertos) dentro del concepto de empresa que realiza una actividad económica.

El caso hacía referencia a un recurso interpuesto por el ente público *Aéroports de Paris* (ADP) –que, de acuerdo con la legislación francesa, explotaba los aeropuertos de Orly y de Roissy - Charles de Gaulle– contra la Decisión 98/513/CE de la Comisión, de 11 de junio de 1998, que en un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) concluyó que APD imponía tasas discriminatorias a los agentes de servicios de mayordomía (*catering*).

El Tribunal desestimó el recurso al considerar que APD ejercía actividades económicas y que, por ello, debía considerarse una empresa que no podía abusar de su posición dominante e imponer cánones comerciales discriminatorios a las empresas que prestan servicios de *catering*.

ADP defendió que se limitaba a administrar bienes de dominio público y que, por consiguiente, ello suponía un ejercicio de prerrogativas de poder público que no podían constituir una actividad empresarial a los efectos del artículo 86

---

manera expresa si dichas actividades constituían una actividad económica o si se debían considerar el ejercicio de una prerrogativa de la autoridad pública.

del TCE. La administración del dominio público –defendió ADP– no tiene el objeto ni la naturaleza de una actividad industrial o comercial, por lo que debía excluirse del concepto de empresa.

Sin embargo, el Tribunal consideró que el hecho de que APD ostentase determinadas prerrogativas de poder público en el ejercicio de algunas de sus actividades no impedía que pudiese actuar como empresa en otras actividades. En particular, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2000 (apartado 109) razonó que *“la circunstancia de que ADP sea un ente público bajo la autoridad del ministro responsable de la aviación civil y de que se encargue de la gestión de instalaciones que pertenecen al dominio público no basta por sí sola para excluir que, en el caso de autos, se le pueda considerar empresa en el sentido del artículo 86 del Tratado”*.

Analizando las actividades de ADP, el Tribunal concluyó que, por un lado, este ente público ostentaba *“funciones de policía”*, y por el otro, ejercía *“actividades de gestión y explotación de los aeropuertos”* que se remuneraban por medio de tasas comerciales, entre las que se incluyen la prestación de servicios de asistencia o de autoasistencia en tierra. Según razonó la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2002 (apartado 78), *“la utilización de instalaciones aeroportuarias por parte de las compañías aéreas y de los distintos agentes de servicios, a cambio del pago de una tasa con un tipo fijado libremente por ADP, constituye una actividad de carácter económico”*, conclusión que, al parecer del Tribunal, no queda desvirtuada por el hecho de que estas actividades de carácter económico se realicen sobre dominio público, pues los servicios de asistencia o autoasistencia en tierra –que se pueden prestar por empresas privadas– no suponen el ejercicio de ninguna misión o prerrogativa de poder público.

Así pues, ambas Sentencias dictadas en el asunto *Aéroports de Paris/Comisión* consideraron que el hecho de que ADP permitiese que en el dominio público aeroportuario se realizasen determinadas actividades económicas, determinaba que estas infraestructuras debían concebirse como una empresa.

La anterior doctrina tuvo su continuidad en el asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Octava) de 17 de diciembre de 2008 (asunto T-196/04, Ryanair Ltd/Comisión).

El caso hacía referencia a la Decisión 2004/393/CE de la Comisión, de 12 de febrero de 2004, relativa a las ventajas otorgadas por la Región Valona (propietaria del aeropuerto de Charleroi) y Brussels South Charleroi Airport (empresa pública controlada por la Región Valona que gestionaba y explotaba el aeropuerto en régimen de concesión) a la compañía aérea Ryanair con ocasión de su instalación en dicho aeropuerto. Las ayudas otorgadas consistieron en una reducción del importe de la tasa de aterrizaje, descuentos en los precios de los servicios de asistencia en tierra y una garantía de compensación en caso de modificación del horario de apertura o del importe de las tasas aeroportuarias.

Al respecto, Ryanair defendió que la Región Valona no había realizado una actividad económica cuando redujo las tasas de aterrizaje o previó una garantía de compensación, sino que su actuación debía concebirse como un ejercicio de prerrogativas de poder público, en particular, un uso de las potestades legislativas y reglamentarias.

La Sentencia, citando el asunto *Aéroports de Paris/Comisión*, concluyó que *“la fijación del importe de los cánones de aterrizaje, y la garantía de compensación conexas, es una actividad que puede considerarse directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, la cual constituye una actividad económica”* (apartado 88), pues *“las tarifas aeroportuarias (...) deben considerarse una remuneración de las prestaciones de servicios”* (apartado 89).

Para el Tribunal, en definitiva, lo realmente relevante para calificar la actividad como económica es que el aeropuerto pone a disposición de las compañías aéreas unas instalaciones a cambio del pago de un canon cuyo importe determina libremente la autoridad, siendo irrelevante que el propietario del aeropuerto sea una autoridad pública y que dichos bienes sean de dominio

público, pues ello no basta para calificar la actividad controvertida como el ejercicio de una prerrogativa del poder público.

En la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011 (asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, Freistaat Sachsen/Land Sajonia - Anhalt/Mitteldeutsche Flughafen AG/Flughafen Leipzig - Halle GmbH/Comisión), confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-288/11 P), se discutió si la ayuda estatal para la construcción de una infraestructura aeroportuaria (la pista sur del aeropuerto regional Leipzig-Halle) era una actividad económica o si, por el contrario, debía calificarse como una actividad propia de la política de transportes o la política económica<sup>480</sup>.

Los recurrentes defendían que esta construcción no se podía considerar una actividad económica porque no existía ninguna perspectiva de rentabilidad de la inversión al resultar imposible repercutirla sobre los usuarios del aeropuerto a través de las tasas aeroportuarias, por lo que su construcción no podía ser asumida por un inversor privado y debía ser asumida por los organismos públicos al tratarse de una función típica del ejercicio del poder público.

Sin embargo, el Tribunal reiteró una vez más que la gestión de las infraestructuras aeroportuarias constituye una actividad económica y por ello deben considerarse empresas, dado que ofrecen bienes y servicios aeroportuarios a cambio de una remuneración (en forma de tasa), con independencia de su rentabilidad. A ello, añadió el Tribunal, no se le podía oponer el hecho de que se trataba de un aeropuerto regional en vez de un internacional. Para el Tribunal, las pistas de aterrizaje y despegue son elementos esenciales para que el organismo que explota el aeropuerto pueda realizar sus actividades económicas, por lo que su construcción o ampliación no se podía disociar de su posterior explotación. Para el Tribunal, la construcción de la pista sur del aeropuerto de Leipzig-Halle revestía

---

<sup>480</sup> Puede verse un comentario extenso de ambas Sentencias en Padrós Reig, C., "Las ayudas estatales a la construcción y explotación del aeropuerto de Leipzig-Halle: ¿Un histrión judicial o la consecuencia natural de la liberalización europea?", en *Revista General del Derecho Europeo*, nº 30, 2013.

ciertamente un interés general, dado que con ello se favorecía el desarrollo general, y por ello la Comisión, en su Decisión 2008/948/CE, de 23 de julio de 2008, admitió que las ayudas concedidas para su construcción eran compatibles con el mercado común, pero no por ello dicha actividad constructora dejaba de considerarse una actividad económica realizada por una empresa. Es más, según afirmó la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de marzo de 2011 (apartado 107), por regla general el aeropuerto debería financiar con sus recursos el coste de las construcciones sobre las que va a desarrollar su actividad económica.

Esta concepción de los aeropuertos como empresas sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha extendido recientemente a los puertos, según se apuntaba, a pesar de su condición demanial<sup>481</sup>. La Sentencia del Tribunal General (Sala Novena) de 15 de marzo de 2018 (asunto T-108/16, Naviera Armas SA/Comisión/Fred Olsen SA), y muy especialmente, las Sentencias del Tribunal General (Sala Sexta) de 30 de abril de 2019 (asunto T-747/17, Union des ports de France-UPF/Comisión) y 20 de septiembre de 2019 (asunto T-696/17, Havenbedrijf Antwerpen NV/Maatschappij van de Brugse Zeehaven NV/Reino de Bélgica/Comisión)<sup>482</sup>, han concluido que los puertos realizan actividades económicas cuando, a cambio de una remuneración, dan acceso a los barcos a sus infraestructuras, les prestan directamente

---

<sup>481</sup> Véase en este sentido a Eguinoa de San Román, R., *“La gestión de las infraestructuras portuarias a la luz de las disposiciones comunitarias sobre puertos”*, en Recuerda Girela, M.A., *Anuario de Derecho Administrativo 2020*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 361-381.

<sup>482</sup> Las Sentencias del Tribunal General de 30 de abril de 2019 y 20 de septiembre de 2019 se enmarcan en una investigación sobre el funcionamiento y fiscalidad de los puertos iniciada por la Comisión Europea en el año 2013. En los casos de Francia y Bélgica la Comisión adoptó sendas Decisiones en julio de 2017 en las que calificaba de ayuda de Estado la exención del impuesto de sociedades aplicada a favor de los puertos. Según informó la Comisión el 8 de enero de 2019 ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_19\\_241](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_241)), la misma investigación se había iniciado en el caso de Italia y España, países a los que la Comisión había invitado a adaptar sus normativas para garantizar que los puertos italianos y españoles, a partir del 1 de enero de 2020, contribuyesen al impuesto de sociedades de la misma forma que las demás empresas. En fecha 15 de noviembre de 2019 la Comisión informó ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_19\\_6292](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_19_6292)) que había abierto una investigación exhaustiva a Italia ante su negativa a modificar la legislación sobre el impuesto de sociedades, y se congratuló del compromiso de España de abolir la exención fiscal en beneficio de los puertos a partir de 2020, por lo que había archivado el procedimiento en el caso de España.

determinados servicios o alquilan sus terrenos, por lo que deben considerarse empresas.

En efecto, en la Sentencia de 15 de marzo de 2018, citando las Sentencias dictadas en los asuntos *Aéroports de Paris/Comisión y Freistaat Sachsen/Land Sajonia - Anhalt/Mitteldeutsche Flughafen AG/Flughafen Leipzig - Halle GmbH/Comisión*, el Tribunal General manifestó (ap. 119) que la actividad consistente en *“gestionar la infraestructura portuaria del Puerto de Las Nieves y ponerla a disposición de una compañía naviera que la utiliza contra el pago de unas tasas portuarias constituye efectivamente una actividad económica”*, y en las Sentencias de 30 de abril de 2019 (ap. 65) y 20 de septiembre de 2019 (ap. 47) reiteró la misma idea al afirmar que *“la explotación comercial y la construcción de infraestructuras portuarias y aeroportuarias con el fin de llevar a cabo tal explotación comercial constituían actividades económicas”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en definitiva, reconoce que en los puertos se pueden realizar actividades económicas y actividades no económicas. Cuando los puertos realizan actividades no económicas, como son el control y la seguridad del tráfico marítimo o la vigilancia para combatir la contaminación, no actúan como empresas, sino que ejercen prerrogativas de poder público. Pero cuando realizan actividades económicas que implican su explotación comercial, como son permitir el acceso al puerto a los barcos, prestarles determinados servicios o poner a disposición de los operadores privados sus terrenos e infraestructuras, todo ello a cambio de una contraprestación económica, sí actúan como empresas. Es muy ilustrativa en este sentido la citada Sentencia de 20 de septiembre de 2019 (ap. 48) que, recogiendo el parecer de la Comisión, cita las siguientes actividades económicas que pueden realizar los puertos: *“En primer término, los puertos brindan un servicio general a sus usuarios (principalmente armadores y, de manera más general, cualquier operador de un barco), al dar a los barcos acceso a la infraestructura portuaria a cambio de una remuneración generalmente denominada «derecho portuario». En segundo término, algunos puertos brindan servicios especiales a los barcos, como el practicaje, la elevación, la manipulación y el amarre, también a cambio de una remuneración. En tercer*



*término, los puertos, a cambio de una remuneración, ponen determinadas infraestructuras o terrenos a disposición de las empresas, que utilizan esos espacios para atender sus propias necesidades o para brindar a los barcos algunos de los servicios especiales mencionados anteriormente. Asimismo, la Comisión precisó en el considerando 45 de la Decisión impugnada que el hecho de que terceras empresas utilizasen determinados terrenos e infraestructuras de los puertos para ofrecer servicios a los armadores o a los barcos no significaba que las actividades de gestión que realizaban las autoridades portuarias, en particular, el alquiler de dichos terrenos e infraestructuras a dichas terceras empresas, no fueran de naturaleza económica”.*

Así pues, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha expuesto se pueden extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, las infraestructuras de transporte se conciben como una empresa porque realizan una actividad económica de explotación de sus bienes e instalaciones, ofreciendo su uso a los operadores privados y prestando determinados servicios, todo ello a cambio de un precio.

En segundo lugar, la concepción de las infraestructuras de transporte como empresa se da incluso si se trata de bienes de dominio público, pues el carácter demanial no impide que sobre estos bienes se realicen actividades económicas.

En tercer lugar, el hecho de que en las infraestructuras de transporte también se ejerciten determinadas prerrogativas de poder público no impide su calificación como empresa respecto de las demás actividades que tengan carácter económico.

Finalmente, a los efectos de calificar una infraestructura de transporte como empresa, es irrelevante el estatuto jurídico (público o privado) de su titular.

### **2.2.3 Las infraestructuras de transporte como empresas que buscan una rentabilidad económica a través de la explotación de los bienes y la prestación de servicios**

Las infraestructuras de transporte, según se ha apuntado, se conciben actualmente como empresas porque realizan una actividad económica consistente en la explotación de sus bienes y la prestación de determinados servicios (de forma directa o indirecta). Los administradores o gestores de los puertos, las infraestructuras ferroviarias y los aeropuertos (Autoridades Portuarias, ADIF y AENA SA) ofrecen a los operadores privados de transporte el uso de sus instalaciones y les prestan determinados servicios con el fin de que puedan realizar sus actividades de transporte de personas y mercancías. Asimismo, prestan servicios a los demás usuarios de esas infraestructuras. Por ello, las infraestructuras de transporte son en realidad verdaderos centros logísticos en los que se canaliza el tráfico de mercancías y pasajeros y se prestan numerosos y variados servicios a los operadores privados de transporte y a los demás usuarios de dichas infraestructuras, a cambio de un precio.

Desde el momento en que los barcos, los aviones o los ferrocarriles llegan o parten de un puerto, un aeropuerto o una estación de ferrocarril, el administrador o gestor de cada infraestructura les ofrece el uso de distintas instalaciones (pistas de aterrizaje, terminales portuarias, andenes de las estaciones de ferrocarril, hangares, zonas de facturación, etc.) para que puedan operar.

Asimismo, estos barcos, aviones y ferrocarriles que usan las infraestructuras de transporte precisan que se les presten diversos servicios sin los cuales la actividad de transporte no es posible, como serían los servicios portuarios (remolque, amarre, desamarre, embarque, desembarque, carga, descarga, estiba, desestiba), los servicios complementarios (suministro de corriente de tracción o combustible, precalentamiento de trenes, carga, descarga) y los servicios auxiliares (acceso a la redes de telecomunicaciones, inspección técnica de material rodante, venta de billetes en estaciones) en las

infraestructuras ferroviarias, o los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos (asistencia a pasajeros, recogida o entrega de equipaje, *catering*), junto con otros servicios de carácter comercial o industrial de muy variada índole (cafeterías, restaurantes, hoteles, tiendas comerciales) presentes en todas estas infraestructuras para todos los usuarios.

Esta variada oferta de instalaciones y servicios supone la realización de una actividad económica con la que el gestor de cada infraestructura busca obtener una rentabilidad. Los aeropuertos, los puertos y las infraestructuras ferroviarias no son, en definitiva, distintos a cualquier otra empresa que, a través de la prestación de determinados servicios o la explotación de sus bienes, busca obtener una rentabilidad económica.

En este sentido, ante la diversidad de servicios que se prestan en los aeropuertos, la CNMC, en su informe *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización* (julio de 2014)<sup>483</sup>, los calificó como “*verdaderas unidades empresariales que ofrecen una diversidad de servicios a diferentes tipos de usuarios*”, conclusiones que son perfectamente extrapolables a los puertos y a las infraestructuras ferroviarias.

Muestra de este carácter empresarial de las infraestructuras de transporte y de la búsqueda de una rentabilidad a través del ejercicio de actividades económicas la tenemos en la legislación portuaria. La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante<sup>484</sup> dispone (art. 3) que lo que define los puertos comerciales es que en ellos se realizan actividades comerciales portuarias, entendiendo como tales las operaciones de estiba, desestiba, carga, descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías, tráfico de pasajeros, avituallamiento y reparación de buques.

En definitiva, las infraestructuras de transporte se caracterizan hoy en día por ser empresas que, con su actividad económica, persiguen obtener una rentabilidad económica. Y ante esta nueva realidad, el régimen jurídico

---

<sup>483</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/e-2014-02>.

<sup>484</sup> Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 2011).

exorbitante del dominio público, que está pensado principalmente para proteger la integridad y el destino público de los bienes mediante su exclusión del tráfico jurídico-privado, no parece ser la mejor opción. Las infraestructuras de transporte son empresas que necesitan operar en el tráfico jurídico-privado para realizar sus actividades económicas en busca de una rentabilidad, y para este cometido el dominio público es más bien un obstáculo. Por ello, la aplicación de un modelo alternativo de regulación económica sobre los bienes, a modo y semejanza de lo que se ha hecho con las actividades de transporte liberalizadas, brindaría al Estado un título de intervención más acorde con el nuevo enfoque y las actuales características de las infraestructuras de transporte.

### **3. La despublificación de las infraestructuras de transporte y su sujeción a regulación económica**

#### **3.1 La privatización de AENA**

En España la aparición del dominio público en el siglo XIX y los procesos de nacionalización en el siglo XX comportaron que todas las infraestructuras de transporte se integrasen en esta categoría de bienes. Este modelo permitió que el Estado fuese el titular de un monopolio en el que no sólo se incluían las infraestructuras, sino también buena parte de las actividades de transporte.

Los puertos, considerados desde el Derecho romano como bienes fuera del comercio de los hombres destinados al uso público de todos los miembros de la comunidad, pasaron a formar parte del dominio público en la legislación portuaria del siglo XIX y así ha llegado hasta nuestros días<sup>485</sup>. También es el

---

<sup>485</sup> En este sentido, el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 2011) califica los puertos de interés general como bienes integrantes del dominio público portuario estatal y establece con detalle la lista de bienes que lo integran (art. 67): los terrenos, obras e instalaciones portuarias fijas de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos; los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante expropiación, así como los que adquieran por compraventa o por cualquier otro título cuando sean debidamente afectados por el Ministro de Fomento; las obras que el Estado o las Autoridades Portuarias realicen sobre dicho dominio; las obras construidas por los titulares de

caso de los bienes ferroviarios, que tras la nacionalización llevada a cabo durante la década de los años cuarenta del siglo XX, se integraron en el dominio público y así perdura en la vigente Ley del sector ferroviario<sup>486</sup>. Y en el caso de los bienes aeroportuarios, si bien el reconocimiento legal explícito de su carácter demanial no llegó hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990<sup>487</sup>, ello ya estaba implícito, en aplicación del artículo 339.2º del Código Civil, en los aeródromos o aeropuertos promovidos, construidos, administrados y explotados (directa o indirectamente) por la iniciativa pública o cuya titularidad el Estado adquirió, dado que se trataba de bienes afectados a la prestación del servicio público de transporte aéreo o a la defensa nacional<sup>488</sup>.

La consideración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público comportó que el uso y aprovechamiento de estos bienes quedase

---

una concesión de dominio público portuario, cuando reviertan a la Autoridad Portuaria; los terrenos, obras e instalaciones fijas de ayudas a la navegación marítima, que se afecten a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias para esta finalidad; y los espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos.

<sup>486</sup> La Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE de 30 de septiembre de 2015) prevé que *“son de dominio público todas las líneas ferroviarias, los terrenos por ellas ocupados y las instalaciones que se encuentren situadas íntegramente en la zona de dominio público”* (art. 27.3), y se concreta (art. 3.1) que son infraestructura ferroviaria *“las estaciones de transporte de viajeros y terminales de transporte de mercancías y la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción”*, remitiéndose para su concreción al anexo IV de la Ley.

<sup>487</sup> Ley 4/1990, de 29 de junio (BOE de 30 de junio de 1990). Su artículo 82 –modificado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2002) y por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2003)– adscribió al ente de derecho público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) los bienes de dominio público aeroportuario que anteriormente habían pertenecido al organismo autónomo estatal Aeropuertos Nacionales. Luego la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996) clarificó (art. 156 y 166) que los bienes de dominio público aeroportuario sujetos a concesión y autorización de AENA lo eran no sólo las construcciones e instalaciones vinculados a las actividades propiamente aeroportuarias (las pistas, las rampas, las terminales, la torre de control, los aparcamientos, etc.), sino también las construcciones e instalaciones complementarias destinadas a actividades de carácter industrial o comercial (centros comerciales, hoteles, centros logísticos, etc.) y los espacios de reserva para garantizar el desarrollo y crecimiento del aeropuerto, espacios todos ellos ubicadas dentro de la zona de servicio de los aeropuertos de interés general.

<sup>488</sup> En aplicación de este criterio, se consideraban bienes demaniales los aeródromos y aeropuertos militares por su afectación a la defensa nacional, los aeródromos y aeropuertos de interés general construidos por el Estado y afectados a la prestación del servicio público de transporte aéreo y los bienes confiscados a CLASSA por la Ley de 23 de septiembre de 1931 y afectados también al transporte aéreo prestado indirectamente primero por LAPE y luego por IBERIA.

sujeto al régimen jurídico previsto para esta categoría de bienes, en particular en lo que se refiere a la necesidad de obtener una concesión o autorización para su ocupación a los efectos de prestar servicios a los operadores de transporte o de realizar sobre ellos actividades comerciales, industriales u otras similares. Por otro lado, el carácter demanial de las infraestructuras de transporte y, por consiguiente, su consideración como monopolio en manos del Estado también comportó la necesidad de una reserva de ley para establecer y revisar las prestaciones patrimoniales de carácter público que se pagaban por su uso (STC 185/1995, FJ 4), según se verá en el capítulo III.

Este panorama empezó a cambiar con la privatización parcial de las infraestructuras aeroportuarias, tendencia que bien podría extenderse a las demás infraestructuras sobre las que se desarrollan actividades de transporte y de prestación de servicios a los transportistas en régimen de libre competencia<sup>489</sup>. Los aeropuertos, los puertos y las infraestructuras ferroviarias son una misma realidad, dado que todos ellos ofrecen unas instalaciones y prestan determinados servicios a los operadores privados de transporte, por lo que sería deseable que tuviesen el mismo trato. Desde el punto de vista jurídico, no existen obstáculos a una despublificación de los puertos o las infraestructuras ferroviarias, es más bien una decisión de carácter político<sup>490</sup>. De hecho, como indica Sánchez Morón<sup>491</sup>, la Constitución no establece límites a la decisión de incorporar unos bienes al dominio público o de mantenerlos como bienes de titularidad privada, con la salvedad de los bienes que prevé que necesariamente deben ser de dominio público, esto es, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental (art. 132 CE).

---

<sup>489</sup> La tendencia a privatizar aeropuertos se está extendiendo por toda la Europa continental, según relata la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su informe *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización* (julio de 2014). Según este informe (pp. 37-38), de los 404 aeropuertos europeos en 2010, 35 eran completamente privados, cifra considerablemente superior a los 12 existentes en 2006 (todos ellos en el Reino Unido). A ello debe añadirse la importante presencia de aeropuertos con presencia mayoritaria de capital privado.

<sup>490</sup> Al respecto, en enero de 2017 el Ministro de Fomento descartó en ese momento privatizar los puertos como se hizo en su día con el ente público empresarial AENA, o incluso incrementar la presencia de capital privado en la actual AENA SA (que es del 49%), según publicaron distintas noticias de prensa del día 9 de enero de 2017 (El País, Cinco Días, El Economista, Público).

<sup>491</sup> Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, op. cit., p. 31.

Posiblemente, la explicación de por qué los aeropuertos fueron los primeros en ser objeto de una despublificación podría deberse al hecho de que en este sector existe un fuerte desarrollo de la competencia en las actividades de transporte y en la prestación de servicios, lo cual favorece esta medida. Pero no puede pasarse por alto que la privatización parcial de AENA, más que por convencimiento, obedeció a la necesidad de reducir el déficit y la deuda pública y a hacer posible que España cumpliera los requisitos de Maastricht. En el caso de los puertos, se dan condiciones parecidas de desarrollo de la competencia en las actividades de transporte y en la prestación de servicios, pero en este sector existe una resistencia a acometer medidas privatizadoras por la tendencia mayoritaria en Europa a mantener los puertos bajo la titularidad y el control estatal por tratarse de un sector muy importante de la economía<sup>492</sup>.

Según se apuntaba, fueron las infraestructuras aeroportuarias las primeras en ser objeto de una despublificación de buena parte de sus bienes, que pasaron a integrarse en el patrimonio de una sociedad mercantil. A partir del momento en que se decide que una sociedad mercantil sujeta al Derecho privado sea la titular de las infraestructuras aeroportuarias, estos bienes ya no pueden ser de dominio público, por la sencilla razón de que una sociedad mercantil no puede ser titular de bienes sujetos a las reglas del Derecho público que permiten el ejercicio de potestades públicas.

Como contrapartida a esta despublificación, los bienes aeroportuarios se sujetaron a un régimen de regulación económica con el fin, por un lado, de preservar su vinculación al transporte aeroportuario y, por el otro, de garantizar que los distintos operadores privados de transporte o aquellos que quieran prestar servicios de asistencia a los transportistas puedan acceder a los mismos para poder realizar sus actividades en régimen de libre competencia.

---

<sup>492</sup> Alonso Soto, R., "La desregulación en el sector portuario: el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia", en *Ekonomiaz*, nº 37, 1997, p. 89.

Esta despublificación de las infraestructuras aeroportuarias tuvo lugar con la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre<sup>493</sup>, que permitió que una parte substancial de estos bienes dejaran de tener naturaleza demanial al disponer (art. 9) que *“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”*. La norma no sólo separó las funciones de gestión aeroportuaria y navegación aérea –hasta ese momento prestadas de forma unitaria por el ente público empresarial AENA–, sino que además puso fin al carácter demanial de los bienes aeroportuarios adscritos a dicho ente –con la excepción de los bienes afectados a los servicios de navegación aérea–, que fueron privatizados e integrados en el patrimonio de la sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA<sup>494</sup> –actualmente AENA SA<sup>495</sup>–, creada para gestionar los aeropuertos españoles.

La despublificación afectó a todos los bienes destinados al desarrollo de actividades aeroportuarias, comerciales u otros servicios estatales vinculados a la gestión aeroportuaria (servicios de aduanas, seguridad, sanidad), incluidos los bienes destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo (art. 9). También los bienes de los aeropuertos gestionados por sociedades filiales o por concesionarios pasaron a integrarse en el patrimonio de AENA Aeropuertos SA, si bien a dichas filiales o concesionarios se les atribuían facultades de administración, promoción, gestión y explotación sobre estos bienes (art. 9). Incluso se previó que de producirse nuevas expropiaciones de bienes para

---

<sup>493</sup> 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 (BOE de 3 de diciembre de 2010).

<sup>494</sup> El Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011 autorizó la creación de AENA Aeropuertos SA, que entró en funcionamiento el 8 de junio de 2011 (Orden FOM/1525/2011, de 7 de junio, BOE de 8 de junio de 2011). Por Acuerdo de 23 de mayo de 2011 del Consejo de Administración del ente público empresarial AENA se autorizó a aportar sus bienes a AENA Aeropuertos SA.

<sup>495</sup> El cambio de denominación se produjo mediante el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014), y luego se reiteró en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre de 2014). Ambas disposiciones (art. 18) también cambiaron la denominación de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) por ENAIRE.



vincularlos a una de las infraestructuras aeroportuarias gestionadas por AENA Aeropuertos SA, dicha mercantil pasaría a tener la condición de beneficiaria de las expropiaciones, integrándose estos bienes expropiados en su patrimonio (art. 8).

Tras esta despublificación, en los bienes de AENA Aeropuertos SA se incluyeron, según detalla De la Serna Bilbao<sup>496</sup>, las zonas de mercancías o de carga (espacios y terminales con destino a recibir, clasificar y entregar las mercancías), las zonas que dan servicios a los pasajeros (terminales, salas de embarque y llegada, vestíbulo, salas de megafonía, dependencias administrativas, salas de equipos informáticos), las zonas de actividades complementarias (zonas de servicios y actividades comerciales, actividades industriales, servicios de restauración y hostelería, actividades de formación, servicio de aeronaves) y las torres de control de aeródromo (dependencias que transmiten información y expiden permisos a las aeronaves bajo su control para que el tránsito aéreo dentro del aeropuerto sea seguro, ordenado y rápido y para prevenir colisiones)<sup>497</sup>.

Sólo los bienes afectados a los servicios de navegación aérea continuaron siendo bienes de dominio público, que se adscribieron al ente público empresarial ENAIRE<sup>498</sup> –sucesor del ente público empresarial AENA–, salvo

---

<sup>496</sup> De la Serna Bilbao, M.N., *“La desafectación del dominio público aeroportuario”*, op. cit., pp. 671-672.

<sup>497</sup> A pesar de que el Real Decreto-ley 13/2010 suprimió el carácter demanial de los bienes destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, lo cierto es que la 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 (BOE de 15 de abril de 2010), designó al ente público empresarial AENA, hoy ENAIRE, para que prestase los servicios de tránsito aéreo de control de área y de control de aproximación, así como los de información de vuelo, de alerta y asesoramiento asociados a los volúmenes de espacio aéreo en los que se prestan tales servicios, si bien previó que el Ministerio de Fomento podía designar, dentro de bloques específicos de espacio aéreo, a proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo debidamente certificados por una Autoridad Nacional de Supervisión de la Unión Europea (art. 1).

<sup>498</sup> ENAIRE, como gestor del control del tránsito aéreo, de la información aeronáutica y de las redes de comunicación, navegación y vigilancia para que las aeronaves vuelen de forma segura dentro del espacio aéreo español, presta los servicios de navegación aérea desde las instalaciones Centro Norte, Este, Canarias, Balear y Sur y para este cometido dispone de 5 centros de control, 22 torres de control, 136 radioayudas que prestan apoyo al guiado en ruta, 50 radioayudas que prestan guiado en los aeropuertos, 49 sistemas de vigilancia en ruta, en las proximidades de los aeropuertos y en la superficie del campo de vuelos, 18 centros de

los bienes destinados al servicio de tránsito aéreo de aeródromo (las torres de control), que también fueron despublicados<sup>499</sup>.

En definitiva, todos los bienes demaniales que estaban adscritos al ente público empresarial AENA para el desarrollo de las actividades aeroportuarias, comerciales o de servicios, incluidos los bienes destinados al servicio de tránsito aéreo de aeródromo, se despublicaron e integraron en el patrimonio de la sociedad mercantil AENA Aeropuertos SA. No obstante, a pesar de haberse despublicado la mayor parte de los bienes aeroportuarios, se mantiene una situación de monopolio público, dado que todos los aeropuertos pertenecen a una única sociedad mercantil sobre la que el Estado mantiene el control al ser el titular de la mayoría de su capital social.

En efecto, el modelo aeroportuario dibujado por el Real Decreto-ley 13/2010 previó que fuese una única sociedad mercantil la titular de todos los aeropuertos españoles, y así continúa en la actualidad. Hasta la fecha se ha descartado la posibilidad de que distintas sociedades sean titulares de uno o más aeropuertos, como ocurre en otros países, lo cual hubiese contribuido a generar una competencia entre ellos. Cierto es que el Real Decreto-ley 13/2010 previó (art. 10) la posibilidad de una gestión individualizada de cada aeropuerto mediante el impropio denominado “*contrato de concesión de servicios aeroportuarios*”<sup>500</sup> o mediante sociedades filiales, pero también lo es que AENA Aeropuertos SA conservaba la titularidad de los bienes aeroportuarios gestionados por sociedades concesionarias o sociedades filiales. A lo anterior debe añadirse que, en el sistema aeroportuario español, igual que ocurre en el

---

comunicaciones para cubrir las comunicaciones Tierra/Tierra y Tierra/Aire y 83 nodos de comunicaciones para la transmisión de datos (información extraída de la web del Ministerio de Fomento).

<sup>499</sup> Asimismo, continúan siendo bienes demaniales las instalaciones militares por su vinculación a la defensa nacional (artículo 339.2 Código Civil).

<sup>500</sup> Así lo manifiestan González-Deleito Domínguez, N. y Araujo Barceló, A., “*La entrada de capital privado en AENA Aeropuertos, S.A.: ¿operación patrimonial o establecimiento de una colaboración público-privada?*”, en Recuerda Girela, M.A. (coordinador), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 543-544. Para estos autores, el “*contrato de concesión de servicios aeroportuarios*” no responde a la idea de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión previsto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, porque ni el objeto de estos contratos es un servicio público, ni la entidad contratante es una Administración Pública. Se trata, por el contrario, de un contrato privado.

sistema portuario, se ha optado por un modelo de solidaridad al prever la existencia de una caja común o caja única para sostener los aeropuertos menos rentables mediante subvenciones cruzadas, lo cual impide la introducción de una competencia entre aeropuertos en materia de precios o calidad de los servicios ofrecidos a las compañías aéreas.

En definitiva, el Real Decreto-ley 13/2010 acometió una despublificación de los aeropuertos para facilitar la entrada de capital privado y reducir el déficit y la deuda pública del Estado, pero al mismo tiempo sentó las bases de un modelo de gestión aeroportuaria centralizado en el que las decisiones que afectan a niveles de gasto, inversiones, servicios comerciales o asignación de espacios en las terminales, entre otros aspectos, se toman de manera centralizada para todos los aeropuertos, circunstancia que impide la existencia de una competencia entre ellos<sup>501</sup>.

Este modelo de gestión centralizado de los aeropuertos que no fomenta la autonomía y la competencia entre ellos ha sido abiertamente cuestionado por la CNMC en su informe *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización* (julio de 2014)<sup>502</sup>, muy crítico con este modelo único a nivel internacional porque, a pesar del número de aeropuertos y de pasajeros que los utilizan, se ha optado por un sistema de gestión centralizado y conjunto en manos de un único gestor que no favorece la competencia entre aeropuertos. En particular, dicho informe cuestiona la imposibilidad de cada aeropuerto de suscribir contratos personalizados con distintas aerolíneas o la imposición de un sistema centralizado de tarifas únicamente diferenciadas por grupos de aeropuertos –y cuyos elementos esenciales deben determinarse por ley al tratarse de prestaciones

---

<sup>501</sup> En este sentido se pronuncia Fernández Torres, I., “*La privatización de AENA a examen. Algunas cuestiones desde la perspectiva del derecho de la competencia*”, en Petit Lavall, M.V. y Puetz, A. (directores), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons y Universitat Jaume I, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2015, p. 925. Según remarca la autora, “*El modelo centralizado impide introducir una auténtica competencia en el sector, lo que sí se hubiese producido si se hubiera optado por una gestión individualizada que permite que sean los aeropuertos quienes fijan el importe de sus precios, las decisiones sobre inversiones, la asignación o coordinación de derechos de aterrizaje y despegue o las negociaciones con las compañías aéreas para atraerles a los aeropuertos*”.

<sup>502</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/e-2014-02>.

patrimoniales de carácter público—, que tiene el único propósito de sostener todos los aeropuertos (los rentables y los menos rentables) a través de un sistema de subvenciones cruzadas, impidiendo así que cada aeropuerto pueda seguir su propia política comercial. Por ello, tras haberse acometido una despublificación de los aeropuertos, la CNMC aboga por flexibilizar la gestión individual de cada uno de ellos (o de grupos de aeropuertos), que se vería especialmente potenciada con la entrada del capital privado en la gestión y en la propiedad. Según la CNMC, sólo permitiendo que cada aeropuerto o grupo de aeropuertos pueda establecer su política de precios, la calidad y la diversidad de servicios que se prestan a las compañías aéreas, la negociación para atraer determinadas compañías aéreas o para optar por unas u otras rutas o la programación de los *slots* permitiría la introducción de competencia en el sector aeroportuario. Esta competencia, según el citado informe de la CNMC, es perfectamente factible y ello redundaría en una mejora de sus resultados en beneficio de usuarios y aerolíneas.

Se puede decir que el Real Decreto-ley 13/2010 emprendió una despublificación de los bienes aeroportuarios para facilitar la gestión privada de los aeropuertos por una sociedad mercantil en la que se quería dar entrada al capital privado, pero al mismo tiempo mantuvo una situación de monopolio público porque el Estado ostenta el control sobre la sociedad mercantil titular de todos los bienes. El capital privado presente en AENA Aeropuertos SA y actualmente en AENA SA representa el 49%, mientras que el Estado, a través del ente público empresarial ENAIRE, tiene el 51% del capital<sup>503</sup>. De este modo, se está ante una sociedad mercantil que no deja de ser un medio propio instrumental de la Administración del Estado<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> Inicialmente todo el capital de AENA Aeropuertos SA correspondía al ente público empresarial AENA, pero el Real Decreto-ley 13/2010 previó que podía ser enajenada una parte de dicho capital para dar entrada al capital privado, siempre que el ente público empresarial conservase la mayoría del capital (art. 7). Tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, el Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014 acordó vender el 49% del capital de AENA Aeropuertos SA y posteriormente, por acuerdo de 11 de julio de 2014, se autorizó a ENAIRE a enajenar hasta el 49% del capital social de AENA SA, manteniendo ENAIRE el control accionarial de AENA SA con el 51% del capital social.

<sup>504</sup> Disposición adicional decimoctava de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre de 2014).

El Estado, en definitiva, mantiene el control de la sociedad mercantil estatal AENA SA<sup>505</sup> y, por consiguiente, de los bienes aeroportuarios. Como apuntan González-Deleito y Araujo Barceló<sup>506</sup>, la presencia mayoritaria del ente público empresarial AENA –hoy ENAIRE– en el capital social de AENA SA le otorga la tutela y el control de las actividades y del cumplimiento de los objetivos de esta sociedad, de acuerdo con la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (arts. 166.2 y 176 a 182).

En la actualidad, la nueva regulación aeroportuaria contenida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia<sup>507</sup>, no ha cambiado mucho el panorama descrito. La ley contiene dos previsiones que confirman que, a pesar de la despublificación parcial de los bienes aeroportuarios y de haberse adoptado formas de gestión privada, el Estado mantiene el control pleno sobre los aeropuertos de interés general gestionados a través de AENA SA: por un lado, se prevé que *“el Estado continúa reservándose la gestión directa de los aeropuertos de interés general”* (art. 17); y por el otro, se impone que el Ministerio de Fomento, a través de la Dirección General de Aviación Civil, realice *“el seguimiento de la gestión aeroportuaria de AENA, SA”*. Ello se traduce en la atribución al Estado, entre otras, de las facultades de regular y supervisar los servicios aeroportuarios esenciales para la ordenación del tránsito y el transporte aéreo, así como de los servicios no estrictamente aeronáuticos que incidan en ellos y que por su volumen se declaren imprescindibles para su buen funcionamiento; elaborar, aprobar y hacer un seguimiento de los Planes Directores; regular, aprobar y supervisar el *Documento de Regulación Aeroportuaria* (DORA); y ejercer la potestad sancionadora.

---

<sup>505</sup> Para que una sociedad mercantil sea considerada estatal, el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas exige que la participación directa del Estado en su capital social sea superior al 50%.

<sup>506</sup> González-Deleito Domínguez, N. y Araujo Barceló, A., *“La entrada de capital privado en AENA Aeropuertos, S.A.: ¿operación patrimonial o establecimiento de una colaboración público-privada?”*, op. cit.

<sup>507</sup> BOE de 17 de octubre de 2014. Con anterioridad se había aprobado con igual contenido el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014), pero luego se optó por tramitar esta normativa como Ley.

En definitiva, se han despublificado los bienes aeroportuarios y se ha pasado de un ente público empresarial a una sociedad mercantil estatal como forma de gestión de los aeropuertos, pero lo cierto es que el Estado continúa siendo el propietario mayoritario de AENA SA (con el 51% del capital) y con ello mantiene el control sobre los bienes y la gestión de toda la red aeroportuaria<sup>508</sup>.

Se trata de un modelo discutible, como apunta parte de la doctrina<sup>509</sup>. No basta con despublificar los bienes aeroportuarios e integrarlos en una única sociedad mercantil controlada por el Estado, sino que el modelo debe encaminarse hacia fórmulas de gestión individualizadas de cada aeropuerto para que puedan competir entre ellos en precios y en calidad de servicios, como propuso en su día el citado informe de la CNMC *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización* (julio de 2014).

En cualquier caso, lo que es realmente relevante para el tema que aquí se plantea es que, tras haberse liberalizado las actividades de transporte, el Real Decreto-ley 13/2010 abrió la posibilidad de despublificar también las infraestructuras de transporte, lo cual plantea la necesidad de sujetarlas a un nuevo título de intervención del Estado distinto del dominio público, dado el interés general inherente a estas infraestructuras, pese a haber sido despublificadas.

---

<sup>508</sup> Esta conclusión debe matizarse porque tras la reforma del artículo 43 de la Ley sobre Navegación Aérea operada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2002), se permitió que las Administraciones Públicas territoriales y las entidades particulares nacionales de un Estado de la UE pudieran (previa autorización del Ministerio de Fomento) construir y participar en la explotación de aeropuertos de interés general, conservando la propiedad de los bienes. Este es caso de los aeropuertos de Castellón, Murcia, Ciudad Real y Lleida.

<sup>509</sup> Petit Lavall, M.V., *“El modelo español de gestión aeroportuaria”*, en Alba Fernández, M., y Fortes Martín, A. (directores), *Público y privado en el Derecho aeronáutico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 113-136; Ávila Rodríguez, C.M., *“Perspectivas de cambio en la gestión aeroportuaria tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia”*, en RDT, nº 14, 2014, pp. 113-36; Nieto Menor, M., *“Modernización del sistema aeroportuario español: examen del Real Decreto-Ley 13/2010”*, en RDT, nº 7, 2011; Vázquez Cobos, C. y Lozano Cutanda, B., *“Reforma y privatización parcial del sector aeroportuario”*, en Diario La Ley, nº 7554, 2011; Casamitjana Olivé, C., *Análisis jurídico de la competencia en el mercado aeroportuario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; Calatayud Prats, I., *“El nuevo régimen de los aeropuertos: una privatización incompleta”*, en REDA, nº 37, 2014.

### **3.2 Despublificación de las infraestructuras de transporte y satisfacción del interés general**

El dominio público ha favorecido históricamente la intervención del Estado sobre determinados bienes –y sobre las actividades que en ellos se desarrollan–, asegurándose con la titularidad pública y la inalienabilidad de los mismos su afectación a una utilidad pública.

Sin embargo, según se vio, la consideración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público no se adapta a la actual concepción de las mismas como empresas que realizan una actividad económica, que deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las infraestructuras de transporte sirven de soporte a un tráfico económico extraordinariamente flexible, cambiante y enormemente competitivo, y en este entorno de libre competencia el dominio público es poco adecuado, especialmente cuando los servicios públicos que justificaban la afectación de los bienes han desaparecido y han dado paso a actividades liberalizadas<sup>510</sup>.

Por ello, la despublificación de los bienes aeroportuarios y su incorporación al patrimonio de la sociedad mercantil estatal AENA SA debe considerarse un primer paso en la dirección de adaptar las infraestructuras de transporte a esta nueva concepción como empresas que realizan una actividad económica.

Si una cosa demuestra este cambio en el régimen jurídico de los bienes aeroportuarios es que la satisfacción de los intereses generales que están presentes en las infraestructuras de transporte se puede conseguir por otras vías distintas a su mantenimiento como bienes de dominio público. Para garantizar el transporte de personas y mercancías, no hace falta que los bienes que sirven de soporte a estas actividades sean demaniales. Estos bienes se pueden despublificar y el Estado puede salvaguardar los intereses generales imponiendo determinadas obligaciones de servicio público a los titulares de los

---

<sup>510</sup> Véase en este sentido a Vázquez Cobos, C. y Lozano Cutanda, B., “*Reforma y privatización parcial del sector aeroportuario*”, *op. cit.*

mismos, entre las que se incluyen la obligación de vinculación permanente de estos bienes a las actividades de transporte o la garantía del derecho de acceso de terceros para que puedan realizar sus actividades en régimen de libre competencia. Sin embargo, a estas obligaciones algún autor también las ha denominado obligaciones de dominio público<sup>511</sup>, y bien podría ser ésta la expresión utilizada precisamente para remarcar que no se está ante obligaciones que se imponen sobre las actividades liberalizadas, sino ante obligaciones que se imponen a los titulares de los bienes despublificados. No obstante, en las líneas que siguen se va a optar por utilizar la expresión obligaciones de servicio público al ser la categoría que se utiliza por la doctrina, las normas vigentes y la jurisprudencia.

En este sentido, refiriéndose a los bienes aeroportuarios, De la Serna Bilbao<sup>512</sup> ha destacado que *“No es preciso que el poder público sea propietario o gestor del aeropuerto y se sujete a las normas del derecho administrativo –dominio público–. Por el contrario, la gestión aeroportuaria es una actividad económica –salvo algunas excepciones– y se puede desarrollar, bien por el sector privado, bien por el sector público (...).”* En parecidos términos, Bermejo Vera<sup>513</sup> ha apuntado la inadecuación del régimen jurídico del dominio público con un entorno competitivo al afirmar que *“La prohibición de comercialidad y la indisponibilidad de los bienes demaniales resultan inaplicables a las actuales infraestructuras, en los términos jurídicos actuales, porque la infraestructura debe ser susceptible de gravamen, de actos de disposición, difícilmente puede ser aplicable la tradicional “protección” del dominio público”*.

Las infraestructuras de transporte deben poder ser de titularidad privada o público-privada para facilitar la entrada de capital privado, deben poderse transferir o gravar, en definitiva, deben estar dentro del tráfico jurídico-privado, y todo ello no es posible si se consideran bienes de dominio público, en los términos en que se prevé actualmente el régimen jurídico de esta figura

---

<sup>511</sup> Moreu Carbonell, E., *“Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público”*, op. cit.

<sup>512</sup> De la Serna Bilbao, M.N., *“La desafectación del dominio público aeroportuario”*, op. cit., p. 642.

<sup>513</sup> Bermejo Vera, J., *“Empresas Ferroviarias y Agentes Prestadores del Transporte. El Derecho de Acceso”*, op. cit., p. 282.



histórica. La clave no es quién es el titular de la infraestructura, sino que con independencia de esta circunstancia o de que sea objeto del tráfico jurídico-privado, lo realmente importante es que se garantice su permanente vinculación a la actividad de transporte a la que sirven de soporte, así como el derecho de acceso a todos los operadores privados que realizan actividades de transporte, todo ello bajo un marco de regulación y el control de una autoridad independiente.

Así pues, la consideración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público constituye más bien un obstáculo para su explotación económica, porque si una cosa caracteriza precisamente el dominio público es su sujeción a un régimen jurídico exorbitante que excluye estos bienes del tráfico jurídico-privado. La explotación económica de los bienes, remarca Lavielle<sup>514</sup>, no es compatible con el dominio público, y por ello aboga por que esta figura esté limitada a los bienes que tan sólo se destinan a un uso público.

Esta dicotomía ha sido muy bien descrita por Moreu Carbonell<sup>515</sup>. Determinados bienes de dominio público, como es el caso de las infraestructuras de transporte, pueden ser explotados económicamente y se puede obtener una rentabilidad de los mismos, y ante esta realidad no debe haber dificultad alguna para admitir la titularidad privada de estos bienes que, en cualquier caso, deben estar abiertos al uso público y sujetarse al control de la Administración para garantizar el acceso sin discriminaciones o incluso para fijar la contraprestación económica. Lo importante, según la autora, es la regulación y el control de su destino a un uso público, al margen de quien sea el titular. Las infraestructuras de transporte son lugares de paso obligado para los operadores privados y además son difícilmente duplicables por distintas razones, por lo que, como monopolios naturales, gozan de una posición dominante frente a todos aquellos que quieran realizar actividades relacionadas con el transporte, lo cual obliga a sujetarlas a determinada regulación y al control de su cumplimiento.

---

<sup>514</sup> Lavielle, C., "Le domaine public: une catégorie juridique menacée?", en *Revue Française de Droit Administratif*, nº 15, 1999, pp. 578-589.

<sup>515</sup> Moreu Carbonell, E., "Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público", *op. cit.*, pp. 456-466.

En definitiva, los intereses generales que se satisfacen con la inclusión de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público también se pueden satisfacer con su despublificación y posterior sujeción a regulación. Como acertadamente resume Jiménez de Cisneros<sup>516</sup>, *“si se garantiza el uso general o se sigue conservando la obra que es de aprovechamiento para todos los ciudadanos, de quién sean éstas y su inclusión en el tráfico económico son cuestiones secundarias”*.

La despublificación de las infraestructuras de transporte, sin embargo, ha sido cuestionada por algún sector de la doctrina. De forma paradigmática, Caballero Sánchez<sup>517</sup> afirma que la liberalización de determinadas actividades, como los transportes, no debe comportar necesariamente la privatización de unas instalaciones que se consideran esenciales para la competencia. En opinión del autor, la mejor manera de garantizar una gestión neutral de las infraestructuras de transporte se consigue manteniéndolas dentro del dominio público. Dice en este sentido el autor que *“El control público directo del cuello de botella, ya que la Administración carece de intereses propios o personales, permite garantizar la transparencia e imparcialidad en el acceso a las instalaciones, así como la extensión de las redes según las necesidades colectivas y no la pura rentabilidad”*.

A lo anterior se suele añadir que, aunque los bienes de dominio público pueden generar ingresos, ésta no es su finalidad esencial ni tiene que ser determinante de su régimen jurídico<sup>518</sup>.

Para Sánchez Caballero y otros autores que defienden la titularidad pública de las grandes infraestructuras en red, lo importante no es su privatización, sino que se garantice un acceso neutral de los operadores privados para que exista

---

<sup>516</sup> Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *“Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público”*, op. cit., p. 55.

<sup>517</sup> Caballero Sánchez, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, op. cit., pp. 374-375.

<sup>518</sup> Véase en este sentido a Sáinz-Moreno, F., *“El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”*, en RAP, nº 150, septiembre-diciembre de 1999, p. 484.

una libre competencia. No es necesario, se dice, privatizar las infraestructuras para después tener que realizar una compleja regulación del derecho de acceso a las mismas. En su opinión, es preferible mantenerlas como infraestructuras de titularidad pública porque sólo así se garantiza mejor el acceso en condiciones de igualdad, objetivas y transparentes. Las infraestructuras en red se consideran monopolios naturales, por lo que pasar de un monopolio público a un monopolio privado se ve como una operación muy arriesgada porque su explotación y ampliación no puede basarse sólo en criterios comerciales. Los defensores de la titularidad pública de las infraestructuras esenciales para la competencia sostienen, en definitiva, que lo más lógico es que sean las Administraciones Públicas las que planifiquen, construyan y luego abran el uso de las mismas a los operadores privados para que puedan realizar sus actividades en régimen de libre competencia, porque se trata de monopolios naturales que exigen grandes inversiones y resultan de interés para la colectividad por su valor estratégico.

Sin embargo, la tesis que aboga por la titularidad pública de las infraestructuras de transporte como vía más adecuada para garantizar el acceso neutral a los operadores privados es cuestionable desde el mismo instante en que se han liberalizado las actividades de transporte, actuando el Estado tan sólo como regulador de las mismas. Cuando el Estado prestaba servicios públicos de transporte, el dominio público era el título de intervención que le permitía garantizar la afectación de los bienes a estos servicios e incidir en el uso de unos bienes que servían de soporte material y estaban íntimamente vinculados a la prestación de dichos servicios, como dijo la STC 227/1988 (FJ 14). Pero, como apunta Muñoz Machado<sup>519</sup>, cuando el Estado prescinde de la titularidad de los servicios públicos de carácter económico y se limita a supervisar de forma continua el mercado para asegurar la igualdad de oportunidades y la libre competencia, permitiendo que sean las empresas privadas las que se ocupen de la prestación de los servicios de interés general, la decisión de apostar por la titularidad pública de estas infraestructuras y por la aplicación del

---

<sup>519</sup> Muñoz Machado, S., prólogo al libro de Rafael Caballero Sánchez, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.

régimen jurídico exorbitante de los bienes demaniales es difícilmente justificable.

El dominio público apareció como instrumento para garantizar el uso público de los bienes y luego se añadieron otras finalidades, como las de servir a la prestación de los servicios públicos o al fomento de la riqueza natural. El dominio público no se configuró históricamente para servir a actividades privadas prestadas en un entorno de libre competencia. Como acertadamente apuntan Vázquez Cobos y Lozano Cutanda<sup>520</sup> refiriéndose a los bienes aeroportuarios, el fundamento que en su día determinó el carácter demanial de estos bienes deja de resultar aplicable, dado que los servicios que se prestan en estas infraestructuras afectadas a este fin (servicios de transporte aéreo y servicios de *handling*) ya no tienen naturaleza de servicios públicos.

En cualquier caso, no está justificado que se mantenga la consideración de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público con el único propósito de ostentar las potestades exorbitantes propias de esta figura e intervenir con ellas sobre las actividades liberalizadas, pues el Estado ya cuenta con las técnicas de regulación económica para intervenir sobre estas actividades.

Si, como apuntó en su día Martín Rebollo<sup>521</sup>, se puede optar por un nuevo modelo en el que la Administración gestiona menos y regula más para dar satisfacción a determinados intereses generales, el mismo criterio se puede aplicar en el caso de los bienes. Para garantizar la utilización y el aprovechamiento de las infraestructuras de transporte no hace falta que sean de titularidad pública y mucho menos que deban calificarse como bienes de dominio público, sino que se puede satisfacer el mismo interés general mediante mecanismos de regulación económica.

---

<sup>520</sup> Vázquez Cobos, C. y Lozano Cutanda, B., *“Reforma y privatización parcial del sector aeroportuario”*, *op. cit.*

<sup>521</sup> Martín Rebollo, L., *“Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”*, *op. cit.*, p. 644.

El Estado social debe garantizar el transporte de personas y mercancías, de esto no hay duda, pero para dar satisfacción a este interés general no hace falta que los bienes que sirven de soporte a estas actividades liberalizadas sean bienes de dominio público. Se puede optar también por unos bienes despublificados sujetos a regulación económica, la cual deberá incidir en la imposición de obligaciones de servicio público a sus titulares, como son la vinculación de estas infraestructuras esenciales para la competencia a las actividades de transporte y su gestión neutral para que todos los operadores privados tengan reconocido el derecho de acceso a las mismas (obviamente, siempre que su limitada capacidad lo permita). Como recuerda Del Guayo Castiella<sup>522</sup>, después de la privatización el poder público continúa siendo responsable del funcionamiento de determinadas actividades –en este caso, el transporte–, ya sea porque se consideran esenciales y/o porque tienen una tendencia natural al monopolio. Despublificar las infraestructuras no supone que el Estado se olvide de las mismas. Simplemente comporta afrontar la cuestión de otra manera, optando por un nuevo modelo en el que el Estado se limita a ocupar una posición de garante para que las infraestructuras despublificadas continúen vinculadas a las actividades de transporte y sean accesibles a todos los operadores privados que requieran su uso para poder desarrollar sus actividades.

El modelo vigente de infraestructuras de transporte de dominio público casa mal con un entorno de actividades prestadas en régimen de libre competencia, porque su uso y aprovechamiento tiene que vehicularse a través de mecanismos de Derecho público, como son las autorizaciones y concesiones, en relación con las cuales la Administración ostenta una gran discrecionalidad a la hora de decidir si las otorga. A ello debe añadirse que en el modelo vigente las contraprestaciones económicas a pagar por dicho uso y aprovechamiento tienen la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público sometidas a reserva de ley por mandato del artículo 31.3 de la Constitución.

---

<sup>522</sup> Del Guayo Castiella, I., *“La privatización de bienes públicos. Algunas reflexiones sobre la “Coal Industry Act 1994”*”, en *Working Paper*, nº 4, Programa de Estudios de Regulación Económica, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1995.

En definitiva, las infraestructuras de transporte son bienes esenciales para la competencia, pero ello no significa que deban mantenerse como bienes de dominio público. Existe otro mecanismo menos gravoso, ajeno al dominio público, como sería la regulación económica, que permite dar satisfacción a los mismos intereses generales sin necesidad de pasar por este título de intervención, demasiado rígido para un entorno liberalizado. Unas infraestructuras de transporte despublificadas sujetas a regulación económica favorecería la entrada de capital privado y el uso de instrumentos de Derecho privado para vehicular su aprovechamiento, al margen de autorizaciones y concesiones. Asimismo, evitaría tener que recurrir a las prestaciones patrimoniales públicas como sistema para retribuir su utilización, que no se ajusta a un marco de libre competencia, según se verá en el capítulo III.

Los detractores de la despublificación de las infraestructuras de transporte suelen afirmar que ello exige la implantación de un complicado marco regulador con el fin de garantizar el derecho de acceso de terceros a las mismas, circunstancia que no se da en caso de las infraestructuras demaniales, dado que se presume que la Administración, como titular de dichas infraestructuras, actúa de manera neutral en todo momento.

Sin embargo, lo cierto es que el modelo de infraestructuras despublificadas sujetas a un marco regulador ya existe con éxito en otros sectores liberalizados, como es el caso de las telecomunicaciones o la energía. Además, no debe pasarse por alto que la despublificación de las infraestructuras permite la entrada de capital privado, como ha ocurrido con AENA SA, circunstancia nada baladí en un marco de restricciones presupuestarias y de necesidad de rebajar el déficit público y la deuda pública.

En definitiva, la despublificación de las infraestructuras de transporte supondría trasladar a este sector aquello que ya se ha hecho en otros sectores regulados, cuyas infraestructuras no son bienes de dominio público y a pesar de ello se garantizan plenamente los intereses generales mediante la regulación económica. Se trataría de infraestructuras despublificadas que actuarían como empresas pero que, por los intereses generales presentes, deberían ser

planificadas por el Estado, deberían estar permanentemente vinculadas a las actividades de transporte, deberían garantizar el acceso de terceros y deberían estar bajo un intenso control público.

### **3.3 El estatuto jurídico de las infraestructuras de transporte despublificadas**

#### **3.3.1 Obligaciones de servicio público**

Hasta hoy se ha considerado que la titularidad pública y la calificación de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público es la mejor manera de garantizar su utilización y aprovechamiento, incluido el acceso de los operadores privados para que puedan realizar sus actividades de transporte en régimen de libre competencia.

Pero si se opta por la implantación de un modelo alternativo de infraestructuras de transporte despublificadas, la intervención pública basada en la regulación económica de las mismas debería pivotar sobre la imposición de obligaciones de servicio público a sus titulares, dado el interés general inherente a las mismas, con el fin de garantizar idénticas finalidades que se persiguen con su inclusión en el dominio público.

Del mismo modo que a la liberalización de las actividades de transporte le siguió una regulación de determinadas obligaciones de servicio público con el fin de sujetarlas a los principios de universalidad, continuidad, regularidad, calidad y accesibilidad de los precios, una despublificación de las infraestructuras de transporte sobre las que se desarrollan aquellas actividades en régimen de libre competencia también debería acompañarse de una imposición de determinadas obligaciones jurídicas a sus titulares, que deben considerarse obligaciones de servicio público.

Este es el modelo que se está siguiendo en el caso de las infraestructuras aeroportuarias que han sido despublificadas, que también sería válido para las

infraestructuras ferroviarias y portuarias, por lo que se impone establecer un estatuto jurídico común a todas ellas.

Las obligaciones de servicio público sobre las infraestructuras de transporte despublizadas deben entenderse como una técnica de regulación económica mediante la cual el Estado interviene sobre estos bienes con el fin de garantizar, por el interés general inherente a las mismas, la utilidad pública para la que fueron construidas, todo ello bajo la supervisión de una autoridad independiente de regulación.

Se trataría, en definitiva, de una actividad mediante la cual el Estado delimita el contenido de la propiedad, en este caso, las infraestructuras de transporte, fijando los límites de su utilización y aprovechamiento con el fin de garantizar la integridad de los bienes y su vinculación a una determinada utilidad pública. El artículo 33.2 de la Constitución dispone que la función social de la propiedad delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, y ello ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional admita la limitación por ley de las facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario (STC 37/1987, de 26 de marzo). El legislador, al delimitar el contenido de la propiedad atendiendo a su función social, puede imponer limitaciones y obligaciones al propietario que van a condicionar sus facultades dominicales y, por consiguiente, su uso y aprovechamiento, con el único límite de tener que respetar el “*contenido esencial*” (art. 53.1 de la Constitución), esto es, aquel contenido mínimo que permite que el derecho de propiedad sea reconocible (STC 204/2004, de 18 de noviembre). Esta imposición de limitaciones u obligaciones al propietario está especialmente justificada en el caso de los bienes que son soporte de intereses generales o de bienes colectivos<sup>523</sup>, como sería el caso de las infraestructuras de transporte.

Dentro de las obligaciones de servicio público deben incluirse el derecho de acceso de terceros a las infraestructuras de transporte, su vinculación

---

<sup>523</sup> Ver en este sentido los comentarios al artículo 33 de la Constitución de J.M. Rodríguez de Santiago en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (directores), *Comentarios a la Constitución española*, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008, pp. 910-911.



permanente a la actividad de transporte, la ampliación y el mantenimiento de las infraestructuras, la interconexión de distintas redes, la regulación de los precios de acceso, la calidad de las infraestructuras y la cesión obligatoria de espacios para prestar determinados servicios públicos. La cuestión del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte, por su importancia y extensión, será tratada posteriormente en un epígrafe específico. Lo mismo cabe decir del precio a pagar por este acceso, que se analizará en el capítulo III.

### **3.3.2 La vinculación de las infraestructuras despublificadas a las actividades de transporte**

La despublificación de las infraestructuras de transporte no supone que el Estado se desentienda sin más de las mismas. Se trata más bien de un nuevo modelo de intervención en el que el Estado deja de intervenir con las facultades propias del dominio público y pasa a ocupar una posición de garante para que las infraestructuras despublificadas continúen vinculadas a las actividades de transporte para las cuales fueron construidas y sean accesibles a todos los operadores privados que requieran su uso para poder desarrollar sus actividades.

La “vinculación” aparece, así, como un nuevo concepto aplicable a las infraestructuras de transporte despublificadas, que cumple la misma finalidad que la “afectación” en el caso de los bienes de dominio público. En ambos supuestos la finalidad perseguida es preservar el destino de un determinado bien a una utilidad pública. Por ello, bajo este nuevo modelo de infraestructuras de transporte despublificadas, se habla de “*propiedad vinculada a la satisfacción de un fin público*”<sup>524</sup> o incluso de “*infraestructura de titularidad privada de interés público*”<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> González Sanfiel, A., “La evolución reciente del dominio público: su afirmación como título de potestad”, *op. cit.*, p. 125.

<sup>525</sup> Ariño Ortiz, G. y Villar Ezcurra, J.L., “Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio”, *op. cit.*

Las infraestructuras de transporte despublificadas deben continuar vinculadas a servir como soporte a la prestación de actividades de transporte liberalizadas, y ello es así por su “*dimensión colectiva*” o “*vocación comunitaria*”, en palabras de De la Cuétara Martínez<sup>526</sup>. El interés general exige que el Estado garantice el transporte de personas y mercancías en todo el territorio, y por ello es imprescindible que exista una vinculación permanente de las infraestructuras de transporte despublificadas a estas actividades, con independencia de quien sea el titular de las mismas. Se trata, como advierte Morillo-Valverde<sup>527</sup>, de bienes privados afectos a un destino público, y por ello, según Font i Llovet<sup>528</sup>, el legislador los puede someter a un “*régimen jurídico que se aproxime en algunos aspectos al que configura el régimen demanial*”.

La liberalización de las actividades de transporte y la despublificación de los bienes no deben ir en detrimento de las conquistas en materia de transporte conseguidas en el marco del Estado social y, por ello, de la misma manera que a la liberalización de las actividades de transporte le siguió la imposición de obligaciones de servicio público, la despublificación de las infraestructuras de transporte debe ir acompañada de la imposición de las mismas obligaciones, entre las que destaca su vinculación permanente a dichas actividades.

La vinculación se convierte de este modo en el sustituto de la afectación al desaparecer el dominio público. Se trataría de aplicar a las infraestructuras de transporte despublificadas el mismo efecto que provoca la afectación de los bienes de dominio público, con amparo en la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución). Cuando se está ante bienes de dominio público, el destino a una utilidad pública se consigue con la afectación de cada bien, y el mismo efecto se puede conseguir con los bienes que no son de dominio público a través de la técnica de la vinculación a una finalidad concreta, imponiendo a su titular la carga de uso público de estos bienes.

---

<sup>526</sup> De la Cuétara Martínez, J.M., “*Sobre las infraestructuras en red*”, en REDETI, nº 1, 1998.

<sup>527</sup> Morillo-Valverde Pérez, J.I., “*El Estatuto Jurídico de los Bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas*”, en Montoro Chiner, M.J. (coordinadora), *Infraestructuras Ferroviarias del Tercer Milenio*, CEDECS, Barcelona, 1999, p. 70.

<sup>528</sup> Font i Llovet, T., “*La ordenación constitucional del dominio público*”, *op. cit.*, p. 3922.

En este sentido, Jiménez de Cisneros<sup>529</sup> sostiene que *“No hay, pues, dificultad constitucional alguna para admitir unas infraestructuras de titularidad privada, abiertas al uso público, sobre las que la Administración dispone de ciertas facultades de control sobre su uso, en orden a garantizar su apertura pública sin discriminaciones, sobre su propia existencia y ejecución, a través de la previa planificación, y de fijar, al menos transitoriamente, la cuantía de la contraprestación económica a satisfacer por los usuarios por la utilización o uso de la infraestructura”*. Lo importante, como acertadamente apunta el autor, es el uso y el control de la infraestructura, no la titularidad o la aplicación de un rígido régimen jurídico-público sobre su uso, como es el régimen jurídico demanial, que lo único que consigue es dificultar la consecución de la satisfacción del interés general<sup>530</sup>.

El derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que su contenido puede ser delimitado por la ley para que cumpla su función social. Por ello, el titular de infraestructuras de transporte despublizadas puede explotarlas y obtener un rendimiento de su actividad económica, incluso puede gravarlas o enajenarlas, pero sea quien sea el titular y las cargas que pesen sobre las mismas, la ley puede limitar las facultades del propietario por la dimensión colectiva de estos bienes, imponiendo que no se puedan excluir del destino a la utilidad pública que motivó su construcción, que no es otro que servir de soporte permanente a las actividades de transporte que sobre las mismas se desarrollan. Se trata de infraestructuras esenciales para la competencia que presentan rasgos de monopolio natural y ello justifica que las facultades dominicales del titular de estas infraestructuras puedan y deban ser limitadas, mediante la regulación económica, no sólo en lo que se refiere a la obligación de permitir el acceso de terceros a las mismas en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias, sino también en cuanto a su vinculación permanente a las actividades de transporte, todo ello bajo el control de una autoridad independiente de regulación<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *“Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público”*, *op. cit.*

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>531</sup> Véase en este sentido a De la Riva, I.M., *“La titularidad de las infraestructuras (entre el dominio público y las restricciones a la propiedad privada)”*, en De la Cuétara Martínez, J.M.,

En esta tesitura, pues, es preciso referirse a las infraestructuras de transporte despublificadas como propiedades vinculadas, entendiendo esta vinculación como una obligación de servicio público.

Esta es la solución que se ha seguido en el caso de los bienes aeroportuarios, que a pesar de su despublificación e inclusión en el patrimonio de la sociedad mercantil estatal AENA SA, continúan siendo bienes vinculados a las actividades aeronáuticas. En este sentido, la nueva regulación aeroportuaria contenida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia<sup>532</sup>, impide a AENA SA (art. 22) el cierre o la enajenación total o parcial de las instalaciones o infraestructuras aeroportuarias necesarias para mantener la prestación del servicio aeroportuario en cualquier aeropuerto de la red de interés general, salvo que exista expresa autorización del Consejo de Ministros (si su valor es igual o superior a los 20 millones de euros) o del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (si su valor es inferior a dicha cantidad). Estas prohibiciones de cierre o de enajenación total o parcial de aeropuertos despublificados son obligaciones de servicio público, cuyo fin es la garantía de la vinculación de estas infraestructuras a las actividades de transporte.

### **3.3.3 Ampliación y mantenimiento de las infraestructuras de transporte despublificadas**

Otra de las obligaciones fundamentales de dominio público es la que se refiere a la ampliación y mantenimiento de las infraestructuras de transporte despublificadas.

La construcción y el mantenimiento de las infraestructuras de transporte es ciertamente muy costosa y exige grandes inversiones de capital. Este elevado

---

Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

<sup>532</sup> BOE de 17 de octubre de 2014.

coste, junto con el interés general que representan estas infraestructuras y su consideración como monopolios naturales, ha justificado tradicionalmente que estos bienes sean de titularidad pública<sup>533</sup> y que las grandes inversiones fuesen asumidas por el Estado al existir pocas expectativas de rentabilidad para el sector privado<sup>534</sup>.

Sin embargo, las actuales limitaciones presupuestarias del Estado derivadas del cumplimiento de los objetivos de déficit presupuestario y de reducción de la deuda pública impuestos por la Unión Europea suponen un obstáculo para la financiación pública de las infraestructuras de transporte. España, como ocurre con otros países de la Unión Europea, debe reducir los niveles de déficit público y de endeudamiento, y por ello deben buscarse fórmulas alternativas a la financiación presupuestaria de las infraestructuras de transporte<sup>535</sup>. En este sentido, cabe recordar que el artículo 135 de la Constitución, tras su reforma exprés operada en septiembre de 2011, impide que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea, y además establece que el pago de la deuda pública y de sus intereses tiene prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto.

En desarrollo de las anteriores previsiones constitucionales, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>536</sup> prevé tres aspectos que merecen destacarse por lo que aquí se expone: en primer lugar, establece que la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos de las Administraciones Públicas debe someterse al principio de estabilidad presupuestaria (art. 11.1); en segundo lugar, dispone que ninguna Administración Pública puede incurrir en déficit estructural, salvo que se

---

<sup>533</sup> Caballero Sánchez, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, op. cit., p. 150.

<sup>534</sup> Palao Taboada, F., “Participación privada y financiación de infraestructuras del transporte: la gestión portuaria en un mercado competitivo”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 145 bis, número especial monográfico sobre puertos, Madrid, 1995.

<sup>535</sup> Villaseca, R., “La financiación de infraestructuras”, en Arthur Andersen, *Los nuevos retos del Sector Público ante la Unión Monetaria Europea. El ciudadano como cliente de una Administración más eficaz y competitiva*, Edición especial Cinco Días, Madrid, 1997.

<sup>536</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE de 30 de abril de 2012).

acometan reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo –en cuyo caso se admite un déficit estructural del 0,4% del PIB nacional– o en determinados casos excepcionales (catástrofes naturales, recesión económica grave, etc.) (art. 11.2); y, finalmente, prevé que el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas no puede superar el 60% del PIB o el que se establezca por la normativa europea (art. 13.1). Estas previsiones han obligado a España a reducir hasta el año 2020 la deuda pública para alcanzar el citado límite del 60% del PIB y a reducir también el déficit estructural del conjunto de las Administraciones Públicas en un 0,8% del PIB en promedio anual, porcentaje que se puede incrementar en caso de existir un Procedimiento de Déficit Excesivo declarado por las autoridades comunitarias (disposición transitoria primera), como así ha sido en nuestro país<sup>537</sup>.

A lo anterior debe añadirse la insuficiencia de fondos públicos en los Presupuestos Generales del Estado cuando baja la recaudación durante los periodos de crisis económica, que dificulta todavía más la financiación pública en materia de infraestructuras.

Así pues, teniendo en cuenta las condiciones actuales de nuestro país, el tradicional déficit en materia de infraestructuras<sup>538</sup> –según se vio en el capítulo

---

<sup>537</sup> De acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 126), el Consejo declaró el 27 de abril de 2009 la existencia de un déficit excesivo en España, lo que comportó que en distintas reuniones del ECOFIN (Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea) se le efectuasen algunas Recomendaciones para poner fin a esta situación de déficit excesivo (Recomendaciones de 2 de diciembre de 2009, 10 de julio de 2012 y 21 de junio de 2013). En particular, en la Recomendación de 21 de junio de 2013 se aprobó la senda fiscal para España con el objetivo de poner fin a esta situación de déficit excesivo, estableciéndose al efecto unos objetivos de déficit global. Sin embargo, según declaró el Consejo en la Decisión (UE) 2016/1222 de 12 de julio de 2016 (DOUE de 27 de julio de 2016), España no ha tomado medidas eficaces para seguir la Recomendación de 21 de junio de 2013, con las consecuencias que ello puede acarrear según el citado artículo 126.11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (recomendaciones al BEI para que reconsidere la política de préstamos hacia España, imposición de multas, etc.).

<sup>538</sup> Moscoso del Prado ya advertía a finales del siglo pasado que el déficit de España en materia de infraestructuras representaba el 30 por 100 en comparación con los demás países de la Unión Europea, y que para subsanarlo el nivel de inversión debería ser del 5 por 100 del PIB (20 billones de las antiguas pesetas en quince años), situación que ya entonces los presupuestos públicos no podían afrontar al tener que atenderse otras prioridades. Véase a Moscoso del Prado y del Álamo, J.I., *“Financiación de infraestructuras de transporte: algunas experiencias recientes”*, en Arthur Andersen, *Los nuevos retos del sector público ante la Unión Monetaria Europea. El ciudadano como cliente de una Administración más eficaz y competitiva*, Edición especial Cinco Días, Madrid, 1997. Este déficit de infraestructuras se mantiene actualmente, y prueba de ello son las constantes noticias en prensa que hablan de ello

l— difícilmente se puede acometer de forma satisfactoria a través de la financiación exclusivamente pública, porque existen otras prioridades que también deben atenderse y es un hecho que los recursos son escasos. Como acertadamente indica Ruiz Ojeda<sup>539</sup>, “*El Estado ya no está, al menos en las sociedades modernas y vertebradas, para pagar todo lo que de un modo u otro merezca el calificativo de público ni tampoco para ser su dueño*”.

Por ello, ante la dificultad de financiar las infraestructuras de transporte con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, ya sea por la insuficiencia de fondos públicos o porque ello contribuiría a incrementar todavía más el déficit público del Estado, el capital privado debe tener un mayor protagonismo en este cometido<sup>540</sup>. A partir del momento en que las infraestructuras de transporte se conciben como una empresa que realiza una actividad económica por la que se puede obtener una rentabilidad, es perfectamente posible que el capital privado sustituya o colabore con el Estado en la construcción, ampliación y mantenimiento de las infraestructuras de transporte, financiándose a través del rendimiento económico generado por sus actividades<sup>541</sup>. Si las infraestructuras de transporte son rentables, no es necesario que todo el peso de su financiación deba ser a través de los fondos presupuestarios. Unas infraestructuras de transporte despublizadas en las que el capital privado

---

(corredor mediterráneo con ancho europeo, red del AVE por terminar, interconexiones puerto-ferrocarril por realizar, mejoras en toda la red de cercanías, etc.).

<sup>539</sup> Ruiz Ojeda, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 129.

<sup>540</sup> En este sentido, en la última década del siglo pasado López Menudo ya destacaba como ante la política de la Unión Europea de reducir los déficits públicos de los Estados, se pretendían impulsar las infraestructuras ferroviarias propugnando la entrada del sector privado en la construcción y gestión de las líneas ferroviarias. Véase a López Menudo, F., “*Construcción y gestión de infraestructuras en materia de transporte por ferrocarril (El Tren de Alta Velocidad. El caso español)*”, Ponencia presentada en el *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona-Girona, 26-28 de septiembre de 1996, publicado en *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, CEDECS, Barcelona, 1998.

<sup>541</sup> De hecho, el modelo portuario español funciona así desde la última década del siglo pasado, cuando se optó por un sistema de autofinanciación en el que los costes son internalizados y se transfieren al usuario, sin depender de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Son pues los usuarios del puerto, y no los contribuyentes, quienes sufragan los gastos en inversiones y operaciones, de modo que los ingresos generados por los servicios portuarios sirven para cubrir los gastos de explotación, conservación, administración y depreciación de bienes e instalaciones, así como para financiar nuevas infraestructuras y para sufragar los costes de la señalización marítima de la costa. Véase en este sentido a Palao Taboada, F., “*Participación privada y financiación de infraestructuras del transporte: la gestión portuaria en un mercado competitivo*”, *op. cit.*

tenga el papel principal o colabore con la Administración Pública contribuirá a contener y reducir el déficit público, sin necesidad de tener que incrementar los ingresos vía impuestos o recortar otros gastos (sanidad, educación, servicios sociales, etc.) para hacer frente a unas infraestructuras que el capital privado puede perfectamente construir y explotar en un marco de regulación económica.

En este sentido, el citado informe de la CNMC *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización* (julio de 2014) concluye que la actividad aeroportuaria es perfectamente rentable y capaz de financiar las inversiones, siempre que se modifique el actual marco regulador. En opinión de la CNMC, la opción de despublificar los aeropuertos españoles contribuye a potenciar su rentabilidad y capacidad de adaptación a la demanda. Y la misma idea es aplicable a los puertos y a las infraestructuras ferroviarias.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011 (asuntos acumulados T-443/08 y T-455//08) aboga por este escenario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó en este asunto que, en la medida que la actividad de gestión aeroportuaria es una actividad económica, *“el organismo encargado de la explotación de un aeropuerto debería financiar con recursos propios el coste de las construcciones en las que se base su actividad económica”*, rechazando el argumento de que *“los costes de las infraestructuras públicas deberían ser asumidos por la colectividad”* (apartado 107).

En definitiva, bajo un modelo de infraestructuras despublificadas, el Estado puede mantener la función de planificación y colaborar con el sector privado en su construcción, mantenimiento y explotación, dando entrada –total o parcialmente– al capital privado.

Lo contrario, esto es, no abrirse al capital privado para la construcción, mantenimiento y explotación de las infraestructuras de transporte, supone no sólo un riesgo de no acometer por falta de fondos públicos aquellos nuevos proyectos necesarios para el transporte de personas y mercancías que



necesita el país, sino incluso descuidar el mantenimiento de las infraestructuras existentes y condenarlas al deterioro y abandono, como denuncia Moreu Carbonell<sup>542</sup>. De hecho, según esta autora, el mantenimiento de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público no ha sido precisamente una garantía de inversión durante la última situación de crisis económica.

Evidentemente, el carácter demanial de las infraestructuras de transporte y su exclusión del tráfico jurídico-privado hace que, en palabras de Azofra Vegas<sup>543</sup>, sean “*muy poco permeables al capital privado*”, porque no se ofrecen garantías a quienes pretendan financiarlas. Al ser bienes inalienables no se pueden sujetar a gravámenes o cargas (hipoteca, derechos de superficie, etc.), ni reconocerse derechos de propiedad o copropiedad, ni ser objeto de otras relaciones jurídico-privadas<sup>544</sup>. El dominio público, en definitiva, provoca un efecto disuasorio para todos aquellos particulares que quieran financiar infraestructuras de transporte susceptibles de ser explotadas económicamente.

Por ello, cada vez son más las voces que apuntan a la necesidad de prescindir del dominio público para referirse a las infraestructuras de transporte, pues si se considera que una obra debe ser de quien la financia y construye, es obvio que el dominio público debe ceder con el fin de poder dar garantías a aquellos que aportan el capital<sup>545</sup>.

Sin embargo, el modelo de infraestructuras despublicadas plantea dudas en lo que se refiere a su adecuada ampliación y mantenimiento, pues según se decía, éstas son muy costosas y exigen grandes inversiones, sin olvidar que existen infraestructuras poco rentables que en un Estado de bienestar deben

---

<sup>542</sup> Moreu Carbonell, E., “*Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público*”, *op. cit.*, p. 457.

<sup>543</sup> Azofra Vegas, F., “*La financiación privada de infraestructuras públicas*”, en REDA, nº 96, 1997, pp. 543-584. Véase también a Ariño Ortiz, G. y Villar Ezcurra, J.L., “*Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio*”, *op. cit.*

<sup>544</sup> De la Cruz Ferrer, J., “*El problema de las garantías jurídicas en la financiación privada de infraestructuras*”, en *Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996. Puede verse también Ruiz Ojeda, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, *op. cit.*

<sup>545</sup> Morell Ocaña, L., prólogo a la obra de Ruiz Ojeda, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, *op. cit.*, pp. 11-12.

igualmente acometerse con el fin de garantizar que el transporte llegue a todo el territorio.

Por ello, de adoptarse un modelo de infraestructuras de transporte despublificadas, el Estado no se puede desentender de su construcción, ampliación y mantenimiento, sino que debe imponer como obligaciones de servicio público la extensión de la red en un determinado sentido y su mantenimiento, especialmente para hacer frente a aquellas infraestructuras menos rentables, pero que desde el punto de vista social son necesarias para que el transporte de personas y mercancías llegue a todas las partes del territorio.

Un ejemplo de ello lo constituyen los aeropuertos. A pesar de haberse despublificado, AENA SA, como titular de toda la red, está obligada a asegurar el mantenimiento de la red, su sostenibilidad económica, el derecho de acceso, la suficiencia e idoneidad de las infraestructuras y la continuidad en la prestación de los servicios aeroportuarios básicos de interés general en condiciones adecuadas de calidad, regularidad y seguridad, de acuerdo con la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (art. 21).

Así pues, de la misma manera que el objetivo de hacer llegar el transporte a zonas del territorio poco rentables se consigue con técnicas regulatorias (especialmente con la imposición de obligaciones de servicio público o con la declaración de servicio universal), también se pueden arbitrar técnicas regulatorias a la hora de extender y conservar infraestructuras de transporte (obligaciones de servicio público).

Lo anterior evidentemente dará lugar a que deba plantearse cómo se financia la construcción, ampliación y mantenimiento de las infraestructuras de transporte despublificadas cuando su rentabilidad no garantiza la obtención de recursos suficientes. Aquí deben citarse nuevamente las consideraciones de la citada Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011 (asuntos acumulados T-443/08 y T-455//08): si la infraestructura es rentable

con su actividad económica, a su titular le debe corresponder financiar su construcción, ampliación y mantenimiento con los recursos propios, pero si no es rentable, *“los costes de las infraestructuras públicas deberían ser asumidos por la colectividad”*.

Para ello existen muchas fórmulas ya ensayadas en otros sectores regulados. Cabe la posibilidad de financiar la construcción, ampliación y mantenimiento de estas infraestructuras de transporte menos rentables por la vía de los Presupuestos Generales del Estado, o incluso que su coste sea financiado por los distintos operadores privados que actúan sobre las infraestructuras de transporte, que luego pueden repercutirlo sobre el precio que cobran a los usuarios.

#### **3.3.4 Otras obligaciones de servicio público sobre las infraestructuras de transporte despublificadas**

Junto a las obligaciones de servicio público relacionadas con la vinculación de las infraestructuras a la actividad de transporte y con su construcción, ampliación y mantenimiento, existen otras como son la necesidad de interconexión de distintas redes, la calidad de las infraestructuras y la cesión obligatoria de espacios para prestar determinados servicios públicos.

La cuestión de la interconexión de las redes ya ha sido analizada brevemente al tratar con carácter general de las técnicas de regulación económica, obligación que sólo cobra sentido cuando las redes pertenecen a distintos titulares. En el caso de la única red de transportes que ha sido despublificada hasta hoy en España, la aeroportuaria, no se da esta situación porque toda la red pertenece a AENA SA. Pero nada impide que en el futuro los aeropuertos pertenezcan a distintos titulares, de forma individual o en grupo, en cuyo caso deberían operar esta obligación de interconexión para facilitar el transporte. Lo mismo sería predicable, por ejemplo, en el caso de los distintos puertos si se acometiese una despublificación.

En cuanto a la calidad de las infraestructuras de transporte, ésta debería ser una obligación fundamental en caso de su despublificación, pues de nada sirve la garantía del derecho de acceso a los operadores privados para que puedan desarrollar sus actividades si luego las distintas infraestructuras no están en condiciones óptimas de calidad y suficiencia para que puedan operar. Las infraestructuras de transporte deben ser suficientes e idóneas con el fin de garantizar que los transportes se presten en condiciones adecuadas de regularidad, continuidad y seguridad. Ello exige tener que fijar, como obligaciones de servicio público del titular de cada infraestructura, los estándares de calidad, capacidad y seguridad y las condiciones mínimas de los servicios que se ofrecen. El derecho de acceso a las infraestructuras de transporte debe ser un derecho de utilización efectiva de la capacidad adjudicada, lo cual implica que debe poderse ejercer de forma real, y ello no ocurre cuando no se garantizan unas infraestructuras de calidad y seguras que ocasionan constantes incidencias en el transporte (retrasos, cancelaciones, etc.).

Así se ha previsto en el caso de los aeropuertos despublificados. AENA SA está obligada a asegurar no sólo el mantenimiento de la red, su sostenibilidad económica y el derecho de acceso, sino también la suficiencia e idoneidad de las infraestructuras con el fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios aeroportuarios básicos de interés general en condiciones adecuadas de calidad, regularidad y seguridad (art. 21 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre). Ello debe quedar reflejado en el *Documento de Regulación Aeroportuaria* (DORA), en el que deben fijarse los niveles de calidad del servicio, los estándares de capacidad de las infraestructuras aeroportuarias y las condiciones mínimas necesarias para garantizar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de dichas infraestructuras y la adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos de la red de aeropuertos (arts. 16, 23 y 29 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre).

Esta obligación de garantizar la calidad de las infraestructuras aeroportuarias debería preverse también para los puertos e infraestructuras ferroviarias en caso de su despublificación. En este sentido, respecto a las infraestructuras

ferroviarias, la Directiva 2012/34/UE de 21 de noviembre de 2012 por la que se establece un espacio ferroviario europeo único<sup>546</sup> impone a su administrador el deber de desarrollar una infraestructura ferroviaria “*apropiada*”, “*reduc[ir] al máximo las perturbaciones*” y “*mejor[ar] el rendimiento de la red*” (considerandos 8 y 50), todo ello con el fin de “*mejorar los niveles de fiabilidad del servicio*” (considerando 49).

Finalmente, no debe ser extraño que, con la despublificación de las infraestructuras, el Estado quiera reservarse determinados espacios de cesión obligatoria en las mismas con el fin de poder ejercer las competencias que hasta ahora viene ejerciendo. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la despublificación de los bienes aeroportuarios. El Real Decreto-ley 13/2010 ya previó, desde el mismo momento en que se despublificaron las infraestructuras aeroportuarias, que el gestor de las mismas debía ceder gratuitamente los espacios necesarios para la prestación de determinados servicios públicos no aeroportuarios, tales como el servicio de aduanas, el control de personas y de su identificación, la seguridad exterior e interior, la información meteorológica o la sanidad exterior. Se trata, por mandato legal, de una cesión obligatoria y gratuita de espacios que ya no son bienes de dominio público, que actúa como una limitación de la propiedad para que el Estado pueda continuar ejerciendo determinadas potestades públicas y prestando determinados servicios<sup>547</sup>, una muestra más de que la despublificación de estos bienes no impide la satisfacción de los intereses generales mediante la imposición de obligaciones de servicio público. Esta misma obligación debería preverse también para los puertos e infraestructuras ferroviarias en caso de su despublificación.

---

<sup>546</sup> DOUE de 14 de diciembre de 2012.

<sup>547</sup> Según el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 24 de mayo de 2011 (ref.: A.G. Entes Públicos 40/11), no existe ningún obstáculo para que estos bienes se incorporen al patrimonio de la nueva sociedad y que, incorporados a dicho patrimonio, sigan siendo utilizados por tales órganos u organismos para el cumplimiento de sus fines, ya que el derecho de propiedad, que corresponderá a la nueva sociedad, es jurídicamente compatible con el derecho al uso, que corresponderá a esos órganos u organismos. Se trata de una cesión de espacios gratuita y obligatoria que viene impuesta *ope legis*, irrevocable porque Aena Aeropuertos SA no puede dejarla sin efecto y por tiempo indefinido, y por ello el Dictamen concluye que el título jurídico mediante el cual debe instrumentarse la cesión es una autorización concedida por el propietario (Aena Aeropuertos SA).

#### **4. La alternativa de mantener las infraestructuras de transporte dentro del dominio público con sujeción a un régimen jurídico especial**

El dominio público, según se ha reiterado, no se ajusta a una concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica, por lo que, para hacer frente a este cambio de paradigma, lo más razonable sería prescindir de su carácter demanial, sujetando los bienes despublificados a otro título de intervención como es la regulación económica, como así se ha hecho en el caso de los aeropuertos.

La exclusión del régimen jurídico demanial en el caso de las infraestructuras de transporte se presenta como la solución lógica porque concebirlas como bienes de dominio público y afirmar a la vez que actúan como empresas es una contradicción en sus términos, al menos con la concepción actual del dominio público. Si una cosa caracteriza a los bienes de dominio público desde sus orígenes es que se trata de bienes excluidos del tráfico jurídico-privado.

Sin embargo, frente al modelo de infraestructuras de transporte despublificadas sujetas a regulación económica que se ha sostenido hasta aquí, cabría plantearse la posibilidad de explorar una vía intermedia que pasaría por mantenerlas dentro del dominio público, pero con un estatuto jurídico especial, diferente al previsto con carácter general para todos los bienes demaniales, que estaría justificado por las características propias de estas infraestructuras, en especial por su concepción como empresas que realizan una actividad económica. La idea pasaría por mantener estos bienes dentro del dominio público, pero evitando la rigurosa aplicación de su régimen jurídico, que dificulta que puedan ser objeto de tráfico jurídico-privado y explotación económica.

Ello exigiría tener que reinterpretar el dominio público para adaptarlo a la nueva realidad de unas infraestructuras que actúan como empresas. En este sentido, González Sanfiel<sup>548</sup> sostiene que debe modularse o adaptarse el régimen

---

<sup>548</sup> González Sanfiel, A.M., “*Competencia en las infraestructuras y nuevo régimen para las de dominio público*”, *op. cit.*, p. 164.

jurídico del dominio público cuando se trata de infraestructuras de transporte con el fin de facilitar el desarrollo de las actividades y servicios que sobre las mismas se desarrollan.

Este estatuto jurídico especial para las infraestructuras de transporte de dominio público debería caracterizarse, fundamentalmente, por tres aspectos: debería descartarse la interpretación según la cual, la afectación de los bienes a una determinada utilidad pública los excluye del tráfico jurídico-privado; debería acotarse la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder o autorizar el uso y aprovechamiento de los bienes para no distorsionar la libre competencia de las actividades que se pretendan desarrollar sobre los mismos, así como las causas de su revocación; y debería modificarse el sistema de retribución que se exige por su utilización y aprovechamiento, de carácter tributario, por un modelo de prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario, que presenta dosis de mayor flexibilidad, según ha destacado el Tribunal Constitucional y se analizará en el capítulo III.

Debe significarse que la posibilidad de establecer un estatuto jurídico especial para las infraestructuras de transporte se desprende de la propia Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en la que se prevé (art. 5) que los bienes y derechos de dominio público se registrarán preferentemente por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación<sup>549</sup>. Luego, se admite que determinados bienes de dominio público queden al margen del régimen jurídico previsto con carácter general en esta Ley y se rijan por un estatuto jurídico especial, que evidentemente puede divergir del régimen general.

Ello permitiría que las infraestructuras de transporte continuasen siendo bienes de dominio público, pero potenciando todos aquellos mecanismos que favoreciesen su rentabilidad o valorización económica, que deberían estar

---

<sup>549</sup> Cabrían incluso otras fórmulas, como apunta González-Varas Ibáñez, S., "*Privatización de las infraestructuras*", *op. cit.* Por ejemplo, se podría explorar la posibilidad de escindir dentro del dominio público una parte inalienable, inembargable e imprescriptible, que sería el suelo, y una parte sin estas condiciones, que sería la infraestructura que se apoya sobre dicho suelo, o excluir del dominio público aquellas partes de la infraestructura que no necesariamente deben gozar de esta condición, en especial los establecimientos comerciales en puertos y aeropuertos.

previstos en su estatuto jurídico especial. En este sentido, Cosculluela Montaner advirtió hace ya algún tiempo que el concepto de dominio público había evolucionado de una concepción inicial como bienes que estaban fuera del comercio, no susceptibles de apropiación, hacia otra concepción como bienes que pueden ser explotados económicamente<sup>550</sup>. Y es precisamente esta evolución la que hace necesario adaptar el régimen jurídico general del dominio público para propiciar su explotación económica en determinados supuestos, como es el caso de las infraestructuras de transporte.

Así pues, frente a la clásica concepción conservacionista o meramente protectora del dominio público, que aboga por preservar la integridad de los bienes de dominio público y su destino a una utilidad pública mediante su afectación y sustracción del tráfico jurídico-privado, podría abrirse paso a una nueva concepción del dominio público que pusiera el acento en su valorización o rentabilización económica, pero respetando en cualquier caso la regla básica de la afectación de los bienes, como ha destacado Fernández Scagliusi<sup>551</sup>. Según la autora, si se quiere rentabilizar o valorizar los bienes de dominio público, es necesario *“reducir el campo de aplicación de los principios tradicionales”* de esta figura, lo que exige tener que *“repensarse el alcance tradicional otorgado a las reglas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, para lograr conciliar la protección del dominio público y la búsqueda de rentabilidad de sus dependencias”*<sup>552</sup>.

La clave está en la reinterpretación del concepto de afectación y, en particular, las consecuencias que se derivan de la afectación de los bienes a una utilidad pública y su consiguiente inalienabilidad o exclusión del tráfico jurídico-privado. Es lo que Gaudemet<sup>553</sup> identifica como una dulcificación o pérdida de rigor del régimen jurídico del dominio público en lo que se refiere a la regla de la inalienabilidad.

---

<sup>550</sup> Cosculluela Montaner, L., *Administración Portuaria*, op. cit., p. 27 (nota al pie de página nº 10).

<sup>551</sup> Fernández Scagliusi, M.A., *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid, 2015, pp. 95-99.

<sup>552</sup> *Ibid.*, pp. 120, 125 y 160-163.

<sup>553</sup> Gaudemet, Y., *“El futuro del Derecho de las propiedades públicas”*, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 40, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000, pp. 11-24.



Al respecto, se puede decir con carácter general que la integridad de los bienes de dominio público no se consigue excluyéndolos del tráfico jurídico-privado, sino garantizando su afectación o vinculación permanente a una determinada finalidad, sea cual sea el tráfico jurídico que sobre los mismos se genere. Si lo que realmente importa en el régimen jurídico demanial es la garantía de la afectación o destino de los bienes a una determinada finalidad pública, es irrelevante que pueda haber un tráfico jurídico-privado respecto a estos bienes, e incluso es irrelevante que la titularidad de los bienes sea compartida con los particulares, con tal que dicha afectación esté asegurada. En este sentido, decía De Valles<sup>554</sup> a principios del siglo XX que lo importante es *“la funzione di utilità pubblica a cui è destinata”*, y actualmente la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone (art. 65) que la afectación de los bienes de dominio público lo que busca es *“la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público”*.

Cabría, pues, plantearse la vigencia del binomio afectación, por un lado, y exclusión del tráfico jurídico-privado o inalienabilidad, por el otro, que rige en materia de bienes de dominio público. Bajo un estatuto jurídico especial sería posible una concepción del dominio público que garantizase en todo momento la afectación de los bienes a una finalidad pública, pero que al mismo tiempo se permitiese que los mismos bienes fuesen objeto de tráfico jurídico-privado. Según se apuntaba anteriormente, la afectación debe limitar sus efectos a ser la garantía de la vinculación de los bienes a una determinada finalidad de interés general, y poco más.

Sin embargo, no se puede negar que este planteamiento genera ciertas dudas, pues existe el riesgo de desnaturalizar el régimen jurídico del dominio público, desvirtuando sus notas más características. El dominio público se ha caracterizado desde siempre por las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, y por ello no puede ser gravado ni se admiten fórmulas de copropiedad de estos bienes entre una Administración Pública y un particular,

---

<sup>554</sup> De Valles, A., *“Inalienabilità del demanio pubblico”*, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 2, 1914.

especialmente porque el régimen jurídico extraordinario del dominio público implica el ejercicio de potestades públicas que son privativas de las Administraciones Públicas. Si se desnaturaliza el dominio público para aplicarlo a unas situaciones para las que no está pensado, privándolo de sus notas características, se corre el riesgo de convertirlo en un simple *nomem iuris*<sup>555</sup>.

En otro orden de cosas, se apuntaba anteriormente que en un estatuto jurídico especial para las infraestructuras de transporte debería acotarse la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder o autorizar el uso y aprovechamiento de los bienes para no distorsionar la libre competencia de las actividades que se pretendan desarrollar sobre los mismos, así como las causas de su revocación. No es admisible, en este sentido, que las autorizaciones sobre dominio público puedan ser revocadas unilateralmente por la Administración en cualquier momento cuando, con un simple cambio normativo aprobado con posterioridad, dichas autorizaciones resulten incompatibles con el nuevo marco<sup>556</sup>. El marco normativo debe concretar los criterios objetivos que permiten otorgar y revocar los títulos que permiten el uso de los bienes de dominio público y sujetar las decisiones que se adopten al posterior escrutinio bajo la luz del principio de proporcionalidad, que permite el control del exceso de discrecionalidad.

### **III. La regulación del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte**

#### **1. Acceso al mercado y acceso a las infraestructuras**

Uno de los aspectos centrales de las infraestructuras de transporte sujetas a regulación económica es el acceso a las mismas por parte de los operadores privados.

---

<sup>555</sup> Fernando Pablo, M.M., “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”, en RAP, nº 143, 1997, p. 147.

<sup>556</sup> Parada Vázquez, R. y Lora-Tamayo, M., *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, UNED y Dykinson, S.L., 16ª edición (1ª edición en esta editorial) revisada y ampliada, Madrid, 2019, pp. 74 y 168.

El análisis de este acceso a las infraestructuras de transporte no puede confundirse con el acceso de los operadores privados al mercado. Se trata de aspectos diferentes.

En el caso del acceso o entrada al mercado, el estudio se centra en las condiciones que se exigen a los operadores privados para que puedan realizar las actividades de transporte de viajeros o mercancías en un determinado mercado, tales como la necesidad de obtener una licencia o autorización para operar o la presentación de una comunicación previa a la Administración Pública de inicio de la actividad, los requisitos que deben cumplir los operadores privados (capacidad económica y financiera, competencia profesional, cobertura de responsabilidad civil, etc.), la duración y renovación de la licencia o autorización o las causas de su revocación, entre otros aspectos.

Por lo que se refiere al acceso de los operadores privados a las infraestructuras de transporte, su objeto de estudio se centra en el uso y ocupación de los bienes. Su análisis se refiere, por un lado, a cómo se reparte la capacidad de infraestructura disponible (en ocasiones mediante franjas horarias o surcos), dado que se está ante un monopolio natural que además tiene una capacidad limitada, y por el otro, al acceso a las instalaciones de servicios y a los servicios mismos que se prestan a los operadores de transporte, imprescindibles para que se puedan realizar las actividades de transporte. Respecto a este segundo aspecto, el acceso a los servicios presenta distintas singularidades dado que, a diferencia de las infraestructuras –que son un monopolio–, algunos servicios se han liberalizado y se prestan en régimen de libre competencia, por lo que los operadores privados y usuarios tienen donde escoger.

Las líneas que siguen no se van ocupar del acceso o entrada al mercado, sino que se van a centrar en la cuestión del acceso a las infraestructuras de transporte y, de modo particular, se va a analizar el reparto de la capacidad de infraestructura disponible entre los operadores privados, con alguna referencia

al acceso a las instalaciones de servicios, excluyéndose, por su extensión, un análisis en profundidad del acceso a cada servicio individualizado.

Así pues, centrado el objeto de estudio en lo que sería el reparto de la capacidad de infraestructura disponible entre los operadores privados, su análisis debe referirse a aspectos como quién tiene derecho de acceso, a qué elementos de la infraestructura se tiene derecho a acceder, qué procedimiento debe seguirse para el reparto de la capacidad de infraestructura disponible entre los operadores privados y bajo qué principios y criterios, quién reparte la capacidad de infraestructura, cuáles son las limitaciones y causas objetivas de denegación del acceso y cómo se resuelven las controversias en el acceso. Todos estos extremos forman parte del estatuto jurídico de las infraestructuras de transporte, si bien no existe actualmente una regulación unitaria, sino que cada legislación sectorial establece sus propias reglas.

Antes de entrar a fondo en todas estas cuestiones, debe precisarse que la intervención pública en el acceso de los operadores privados de transporte a las infraestructuras y a las instalaciones de servicio se articula de forma distinta en función de si se refiere al reparto de la capacidad de infraestructura o a los demás usos del dominio público.

En el primer supuesto, esto es, el acceso de los operadores privados de transporte a las infraestructuras y a las instalaciones de servicio, no se aplican los mecanismos establecidos con carácter general en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas o en la legislación sectorial que articulan el uso y ocupación del dominio público, sino que, según se dijo en líneas anteriores, se ha previsto un procedimiento *ad hoc* con el que se obtiene una autorización de acceso, que es totalmente ajeno al régimen de autorizaciones y concesiones demaniales. Este procedimiento se aplica tanto si se trata de bienes de dominio público (sector ferroviario) como si se trata de bienes despubblicados (sector aeroportuario). Se trata de un mecanismo de reparto de la capacidad de infraestructura disponible que está perfectamente detallado en el caso de los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias –no así en el caso de los puertos–, que pivota sobre tres pilares básicos: un mecanismo de reparto

objetivo, transparente y no discriminatorio de la capacidad de infraestructura a través de un organismo neutral de reparto que utiliza para ello un procedimiento específico de adjudicación y unos criterios preestablecidos; el pago no discriminatorio de una contraprestación económica para poder acceder y usar la infraestructura; y la revisión de las decisiones sobre acceso a las infraestructuras de transporte e instalaciones de servicio a cargo de una autoridad independiente.

Por el contrario, el uso y ocupación de los bienes por operadores privados para prestar servicios a los transportistas y demás usuarios se vehicula a través de los mecanismos propios del dominio público (otorgamiento de autorizaciones o concesiones demaniales), salvo en el caso de los aeropuertos, respecto de los cuales, al haberse despublificado, se utilizan mecanismos de Derecho privado.

## **2. El acceso a las infraestructuras de transporte bajo los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y a precio razonable como garantía de la libre competencia**

Desde finales del siglo XX y principios de este siglo XXI se han sucedido en España un conjunto de reformas, por influjo del Derecho de la Unión Europea, que han comportado la liberalización de muchos de los servicios públicos prestados antiguamente en régimen de monopolio, afectando esta tendencia no sólo a los transportes, sino también a sectores como el energético, los servicios postales o las telecomunicaciones, que se han abierto a la iniciativa privada para que estas actividades puedan ser prestadas en régimen de libre competencia.

Frente a un modelo de servicios públicos prestados directa o indirectamente por la Administración, se ha abierto paso un modelo alternativo de regulación económica, a modo y semejanza de los países anglosajones, en el que, como apunta Del Guayo Castiella<sup>557</sup>, el Estado se limita a regular estas actividades

---

<sup>557</sup> Del Guayo Castiella, I., “La regulación económica como alternativa”, en REDA, nº 130, abril-junio de 2006.

para permitir que sean realizadas por los operadores privados en las condiciones más próximas posibles a una situación de competencia y para corregir las ineficiencias y abusos que se puedan producir.

A partir del momento en que los servicios públicos de transporte dejaron de ser un monopolio público y se permitió que estas actividades fuesen prestadas por operadores privados en régimen de libre competencia, se vio la necesidad de garantizar el acceso a las infraestructuras de transporte, dado que se trata de bienes de paso obligado, difícilmente duplicables y, por ello, esenciales para que pueda haber competencia en la prestación de actividades de transporte. Las infraestructuras de transporte son cuellos de botella, por lo que el derecho de acceso a las mismas debe estar garantizado mediante la aplicación de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y a precio razonable.

El derecho de acceso a las infraestructuras de transporte incluye fundamentalmente, entre otros aspectos, el acceso de los trenes a las vías y estaciones de ferrocarril, el aterrizaje y despegue de aviones por las pistas de un aeropuerto y el acceso a sus terminales y el acceso de los buques a los puertos. Este acceso implica un uso en exclusiva de una parte de la capacidad de infraestructura disponible durante una determinada franja horaria con el fin de realizar la actividad de transporte de personas y mercancías, dado que es materialmente imposible que se utilice a la vez por dos operadores privados de transporte –a la misma hora sólo un tren puede circular entre dos puntos de la red, sólo un avión puede aterrizar o despegar por la misma pista y sólo un barco puede atracar en una terminal del puerto. Por ello, deben arbitrarse mecanismos que garanticen un acceso objetivo, transparente y no discriminatorio a los operadores privados de transporte para que puedan realizar sus actividades en régimen de libre competencia.

La regulación del derecho de acceso, en definitiva, trata de solucionar precisamente el conflicto que se genera entre unas infraestructuras que son unos bienes indispensables, de capacidad limitada y de paso obligado, por un lado, y la necesidad de garantizar la libre prestación de actividades de transporte a través de estas infraestructuras, por el otro.

Ello incluye también la necesidad de garantizar a los operadores privados el acceso a las distintas instalaciones de servicios y a los servicios que en ellos se prestan, imprescindibles para que se puedan realizar las actividades de transporte<sup>558</sup>. El acceso a las infraestructuras de transporte no es sólo el acceso a los bienes, sino también a los servicios que se prestan en los mismos (remolque, amarre, embarque, carga, descarga, estiba, suministro de corriente de tracción o combustible, señalización, acceso a las redes de telecomunicaciones, asistencia a pasajeros, recogida y entrega de equipaje, *catering*, etc.), sin los cuales el transporte no es posible.

En este marco, la garantía del derecho de acceso es fundamental para garantizar la libre competencia. Se trata de infraestructuras esenciales para la competencia y por ello el Estado debe procurar una regulación que garantice el derecho de los distintos operadores privados de transporte a acceder a la infraestructura y a los servicios.

La regulación, en definitiva, debe impedir que el gestor o administrador de una infraestructura pueda condicionar el mercado y distorsionar la competencia con sus decisiones en materia de acceso. Por ello, es imprescindible que el derecho de acceso a las infraestructuras de transporte se sujete a los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y precio razonable.

Así, el derecho de acceso debe ser, en primer lugar, objetivo, lo que exige determinar de antemano las condiciones técnicas, económicas y administrativas que deben cumplirse para poder ejercer tal derecho, así como las causas de su posible limitación o denegación. Se trata, en definitiva, de reducir al máximo la discrecionalidad de quien autoriza el acceso de los operadores privados a la infraestructura de transporte.

En segundo lugar, el derecho de acceso debe ser transparente, no sólo en lo que se refiere a las condiciones técnicas, económicas y administrativas antes

---

<sup>558</sup> Véase en este sentido a Villar Rojas, F.J., *Las instituciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico*, op. cit., p. 265.

citadas, que deben ser conocidas por todos de antemano, sino también en cuanto al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura.

También se exige, en tercer lugar, un acceso a la infraestructura no discriminatorio, por lo que no puede haber diferencias de trato en dicho acceso (requisitos de acceso, precio a pagar, etc.), si no es debido a la concurrencia de causas objetivas debidamente justificadas.

Finalmente, el precio a pagar por el acceso a las infraestructuras de transporte debe ser razonable. Aquí se plantean distintas cuestiones, principalmente qué se entiende por precio o beneficio razonable<sup>559</sup> o a quién corresponde fijarlo, dado que actualmente se trata de infraestructuras monopolísticas con un evidente poder de mercado, según se tendrá ocasión de analizar en el capítulo III.

Según Villar Rojas<sup>560</sup>, el derecho de acceso a las infraestructuras, sujeto a los principios que se han citado, se puede articular de dos maneras: puede ser un acceso negociado o puede tratarse de un acceso regulado. En el caso del acceso negociado, se deja que sean las partes las que negocien los términos de dicho acceso con criterios empresariales, con intervención de una autoridad independiente tan sólo para mediar en caso de conflicto. Será en esta fase de solución de conflictos cuando la autoridad independiente tratará de garantizar el derecho de acceso con aplicación de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación. En el segundo caso, el acceso regulado, son las normas sectoriales las que determinan de antemano el contenido exacto del derecho de acceso, fijando unos criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que permitan el reparto de la capacidad de infraestructura y

---

<sup>559</sup> En materia de ferrocarriles, por ejemplo, el anexo I de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE de 30 de septiembre de 2015), tras su modificación por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 2018), define el beneficio razonable como “un índice de remuneración del capital propio que tenga en cuenta el riesgo, incluido el riesgo que afecta a los ingresos, o la inexistencia del mismo, soportado por el explotador de la instalación de servicio y que esté en consonancia con el índice medio registrado en el sector durante los últimos años”.

<sup>560</sup> Villar Rojas, F.J., *Las instituciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico*, op. cit., pp. 205-257.



articulando un procedimiento para realizar dicho reparto y un mecanismo para determinar el precio de acceso.

Sin embargo, esta división del derecho de acceso sostenida por Villar Rojas debe matizarse, porque incluso cuando se deja que sean el titular de la infraestructura y los que pretenden utilizarla quienes negocien los términos del acceso, puede haber de antemano la regulación de alguna obligación fijada *ex ante*. Es más, el hecho de sujetarse a una Administración independiente para dirimir los conflictos de acceso ya supone un acceso sujeto a regulación. El acceso a las infraestructuras, pues, siempre es regulado: en unas ocasiones se dejará mayor margen a la autonomía de las partes y en otras todas las condiciones de acceso vendrán predeterminadas por el marco regulador, pero en uno y otro caso se trata de un acceso sujeto a regulación.

Esta distinta intensidad en la regulación del acceso está presente en el caso de las infraestructuras de transporte, según se tendrá ocasión de analizar con más detalle en líneas posteriores. Así, en el transporte ferroviario y aeroportuario el acceso a las infraestructuras se articula en función de si existe conflicto en las solicitudes de reparto de las franjas horarias o si la infraestructura se declara congestionada. En ambos sectores se admiten mecanismos de coordinación entre los operadores privados de transporte y los que tienen atribuida la tarea de adjudicar la capacidad de infraestructura disponible, lo cual permite negociar el reparto de la capacidad de infraestructura. Se trata, según se verá, de fórmulas de acceso negociado a la infraestructura, con las que los operadores privados y los administradores de infraestructuras pactan modificaciones en las solicitudes de capacidad de infraestructura presentadas con el fin de dar cabida a todas ellas, especialmente cuando existen coincidencias en las pretensiones por las mismas franjas horarias. Por el contrario, cuando la infraestructura de transporte se declara congestionada, se impone un acceso con todos los parámetros prefijados en la regulación sectorial, que contendrá los criterios objetivos y no discriminatorios de reparto de la capacidad de infraestructura y el procedimiento transparente que debe seguirse.

En cualquiera caso, sea cual sea el grado de intensidad de la regulación del acceso a las infraestructuras de transporte, el objetivo siempre es el mismo, cual es evitar que las mismas sean una barrera de entrada que distorsione la competencia entre los operadores privados que necesariamente deben utilizarlas para realizar sus actividades de transporte.

### **3. La determinación y adjudicación de capacidad de infraestructura**

#### **3.1 Introducción**

Las infraestructuras de transporte, según se ha apuntado, se caracterizan por ser lugares de paso obligado que tienen una capacidad limitada y son difícilmente ampliables por distintas razones generalmente económicas, ambientales o urbanísticas. Dadas sus limitaciones de capacidad, estas infraestructuras sólo admiten un determinado volumen de tráfico. Además, por las características del transporte, el uso de las infraestructuras no se puede simultanear: no es posible usar por dos operadores a la vez la misma pista de aterrizaje, el mismo punto de atraque o la misma vía férrea. Ello obviamente genera problemas a la hora de repartir la capacidad de infraestructura disponible entre los distintos operadores privados que la necesitan para poder desarrollar sus actividades de transporte en régimen de libre competencia. Este hecho se agrava todavía más porque determinadas franjas horarias son más apetecibles que otras desde el punto de vista comercial, lo que contribuye a generar mayores problemas de congestión.

Tradicionalmente, la garantía del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte y el reparto de la capacidad de infraestructura se ha vehiculado en España manteniendo estos bienes dentro del dominio público. Bajo este modelo, la Administración Pública, como titular de los bienes demaniales, ha venido gestionando los distintos usos, incluyendo el reparto de la capacidad de infraestructura disponible, presumiéndose que cuando la Administración actúa lo hace con criterios objetivos y no discriminatorios para atender los intereses generales. Sin embargo, el distinto régimen jurídico actual de los bienes

aeroportuarios (despublicados) y ferroviarios o portuarios (dominio público) demuestra que este paradigma no es cierto. La garantía del derecho de acceso para los operadores privados a las infraestructuras de transporte no radica en el mantenimiento de los bienes dentro del dominio público, sino en una adecuada regulación de tres aspectos clave: el establecimiento de un procedimiento *ad hoc* de reparto de la capacidad de infraestructura disponible; la regulación del acceso a los servicios imprescindibles para que se pueda realizar la actividad de transporte; y el establecimiento de unas condiciones de acceso objetivas, transparentes y no discriminatorias. Esto ya es una realidad en los sectores aeroportuario y ferroviario, en los que se ha impuesto un modelo de reparto de la capacidad de infraestructura disponible que es ajeno al régimen jurídico de los bienes (demanial o despublicado).

El ordenamiento jurídico ha arbitrado en cada uno de los sectores de transporte un sistema de reparto de la capacidad de infraestructura disponible, que tiene unos aspectos comunes y otros que difieren.

Según se vio, este reparto de la capacidad de infraestructura debe realizarse con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, y precisamente para ello es fundamental que se garantice la independencia de quien ejerza esta función, debiéndose separar la actividad de reparto de la capacidad de infraestructura y la actividad de transporte que realizan los operadores privados. Quien reparte la capacidad de infraestructura no puede ser al mismo tiempo un operador privado que se beneficia de dicho reparto.

Por regla general, existen dos maneras de enfocar el reparto de la capacidad de infraestructura. Puede arbitrarse como una función pública, regulándose el derecho de acceso y encomendándose esta función a un organismo independiente, pero también es posible que esta actividad se deje en manos del mercado para que, con mecanismos de autoregulación, sean los operadores privados y el administrador o gestor de cada infraestructura los que negocien los términos del acceso, con intervención de un organismo independiente para que dirima en la solución de conflictos.

Por otro lado, en la regulación del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte se suele establecer dos mecanismos de reparto de la capacidad de infraestructura para aquellos casos en que existan conflictos en las solicitudes de acceso presentadas: un mecanismo de coordinación entre el administrador de la infraestructura y los operadores privados de transporte, que permite negociar y buscar la colaboración voluntaria para solventar la confluencia de solicitudes que pretenden usar las mismas franjas horarias o surcos; y, para el caso en que la infraestructura se declare congestionada, un mecanismo de reparto de la capacidad de infraestructura que supone la aplicación de unos criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

## **3.2 El acceso a las infraestructuras portuarias**

### **3.2.1 Planteamiento**

Las infraestructuras portuarias no siguen el modelo aeroportuario o ferroviario de reparto de capacidad de infraestructura disponible entre sus usuarios. No se ha previsto un sistema de franjas horarias o surcos que se reparten entre los buques usuarios del puerto según determinados criterios de prioridad. Ello no significa que en los puertos no se haya previsto ningún mecanismo para la asignación de los puntos de atraque o lugares de fondeo. Existe un procedimiento, si bien éste se articula de forma totalmente distinta a la prevista para los casos ferroviario y aeroportuario, con una particularidad añadida: el procedimiento de acceso a las infraestructuras portuarias no está previsto en una regulación uniforme a nivel estatal para todos los puertos de interés general, sino que se deja que cada autoridad portuaria ordene la cuestión a través del Reglamento de servicios, policía y régimen de puerto. Bien es cierto que Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante<sup>561</sup> (art. 295) prevé que Puertos del Estado debe elaborar con alcance general un Reglamento de Explotación y Policía de los puertos del Estado, pero este instrumento normativo todavía no ha sido aprobado.

---

<sup>561</sup> Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 2011).

El modelo que se ha previsto para los puertos se ajusta a las características propias de estas infraestructuras, que son distintas a las que presentan los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias. Los aviones no pueden llegar todos a la vez a un aeropuerto y permanecer indefinidamente en el aire a la espera de poder aterrizar, y un tren no puede circular por una vía si el tren que lo precede no termina su recorrido. Por ello en los sectores aeroportuario y ferroviario es imprescindible establecer franjas horarias o surcos para ordenar el tráfico constante y repartirse el uso de las infraestructuras (pistas de aterrizaje y despegue, hangares, vías de tren, andenes, etc.). Por el contrario, en el caso de los puertos no existe esta necesidad imperiosa de arbitrar franjas horarias o surcos de entrada, simplemente porque si un punto de atraque no está disponible a la llegada de uno o diversos buques, éstos pueden esperar su turno fondeados en el lugar que se les indique a la entrada del puerto (*first come, first served*).

Así pues, según se verá, en el sector portuario existe un procedimiento de acceso a las infraestructuras regulado por cada autoridad portuaria, mediante el cual se autoriza el atraque de los buques, pero este procedimiento no sigue el modelo de determinación previa de la capacidad de infraestructura portuaria disponible, ni se efectúa un reparto objetivo de esta capacidad mediante la asignación de franjas horarias o surcos. Sin embargo, el procedimiento existente debe procurar igualmente que el acceso al puerto se haga bajo condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias, dado que son instalaciones esenciales para la competencia<sup>562</sup>. Además, si bien es cierto que la entrada en el puerto y la utilización de infraestructuras portuarias supone un uso del dominio público portuario, ello se articula con una simple autorización ajena a los títulos previstos con carácter general para el uso y aprovechamiento del dominio público<sup>563</sup>.

---

<sup>562</sup> De la Cruz Ferrer, J. y Llorente Caballero, A., “La competencia en los puertos y el transporte marítimo”, en Fernández Farreres, G. (coordinador), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 255-257.

<sup>563</sup> Véase en este sentido a De Rojas Martínez-Parets, F., *El régimen de los puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 43.

A pesar de lo anterior, también es cierto que esto puede cambiar en un futuro próximo. Los puertos forman parte de una red global de transporte y ello requiere que se articulen mecanismos de coordinación de las llegadas y salidas de buques para hacer el transporte marítimo más eficiente. En este sentido iría el mecanismo de digitalización de las *port calling operations*<sup>564</sup>, que va a exigir que los puertos estén preparados, mediante un sistema de franjas horarias, para recibir los buques que vayan llegando. En las operaciones portuarias intervienen distintos sujetos, ya sea a su llegada o a su salida (autoridad marítima, autoridad portuaria, servicio de aduana, remolcadores, estibadores, suministradores de carburante, gestores de residuos, etc.). Ello requiere de una buena coordinación para que todas las operaciones portuarias durante la escala de un buque en el puerto sean eficientes. Se trata, en definitiva, de superar el sistema actual que atiende al orden de llegada de los buques al puerto (*first come, first served*) y apostar por un mecanismo de digitalización global de las operaciones portuarias, que permite prever con antelación la llegada de los buques al puerto y planificar de manera óptima los distintos recursos portuarios.

Las líneas que siguen analizan el procedimiento vigente de acceso de los buques mercantes a los puntos de atraque en los puertos de interés general españoles, así como la prestación de servicios a los mismos, imprescindibles para que puedan operar. Queda al margen de este análisis el uso que hacen de los puertos las embarcaciones de pesca y de recreo. Asimismo, tampoco se analizan otros aspectos conexos relacionados con la seguridad, el régimen de aduanas, el control de la inmigración, el cumplimiento de las normas de policía y sanitarias o los aspectos medioambientales.

---

<sup>564</sup> Véase en este sentido el documento *Digitalizing the port call process*, Transport and Trade Facilitation, Series No 13, United Nations Conference on Trade and Development, Ginebra, 2020 ([https://unctad.org/system/files/official-document/dtltlb2019d2\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/dtltlb2019d2_en.pdf)). En la misma línea iría la creación de una ventanilla única marítima mediante el Reglamento (UE) 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, por el que se crea un entorno europeo de ventanilla única marítima y se deroga la Directiva 2010/65/UE (DOUE de 25 de julio de 2019).

### 3.2.2 Procedimiento para el atraque de buques

Las referencias al procedimiento de acceso de los buques a los puertos son más bien escasas en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y en la Ley de Navegación Marítima<sup>565</sup>. Para tener una visión global del mecanismo utilizado en nuestros puertos de interés general para ordenar el acceso y atraque de los buques dedicados al transporte marítimo debe analizarse, por un lado, el Reglamento de servicio, policía y régimen de puerto aprobado en cada uno de ellos, la mayoría de los cuales datan de la década de los setenta del siglo pasado<sup>566</sup>, y por el otro, el procedimiento de solicitud de escala, asignación de atraque y despacho de buques en los puertos de interés general que se articula a través del *Documento único de escala (DUE)*<sup>567</sup>.

#### 1) Solicitud de entrada y atraque en el puerto

De acuerdo con la Ley de Navegación Marítima, para poder entrar en un puerto español se requiere la autorización de la autoridad portuaria, a solicitud de los armadores, navieros, capitanes o consignatarios (art. 7), y que previamente se haya obtenido la autorización del capitán marítimo para entrar en aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción (art. 266 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). Por lo demás, en todo lo que se refiere a la estancia de cada buque en el puerto y a la prestación de los servicios de carga y descarga de mercancías y equipajes y de embarque y desembarque de pasajeros y vehículos, la Ley de Navegación Marítima se remite a la legislación portuaria.

---

<sup>565</sup> Ley 14/2014, de 24 de julio (BOE de 25 de julio de 2014).

<sup>566</sup> Estos Reglamento de servicio, policía y régimen de puerto se aprobaron en desarrollo de la Ley de puertos de 19 de enero de 1928 (Gaceta de Madrid de 20 de enero de 1928), en cuyo artículo 31 se previó la existencia de los mismos en cada puerto para regular las prescripciones relativas a su uso.

<sup>567</sup> Orden FOM/1194/2011, de 29 de abril, por la que se regula el procedimiento integrado de escala de buques en los puertos de interés general (BOE de 13 de mayo de 2011), modificada por la Orden FOM/1498/2014, de 1 de agosto (BOE de 11 de agosto de 2014).

La programación por cada autoridad portuaria de los atraques de los distintos buques mercantes que llegan al puerto exige que se notifique su llegada<sup>568</sup>. En esta solicitud de entrada en un puerto de interés general español debe incluirse información sobre las características del buque y la mercancía transportada, la fecha de llegada y de su posible salida y los servicios que se van a requerir. Ello se concreta en la *Declaración única de escala* (DUE), que contiene todos los datos necesarios para permitir a las Administraciones marítima y portuaria gestionar la entrada, estancia y salida del buque del puerto. El anexo I de la Orden FOM/1498/2014, de 1 de agosto, por la que se modifica la Orden FOM/1194/2011, de 29 de abril, detalla el contenido de la DUE, que incluye información sobre el buque y su agente consignatario, la declaración general de su capitán, la escala, la estancia del buque en el puerto, la tripulación, los pasajeros, los residuos a bordo, las mercancías peligrosas y la protección del buque (art. 8).

La DUE debe presentarse mediante transmisión electrónica a la autoridad portuaria del puerto de escala –que actúa de ventanilla única– con una antelación de al menos setenta y dos horas a la hora de llegada a aguas portuarias si se trata de buques con pabellón extranjero y el buque puede ser objeto de inspección ampliada<sup>569</sup>, o antes de abandonar el puerto de origen si se prevé que el viaje durará menos de setenta y dos horas. En los demás casos, la DUE debe presentarse al menos con veinticuatro horas de antelación a la hora prevista de llegada del buque a aguas portuarias, salvo en caso de emergencia u otras circunstancias excepcionales debidamente motivadas, que deben comunicarse con la mayor brevedad posible (art. 9 de la Orden FOM/1194/2011).

Tras la presentación de la DUE, la autoridad portuaria asigna un número de escala, aunque ello no supone la autorización de atraque. Antes de que la autoridad portuaria le asigne un punto de atraque, debe disponerse de la

---

<sup>568</sup> Artículo 3 del Real Decreto 1334/2012, de 21 de septiembre, sobre las formalidades informativas exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos españoles o que salgan de éstos (BOE de 22 de septiembre de 2012).

<sup>569</sup> Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles (BOE de 30 de diciembre de 2010).



autorización del capitán marítimo para entrar en aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

## *2) Programación y designación del punto atraque o lugar de fondeo*

Tras la autorización del capitán marítimo para entrar en aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, la autoridad portuaria debe asignar al buque un punto de atraque o un lugar de fondeo. Los distintos Reglamentos de servicio, policía y régimen de puerto prevén que se realice una programación de los atraques con suficiente antelación, preferentemente con carácter semanal.

La asignación de un punto de atraque supone la autorización para entrar en el puerto y es imprescindible para poder realizar las operaciones de carga y descarga de mercancías y de embarque y desembarque de pasajeros y para que el buque pueda recibir la prestación de los distintos servicios portuarios que precise.

Por regla general, la autoridad portuaria asignará un punto de atraque, pero si la carga y descarga no se puede realizar en el muelle, se le asignará un lugar de fondeo, que se debe procurar que sea próximo al muelle al que deban realizarse las operaciones de carga y descarga.

Los distintos Reglamentos de servicio, policía y régimen de puerto suelen prever que, tras haberse realizado las operaciones de carga y descarga, el buque debe dejar libre el punto de atraque en un plazo de dos horas, salvo que exista espacio suficiente en los muelles que permita realizar las operaciones de carga y descarga que requieran otros buques. Se persigue con ello que los buques no permanezcan atracados más tiempo de lo razonable en los puntos de atraque destinados a carga y descarga. Pero si el buque necesita estar más tiempo atracado en el muelle por otros motivos (aprovisionamiento, reparaciones, espera de órdenes, etc.), debe solicitarse con antelación para

poderse programar si puede permanecer en ese mismo punto de atraque, debe cambiar a otro distinto o debe fondear en el lugar que se le asigne.

### 3) *Criterios para la asignación de los puntos de atraque y turno de atraque*

Las autoridades portuarias han previsto en sus respectivos Reglamentos de servicio, policía y régimen de puerto los criterios que van aplicar para la asignación de los puntos de atraque y el turno de atraque, si bien en la mayoría de ellos estos criterios son coincidentes, con algunas salvedades.

Por regla general, para la asignación de los puntos de atraque se tienen en cuenta las características del buque, la existencia de concesiones o instalaciones en exclusiva o preferenciales, las especializaciones de los muelles para las distintas clases de buques y carga, la existencia de instalaciones y equipos adecuados para las operaciones a realizar y la existencia de superficies o almacenes necesarios para el depósito de mercancías. Asimismo, la autoridad portuaria debe procurar que los puntos de atraque asignados estén lo más cerca posible de las instalaciones o zonas designadas para el depósito de mercancías. También suele valorarse el volumen y naturaleza del pasaje, vehículos y mercancías para aquellos casos en que deba darse preferencia a la carga sobre la descarga con el fin de descongestionar el muelle o las instalaciones.

En el caso de buques que transportan mercancías peligrosas, las autoridades portuarias deben asignarles puntos de atraque en muelles habilitados para este tipo de mercancías.

En cuanto al turno de entrada en el puerto y atraque, si a varios buques se les asigna un mismo punto de atraque en el muelle adecuado a sus características, a las mercancías que debe manipular o a las operaciones que debe realizar, el turno de atraque viene dado por el orden de llegada al puerto (*first come, first served*), aunque no siempre se aplica esta regla, sino que algunas autoridades portuarias han previsto modulaciones. Así, en el puerto de Valencia, por

ejemplo, su Reglamento de servicio y policía prevé que la autoridad portuaria puede prescindir del criterio del orden de llegada cuando lo considere conveniente para el interés general del tráfico, en cuyo caso puede establecer *“derechos preferenciales de atraque”*. En la misma línea, en el puerto de Melilla la autoridad portuaria determina el orden o turno para atracar *“a la vista de la conveniencia de la explotación del puerto”*, y cuando ello no sea necesario rige el criterio del orden de llegada. Igualmente, en el puerto de Barcelona (muelles contradique sur y oeste) el orden de llegada es un factor importante a tener en cuenta, pero la autoridad portuaria puede determinar el turno de atraque *“con el criterio de optimizar la explotación del puerto y minimizar los efectos derivados de los tiempos de espera”*. Y en el puerto de Las Palmas se prevé que el criterio del orden de llegada se puede cambiar ante *“situaciones excepcionales”*.

Este criterio general del orden de llegada al puerto, por otro lado, suele ser objeto de algunas excepciones en los mismos Reglamentos de servicio, policía y régimen de puerto.

En primer lugar, se suele prever que, en caso de demora en la llegada del buque a puerto, no avisada con suficiente antelación, se pierde el punto de atraque asignado y el turno de atraque, debiéndose realizar una nueva solicitud. En caso de aviso, la autoridad portuaria decide si se mantiene el mismo punto de atraque o se designa otro.

Y, en segundo lugar, se suele prever también que los buques en peligro por averías, incendios en la mercancía o corrimiento de la estiba tienen preferencia de atraque en el muelle que se les asigne, salvo que exista riesgo de hundimiento, en cuyo caso el buque no puede permanecer atracado en el muelle.

No existe, por el contrario, una regulación general o establecida por cada autoridad portuaria en sus respectivos Reglamentos de servicio, policía y régimen de puerto que contenga los criterios objetivos que permiten denegar el atraque de un buque en el puerto, como podrían ser criterios de seguridad,

medioambientales, de disponibilidad de espacios, instalaciones y equipos y otras razones objetivas. Tampoco se ha previsto la necesidad de motivar las denegaciones de atraque ni ningún procedimiento de reclamación ante una administración independiente.

### **3.2.3 El acceso a los servicios como parte integrante del acceso a las infraestructuras portuarias**

El acceso de los buques mercantes a los puertos requiere la prestación de diversos servicios sin los cuales no es posible el tráfico portuario, a modo semejante de lo que ocurre con el acceso de los aviones a los aeropuertos y de los ferrocarriles a la red ferroviaria.

La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante agrupa estos servicios en cuatro categorías: los servicios generales, los servicios portuarios, los servicios comerciales y el servicio de señalización marítima.

Los servicios generales son aquellos servicios de los que se benefician todos los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud y los servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones de las Autoridades Portuarias (art. 106). Se trata de servicios prestados por cada Autoridad Portuaria que pueden ser encomendados a terceros cuando no se ponga en riesgo la seguridad ni impliquen el ejercicio de autoridad, y entre los mismos destacan tres por su conexión con el acceso de los buques a los puertos: el servicio de ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, tanto marítimo como terrestre; el servicio de coordinación y control de las operaciones asociadas a los servicios portuarios, comerciales y otras actividades; y los servicios de señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación que sirvan de aproximación y acceso del buque al puerto, así como su balizamiento interior<sup>570</sup>. En el caso del

---

<sup>570</sup> Existen otros servicios generales, como son el servicio de policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras administraciones; el servicio de alumbrado de las zonas comunes; f) El servicio de limpieza habitual de las zonas comunes de tierra y de agua, con exclusión del servicio la limpieza de muelles y explanadas como consecuencia de las operaciones de depósito y manipulación de mercancías; y los servicios de

servicio de ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, la propia Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (art. 2.3) define el tráfico portuario como *“las operaciones de entrada, salida, atraque, desatraque, estancia y reparación de buques en puerto y las de transferencia entre éstos y tierra u otros medios de transporte, de mercancías de cualquier tipo, de pesca, de avituallamientos y de pasajeros o tripulantes, así como el almacenamiento temporal de dichas mercancías en el espacio portuario”*.

Existen, en segundo lugar, los servicios portuarios, que se definen como las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación (art. 108). Los servicios portuarios se agrupan en cuatro modalidades: los servicios técnico-náuticos, que incluye el servicio de practicaje, el servicio de remolque y el servicio de amarre y desamarre; el servicio de pasaje, que incluye el embarque y desembarque de pasajeros, la carga y descarga de equipajes y la carga y descarga de vehículos en régimen de pasaje; el servicio de recepción de desechos generados por buques; y el servicio de manipulación de mercancías, que incluye la carga, la estiba, la descarga, la desestiba y el trasbordo de mercancías.

La prestación de estos servicios portuarios se realiza por la iniciativa privada en régimen de libre concurrencia, previa obtención de una licencia de carácter reglado, que debe obtenerse por concurso cuando el número de prestadores esté limitado por razones de disponibilidad de espacios, de capacidad de las instalaciones, de seguridad, de normas medioambientales o por otras razones objetivas. No obstante, en el caso del servicio de practicaje sólo puede haber un único prestador en cada área portuaria. También se prevé la autoprestación de servicios portuarios al pasaje o de manipulación de mercancías, que se da cuando el concesionario o titular de una terminal de pasajeros o de mercancías dedicada al uso particular se presta a sí mismo los servicios al pasaje o de

---

prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación.

manipulación de mercancías o cuando estos servicios se prestan por el propio personal embarcado en el buque. Incluso se prevé una modalidad de autoprestación de servicios técnico-náuticos, que se denomina integración de servicios, que se da cuando el concesionario o el titular de una autorización de una terminal de pasajeros o de mercancías dedicadas al uso particular presta a los buques que operan en la misma uno o varios servicios técnico-náuticos, con personal y material propio. Finalmente, debe hacerse mención a la posibilidad de que las Autoridades Portuarias presten directa o indirectamente algún servicio portuario ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, con el fin de garantizar una adecuada cobertura de las necesidades.

Los servicios portuarios se prestan a solicitud de los usuarios, aunque el servicio de recepción de desechos generados por buques es de uso obligatorio, como también lo es el servicio de practicaaje cuando lo determine la Administración marítima. También serán obligatorios aquellos otros servicios que determine el Reglamento de Explotación y Policía o las Ordenanzas del Puerto o cuando lo imponga la Autoridad Portuaria ante circunstancias extraordinarias o Capitanía Marítima por razones de seguridad marítima. En cualquier caso, el Pliego de Prescripciones Particulares de cada servicio portuario debe establecer los requisitos de acceso a su prestación, los cuales deberán ser no discriminatorios, objetivos, adecuados y proporcionados.

En tercer lugar, la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante se ocupa de los servicios comerciales, que son actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén vinculadas a la actividad portuaria (art. 139). Estos servicios también se prestan en régimen de libre competencia, previa obtención de una autorización, y como ocurre con los servicios portuarios, las Autoridades Portuarias pueden prestarlos ante las deficiencias de la iniciativa privada. La Ley no regula los requisitos de acceso a los servicios comerciales, sino que se remite a lo que establezcan las condiciones particulares determinadas por cada Autoridad Portuaria, si bien, como en el caso de los servicios portuarios, estos requisitos deben ser no discriminatorios, objetivos, adecuados y proporcionados para garantizar que el acceso a los mismos a quien los solicite.

Finalmente, debe hacerse referencia al servicio de señalización marítima, prestado por cada Autoridad Portuaria en su zona geográfica, que tiene como objeto la instalación, mantenimiento, control e inspección de dispositivos visuales, acústicos, electrónicos o radioeléctricos, activos o pasivos, destinados a mejorar la seguridad de la navegación y los movimientos de los buques en el mar litoral español y, en su caso, confirmar la posición de los buques en navegación (art. 137).

En otro orden de cosas, debe significarse que el Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos<sup>571</sup>, exige que los Estados miembros implanten un procedimiento eficaz para tramitar reclamaciones ante una autoridad independiente del gestor del puerto o de cualquier prestador de servicios portuarios, con el fin de garantizar la aplicación efectiva y correcta de dicha norma comunitaria (art. 16), así como un mecanismo para recurrir las decisiones individuales que adopte el gestor del puerto o la autoridad competente en materia de servicios y los precios exigidos por su prestación (art.18). Estas cuestiones serán analizadas con detalle en capítulo III.

### **3.3 El acceso a las infraestructuras ferroviarias**

Para poder operar en el transporte ferroviario, las empresas ferroviarias deben cumplir una serie de requisitos previstos en la Ley del sector ferroviario de 2015, como son disponer de la correspondiente licencia de empresa ferroviaria que acredite su capacidad económica y financiera y la competencia profesional de su personal, un certificado de seguridad, la homologación del material rodante, maquinistas habilitados y obtener la adjudicación de capacidad de

---

<sup>571</sup> DOUE de 3 de marzo de 2017.

infraestructura (frangas horarias o surcos), aspecto este último que es el que se va a desarrollar seguidamente.

La adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria es el mecanismo que permite a las empresas ferroviarias ejercer su actividad de transporte en régimen de libre competencia. Para obtenerla, las empresas ferroviarias que cumplan los requisitos para poder ejercer la actividad deben seguir un procedimiento de adjudicación de la capacidad disponible en el que se aplican unos criterios de reparto objetivos, transparentes y no discriminatorios<sup>572</sup>.

Mediante este mecanismo, las empresas ferroviarias se reparten el uso de unas infraestructuras que son bienes de dominio público, reparto que, como en el caso de los aeropuertos, se vehicula dividiendo su capacidad en distintas frangas horarias o surcos que luego se adjudican según determinados criterios de prioridad.

La contrapartida al reconocimiento de este derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias es la obligación de las empresas ferroviarias de tener que pagar por el uso de la capacidad de infraestructura adjudicada, cuestión que será tratada en el capítulo III.

### **3.3.1 Evolución del marco normativo**

Las Leyes de ferrocarriles de 1855<sup>573</sup> y 1877<sup>574</sup> no hacían referencia al derecho de acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias para poder realizar actividades de transporte sobre las mismas porque el modelo se basaba en la existencia de unos concesionarios que construían las infraestructuras y

---

<sup>572</sup> Montero Pascual, J.J., Ramos Melero, R. y Ganino, M., *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte terrestre de viajeros*, op. cit., pp. 212-241.

<sup>573</sup> Ley de 3 de junio de 1855 (Gaceta de Madrid de 6 de junio de 1855).

<sup>574</sup> Ley de 23 de noviembre de 1877 (Gaceta de Madrid de 24 de noviembre de 1877).



explotaban el servicio de transporte en exclusiva (aunque también se previó la construcción y explotación por el Estado)<sup>575</sup>.

El derecho de acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias tampoco se previó en la Ley de bases de ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941<sup>576</sup>, que nacionalizó toda la red ferroviaria de vía ancha y creó un monopolio público en manos del Estado para la prestación del servicio público de transporte ferroviario a través de RENFE. La Ley de 1941 reiteró el modelo basado en la unidad de explotación de las infraestructuras y el transporte ferroviario, aunque esta vez se trataba de un modelo de explotación pública ejercido por RENFE –con la salvedad de los ferrocarriles de vía estrecha construidos por concesiones al amparo de las Leyes de ferrocarriles secundarios, que se mantuvieron. Este modelo de explotación unitaria de la infraestructura y el transporte ferroviario (unidad de explotación “*camino-vehículo*”) se mantuvo en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres<sup>577</sup> y ha llegado prácticamente hasta nuestros días.

Sin embargo, la aprobación de la Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios<sup>578</sup> permitió por primera vez y con un alcance limitado el acceso y el tránsito de los ferrocarriles por las redes ferroviarias de todos los Estados miembros. En concreto, se previó el acceso y el tránsito por las redes ferroviarias a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias y a las empresas ferroviarias de transportes combinados internacionales de mercancías, a

---

<sup>575</sup> La legislación española del siglo XIX tenía algunas previsiones sobre la organización de los surcos ferroviarios, pero eran más bien normas de policía para garantizar la seguridad de los trenes y evitar accidentes. Así, el Reglamento para la ejecución de la Ley de policía de ferrocarriles de 8 de septiembre de 1878 (Gaceta de Madrid de 27 de enero de 1894) contemplaba la organización de los trenes para cada línea mediante reglamentos de servicio, en los se especificaban las horas de salida y de llegada de los trenes, y se remitía a regulaciones específicas que debían ocuparse de las estaciones de cruce de trenes que circulaban en sentidos opuestos, la velocidad máxima, la duración de los trayectos o los intervalos de tiempo entre la salida de un tren y otro.

<sup>576</sup> BOE de 28 de enero de 1941.

<sup>577</sup> BOE de 31 de julio de 1987. El Reglamento que desarrolló la Ley fue aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE 8 de octubre de 1990).

<sup>578</sup> DOCE nº L 237 de 24 de agosto de 1991.

cambio del pago al administrador de la infraestructura de un canon no discriminatorio.

Para poder hacer efectivas las anteriores previsiones, se aprobó la Directiva 95/19/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización<sup>579</sup>, que estableció los principios y el procedimiento que debía seguirse para la adjudicación de surcos o franjas horarias, así como los cánones que debían abonarse por dicha utilización.

Según esta Directiva 95/19/CE, la capacidad de la infraestructura ferroviaria debía repartirse entre los candidatos solicitantes mediante la asignación de franjas horarias, concebidas como la capacidad de la infraestructura necesaria para que un tren circule entre dos puntos en un momento determinado. Esta adjudicación de franjas horarias debía realizarse por un organismo adjudicador designado por cada Estado miembro, valiéndose para ello de procedimientos equitativos y no discriminatorios que debían garantizar una utilización eficaz y óptima de la infraestructura.

Como contrapartida al acceso a las infraestructuras ferroviarias, los que resultaban adjudicatarios de capacidad debían abonar un canon por su utilización, que no podía ser discriminatorio en relación con los servicios de la misma naturaleza prestados por otras empresas ferroviarias, así como suscribir los acuerdos administrativos, técnicos y financieros necesarios con el administrador de la infraestructura y aportar el certificado de seguridad.

Por otro lado, como garantía para los candidatos, la Directiva 95/19/CE previó que las decisiones en materia de adjudicación capacidad de infraestructura y de aplicación de cánones se podían revisar ante una instancia independiente y luego en vía judicial.

---

<sup>579</sup> DOCE nº L 143 de 27 de junio de 1995.

Las Directivas 91/440/CEE y 95/19/CE se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>580</sup> (artículo 104) y, en desarrollo de la misma, mediante el Real Decreto 2111/1998, de 2 de octubre, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias<sup>581</sup>. La Ley 66/1997 reconoció el derecho de acceso y el tránsito por la red ferroviaria española administrada por el administrador de la infraestructura ferroviaria<sup>582</sup>, pero se remitió al desarrollo reglamentario tanto en lo que se refiere a los requisitos que debían cumplirse para ejercer estos derechos de acceso y tránsito, como a los procedimientos y criterios para la adjudicación de los surcos ferroviarios. En cualquier caso, en consonancia con las Directivas comunitarias, la normativa española se limitó a permitir el acceso y el tránsito por las infraestructuras ferroviarias españolas para realizar únicamente los servicios de transporte internacional por ferrocarril.

La Directiva 95/19/CE fue derogada y substituida por la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de la infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización<sup>583</sup>, que introdujo importantes novedades en el sector ferroviario.

Por lo general, se puede decir que la nueva Directiva 2001/14/CE pretendía garantizar una mayor transparencia y un derecho de acceso no discriminatorio a las infraestructuras ferroviarias, ideándose para ello el documento conocido como la *Declaración sobre la red*, en la que debía publicarse toda la información sobre el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias. Ello se complementaba con la obligación de los Estados miembros de crear un organismo regulador que garantizase una gestión eficiente y una utilización

---

<sup>580</sup> BOE de 31 de diciembre de 1997.

<sup>581</sup> BOE de 19 de octubre de 1998.

<sup>582</sup> En ese momento, el administrador de infraestructuras ferroviarias era el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), previsto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y del Orden Social (art. 160) (BOE de 31 de diciembre de 1996), y en el Real Decreto 613/1997, de 25 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) (BOE de 29 de abril de 1997).

<sup>583</sup> DOCE nº L 75 de 15 de marzo de 2001.

justa y no discriminatoria de las infraestructuras ferroviarias, actuando para ello como órgano de apelación (sin perjuicio de la posterior vía judicial).

La novedad principal de la Directiva 2001/14/CE fue la *Declaración sobre la red*, dado que en este documento debía detallarse, por un lado, las características de la infraestructura que se ponía a disposición de las empresas ferroviarias y las condiciones de acceso, y por el otro, las normas generales, los plazos, los procedimientos, los criterios en materia de cánones y de adjudicación de capacidad y la información para formular solicitudes. La *Declaración sobre la red*, pues, pasaba a ser el documento esencial para garantizar la transparencia.

La nueva Directiva también ordenaba más y mejor el procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria ante la coincidencia de solicitudes para las mismas franjas horarias, y así, junto a un procedimiento de coordinación de solicitudes para la adjudicación de dichas franjas, se arbitró también un mecanismo de adjudicación de franjas para el caso de tramos de la infraestructura congestionados en los que no fuese posible atender toda la demanda de capacidad durante un determinado periodo, que comportaba la necesidad de adjudicar las franjas aplicando criterios de prioridad y de elaborar un plan de aumento de capacidad.

Por otro lado, importa destacar la ampliación de quienes podían solicitar la adjudicación de capacidad ferroviaria, que ya no se limitaba a las empresas ferroviarias y a sus agrupaciones internacionales, sino que incluía también –si los Estados miembros lo preveían en sus respectivos ordenamientos internos– las autoridades públicas, los consignatarios, los cargadores y los operadores de transporte combinado para prestar servicios ferroviarios.

Las previsiones de la anterior Directiva 2001/14/CE se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico interno con la aprobación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario<sup>584</sup>, el Real Decreto 2387/2004, de 30 de

---

<sup>584</sup> BOE de 18 de noviembre de 2003.

diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario<sup>585</sup>, y la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria<sup>586</sup>.

La Ley del Sector Ferroviario de 2003 (LSF de 2003) no sólo consagró la separación de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios de transporte ferroviario, atribuyendo la primera actividad al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y la segunda a RENFE-Operadora<sup>587</sup>, sino que además previó una progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia, establecimiento para ello un procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias, que se definía en la *Declaración sobre la red*.

Actualmente, el marco normativo lo constituye la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por el que se establece un espacio ferroviario europeo único<sup>588</sup>, que vino a derogar y a substituir las Directivas 91/440/CEE y 2001/14/CE. Esta Directiva fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario<sup>589</sup>, que fue posteriormente modificada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados<sup>590</sup> con el fin de transponer la Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la

---

<sup>585</sup> BOE de 31 de diciembre de 2004.

<sup>586</sup> BOE de 9 de abril de 2005. La Orden FOM/897/2005 ha sido modificada en cuatro ocasiones mediante la Orden FOM/420/2014, de 7 de marzo (BOE de 19 de marzo de 2014), la Orden FOM/189/2015, de 11 de febrero (BOE de 12 de febrero de 2015), la Orden FOM/1977/2015, de 29 de septiembre (BOE de 30 de septiembre de 2015) y la Orden FOM/642/2018, de 13 de junio (BOE de 15 de junio de 2018).

<sup>587</sup> Posteriormente, con el fin de facilitar la liberalización del transporte ferroviario, mediante Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios (BOE de 21 de julio de 2012), se reestructuró el ente público empresarial RENFE-Operadora en cuatro sociedades mercantiles estatales que asumieron las diferentes funciones que tenía encomendadas. Ello dio lugar a la creación de RENFE-Viajeros, RENFE-Mercancías, RENFE-Fabricación y Mantenimiento y RENFE-Alquiler de Material Ferroviario.

<sup>588</sup> DOUE nº L 343 de 14 de diciembre de 2012.

<sup>589</sup> BOE de 30 de septiembre de 2015.

<sup>590</sup> BOE de 27 de diciembre de 2018.

apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias<sup>591</sup>. Junto a las normas anteriores, debe tenerse presente el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos<sup>592</sup>, aplicable desde el 1 de junio de 2019, que detalla las normas sobre el procedimiento y criterios que deben seguirse para el acceso a los servicios prestados en instalaciones de servicio. Este es el marco normativo de referencia, junto con el Reglamento del Sector Ferroviario de 2004 y la Orden FOM/897/2005 con sus modificaciones.

Importa destacar, por otro lado, que las últimas reformas –Directiva (UE) 2016/2370 y Real Decreto-ley 23/2018– completaron el proceso de liberalización del transporte ferroviario al incluir a partir del 1 de enero de 2019 el transporte de viajeros de cercanías y media distancia, además de reforzar la independencia e imparcialidad de los administradores de infraestructuras.

### **3.3.2 Aspectos subjetivos y objetivos del derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias**

El derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias garantiza que un operador privado de transporte pueda usar la capacidad de infraestructura que le asigne el administrador en forma de franjas horarias o surcos. Esta asignación de capacidad de infraestructura permite que un tren circule entre dos puntos durante un periodo de tiempo determinado.

Se trata, por tanto, de un derecho que garantiza la libre competencia entre operadores privados dado que, al fraccionarse la capacidad de la infraestructura ferroviaria en distintas franjas horarias o surcos, que se reparten mediante un procedimiento y con unos criterios preestablecidos, se permite que los distintos operadores privados compitan entre sí en la prestación de

---

<sup>591</sup> DOUE de 23 de diciembre de 2016.

<sup>592</sup> DOUE de 23 de noviembre de 2017.

servicios de transporte. Ello exige que el derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria se haga efectivo en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, pues sólo así no se distorsiona el mercado.

En el análisis de este derecho resulta necesario que se identifiquen cuáles son los sujetos activos y pasivos que intervienen en el acceso a las infraestructuras ferroviarias y a las instalaciones de servicio y cuál es el objeto o contenido de este derecho, dejando para epígrafes posteriores las cuestiones relativas a la determinación de la capacidad de infraestructura y al procedimiento y criterios de reparto.

En el aspecto subjetivo, el derecho de acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias (sujetos activos) se ha ido ampliando de forma progresiva en nuestro ordenamiento jurídico<sup>593</sup>. En cuanto al acceso a las instalaciones de servicio, este aspecto será analizado en otro apartado.

Inicialmente, el Real Decreto 2111/1998, aprobado en desarrollo de las Directivas 91/440/CEE y 95/19/CE y del artículo 104 de la Ley 66/1997, limitó el derecho de acceso a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias establecidas en la Unión Europea y a las empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros para explotar servicios de transportes combinados internacionales de mercancías. En el caso de las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias establecidas en la Unión Europea en las que participase alguna empresa ferroviaria establecida en España, el derecho de acceso les garantizaba la posibilidad de prestar servicios de transporte internacional por ferrocarril en territorio español. Pero si en dichas agrupaciones no había ninguna empresa española, sólo se reconocía el derecho de tránsito por territorio español, sin posibilidad de realizar ninguna carga o descarga.

Tras la aprobación de la Directiva 2001/14/CE y de su transposición al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley del Sector Ferroviario de 2003, el

---

<sup>593</sup> Montero Pascual, J.J., *“Acceso a la red ferroviaria”*, *op. cit.*

derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias se amplió a todas las empresas ferroviarias que contasen con una licencia de empresa ferroviaria y un certificado de seguridad y estuviesen inscritas en el Registro Especial Ferroviario, si bien la liberalización del transporte ferroviario –y el correspondiente derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias– se previó que fuese progresivo<sup>594</sup>, y además tuvo efectos limitados<sup>595</sup>.

---

<sup>594</sup> La Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (DOUE nº L 164 de 30 de abril de 2004) liberalizó desde el 1 de enero de 2006 el transporte internacional de mercancías y desde el 1 de enero de 2007 todo tipo de transporte de mercancías (nacional e internacional), aunque la Ley del Sector Ferroviario de 2003 liberalizó el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril desde el año 2005. Posteriormente, la Directiva 2007/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, y la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización (DOUE nº L 315 de 3 de diciembre de 2007) liberalizó desde el 1 de enero de 2010 los servicios de transporte internacional de viajeros y los servicios de transporte nacional de viajeros en determinadas condiciones. Así, en el caso de los servicios de transporte nacional de viajeros con finalidad turística, se liberalizaron a partir del 31 de julio de 2013 (Orden FOM/1403/2013, de 19 de julio, BOE de 25 julio de 2013). Y en el caso de servicios de transporte ferroviario de interés público, prestados hasta ese momento por RENFE-Operadora, la Ley del Sector Ferroviario de 2003 (art. 53) previó que el Consejo de Ministros debía establecer los términos de las licitaciones públicas. Para el resto de servicios de transporte nacional de viajeros (no sujetos a obligaciones de servicio público ni con finalidad turística), la Ley del Sector Ferroviario de 2003 (disposición transitoria 3ª), previó que el Consejo de Ministros debía determinar el número de títulos habilitantes para cada línea o conjunto de líneas en las que se prestaría el servicio en régimen de concurrencia, que se otorgarían por el Ministerio de Fomento a través de un procedimiento de licitación público. Ello dio lugar a que, mediante la Resolución de 27 de junio de 2014 de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, se publicara el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014 (BOE de 4 de julio de 2014), por el que se determinó el número y vigencia de títulos habilitantes para prestar servicios de transporte ferroviario de viajeros en régimen de concurrencia en determinadas líneas y tramos de la Red Ferroviaria de Interés General. El Acuerdo debía permitir el otorgamiento de un título habilitante adicional para que un operador distinto a RENFE-Viajeros prestase, por un periodo de siete años, servicios de transporte de viajeros en el corredor de Levante. De conformidad con este Acuerdo, se inició el proceso de liberalización de estos servicios de transporte ferroviario nacional de viajeros no sujetos a obligaciones de servicio público ni con finalidad turística, aprobándose para ello la Orden FOM/1977/2015, de 29 de septiembre (BOE de 30 septiembre de 2015), que estableció el procedimiento de licitación. Sin embargo, esta iniciativa finalmente se abandonó en noviembre de 2016 para dar prioridad a la futura liberalización completa del transporte ferroviario de viajeros y por ello la anterior Orden fue derogada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 2018).

<sup>595</sup> Según el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley del sector ferroviario* de 29 de abril de 2015 elaborado por la CNMC (IPN/DTSP/001/15), la cuota de mercado alcanzada en ese momento por las empresas ferroviarias en el segmento de mercancías sólo había alcanzado el 21% en términos de Tm/Km netas, mientras que todavía no había operadores distintos que ofrecieran servicios en el mercado de transporte de viajeros. Asimismo, en el *Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril* de 25 de junio de 2014 elaborado por la CNMC (PRO/DTSP/0001/14) se pone de manifiesto que tras nueve años la liberalización del transporte de mercancías no ha sido real al haber sido escasa la introducción de nuevos operadores.



En el marco vigente contenido en la Ley del sector ferroviario de 2015 (LSF de 2015) no se han producido demasiados cambios. El derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias para prestar servicios de transporte de viajeros y mercancías se reconoce a todas las empresas ferroviarias que obtengan una licencia de empresa ferroviaria y un certificado de seguridad y estén inscritas en el Registro Especial Ferroviario. Cualquier empresa ferroviaria que cumpla estos requisitos puede prestar servicios de transporte de viajeros y mercancías, pero el ejercicio de este derecho se continúa condicionando al proceso de liberalización previsto en el régimen transitorio de la Ley<sup>596</sup>. Ello comporta, según se reconoce expresamente (art. 47.2 LSF de 2015), el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias en condiciones equitativas, no discriminatorias y transparentes.

La citada Ley determina quién puede ser candidato a la asignación de capacidad de infraestructura y qué requisitos deben cumplir estos candidatos.

En este sentido, se prevé que pueden ser candidatos las empresas ferroviarias, las agrupaciones empresariales internacionales que constituyan estas empresas, las Administraciones Públicas con competencias en materia de transporte ferroviario que tengan interés de servicio público en la adquisición de capacidad, los consignatarios, los cargadores y las empresas de transporte y

---

<sup>596</sup> En la redacción original, la disposición transitoria 1ª previó que, hasta que la legislación comunitaria no acordase la plena apertura al mercado del transporte ferroviario de viajeros, para poder prestar el transporte ferroviario interior de viajeros (distinto de los servicios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público o con finalidades turísticas) el Consejo de Ministros debía determinar el número de títulos habilitantes a otorgar en cada línea o conjunto de líneas en las que se iba a prestar el servicio en régimen de concurrencia, correspondiendo otorgarlos al Ministerio de Fomento a través de un procedimiento de licitación. En cualquier caso, se reconocía que RENFE-Operadora disponía de título habilitante para operar estos servicios de transporte en todo el territorio sin necesidad de acudir al proceso de licitación. Tras la reforma de la disposición transitoria 1ª operada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, se procedió a la apertura a la libre competencia del transporte nacional de viajeros por ferrocarril a partir del 1 de enero de 2019, en consonancia con la Directiva (UE) 2016/2370, debiendo ser efectivo el acceso a la infraestructura en el horario de servicio que se inicie el 14 de diciembre de 2020. Con esta apertura a la libre competencia del transporte ferroviario nacional de viajeros, que se une a los transportes ferroviarios ya liberalizados de mercancías nacional e internacional y de viajeros internacional, se completa la liberalización del transporte ferroviario. Al respecto, el 11 de mayo de 2020 ADIF Alta Velocidad suscribió acuerdos marco con Renfe Viajeros, Ilsa (Air Nostrum y Trenitalia) y RielSfera (SNCF) para que estas empresas puedan operar y competir a partir del 14 de diciembre de 2020 en las líneas de alta velocidad Madrid-Barcelona-frontera francesa, Madrid-Levante (Valencia-Alicante) y Madrid-Sur (Sevilla-Málaga). Con posterioridad se volverá sobre estos acuerdos marco.

operadores de transporte que, sin ser empresas ferroviarias, tengan interés comercial en la adquisición de capacidad y designen una empresa ferroviaria.

Y en cuanto a los requisitos que deben cumplir los candidatos, la Ley del sector ferroviario de 2015 prevé que los distintos administradores de infraestructuras ferroviarias pueden imponer requisitos a los candidatos, siempre que sean adecuados, transparentes y no discriminatorios y con la única finalidad de proteger sus expectativas en materia de ingresos y la utilización de la infraestructura. Estos requisitos deben detallarse en la *Declaración sobre la red* y deben referirse exclusivamente a la idoneidad para presentar ofertas para obtener capacidad de infraestructura y a la aportación de garantías económicas.

Por lo que se refiere a los sujetos pasivos, debe distinguirse entre los administradores de infraestructuras ferroviarias y los explotadores de instalaciones de servicio. Los primeros ofrecen el uso de sus infraestructuras para que las empresas ferroviarias puedan operar y los segundos prestan determinados servicios en sus instalaciones a las empresas ferroviarias que los soliciten, servicios que son imprescindibles para que se pueda realizar la actividad de transporte. La cuestión de los explotadores de instalaciones de servicio también será analizada en el apartado específico dedicado a estas instalaciones.

La Ley del sector ferroviario de 2015 (Anexo I, ap. 21) define los administradores de infraestructuras ferroviarias como todo organismo o empresa responsable de la explotación (adjudicación de surcos ferroviarios, gestión del tráfico y fijación de cánones por su uso), mantenimiento (trabajos para mantener las condiciones y la capacidad de infraestructura existente) y renovación (trabajos de sustitución de gran calado que no modifican el rendimiento general) de las infraestructuras ferroviarias en una red, además de participar en su desarrollo (planificación).

La Ley admite que exista una pluralidad de administradores de infraestructuras ferroviarias. No sólo tienen esta consideración los entes públicos empresariales

adscritos al Ministerio de Fomento que actúan como administradores generales de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG)<sup>597</sup> (art. 22), sino también los organismos públicos que administran puertos de interés general con infraestructuras ferroviarias conectadas a la RFIG (art. 19.3). Según la disposición adicional primera de la Ley, se reconoce la existencia en ese momento de dos administradores generales de infraestructuras ferroviarias que son titulares y administran las infraestructuras ferroviarias integrantes de la RFIG (con exclusión de los tramos o líneas que están en las zonas de servicios de los puertos o son gestionados en régimen de concesión): el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad (ADIF-Alta Velocidad)<sup>598</sup>. A estos debe añadirse la sociedad LFP, participada por ADIF y el gestor de infraestructuras francés SNCF-Résau, que se creó para la explotación comercial y el mantenimiento de la línea ferroviaria de alta velocidad entre Figueras y Perpiñán (Sección Internacional).

Todos los administradores de infraestructuras ferroviarias integradas en la RFIG realizan una actividad de mantenimiento y explotación de las mismas que se considera un servicio de interés general y esencial para la comunidad (art. 19.2 LSF de 2015).

Por otro lado, se exige que los distintos administradores de infraestructuras ferroviarias se coordinen con los explotadores de instalaciones de servicios, cargadores y empresas ferroviarias en lo que se refiere, entre otros aspectos, a

---

<sup>597</sup> La RFIG está integrada por las infraestructuras ferroviarias que resulten esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado o cuya administración conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento de tal sistema común de transporte, como las vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional, las que enlacen las distintas comunidades autónomas y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte o a instalaciones esenciales para la economía o la defensa nacional (art. 4.1 LSF de 2015).

<sup>598</sup> ADIF-Alta Velocidad nació de la segregación de una parte de la actividad de ADIF, que tuvo lugar mediante el Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico (BOE de 14 de diciembre de 2013). A pesar de esta segregación, ADIF-Alta Velocidad ha encomendado a ADIF algunas de las funciones de gestión de la red, como son la gestión de la capacidad de infraestructura y de los sistemas de control, circulación y seguridad.

las condiciones de acceso y a la calidad de los servicios (art. 20.2 LSF de 2015).

Finalmente, en cuanto al objeto o contenido del derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias, debe distinguirse entre lo que es el acceso a las infraestructuras como tales y el acceso a las instalaciones servicios. Este segundo aspecto también será tratado en un apartado específico.

El acceso a las infraestructuras ferroviarias viene determinado por la fijación de un paquete mínimo que debe garantizarse a las empresas ferroviarias y por las funciones esenciales atribuidas a los administradores generales de infraestructuras ferroviarias.

La Ley del sector ferroviario de 2015 (art. 20) define, en primer lugar, el paquete mínimo que debe garantizarse de manera no discriminatoria a las empresas ferroviarias. Con el fin de hacer efectivo el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias, se garantiza que toda empresa ferroviaria tiene derecho a la tramitación de las solicitudes de capacidad de infraestructura ferroviaria; la puesta a disposición de la capacidad concedida; la utilización de la infraestructura ferroviaria, incluidas bifurcaciones y desvíos de la red; el control del tren, incluida la señalización, la regulación, la expedición, así como la comunicación y el suministro de información sobre la circulación ferroviaria; la utilización de las instalaciones de alimentación eléctrica para la corriente de tracción, cuando estén disponibles; la información sobre los servicios de circulación de trenes y eventuales retrasos; y cualquier otra información necesaria para introducir o explotar el servicio para el que se ha concedido capacidad.

En segundo lugar, la Ley del sector ferroviario de 2015 determina que la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria es una función esencial de los administradores de infraestructuras ferroviarias, en la que se incluye tanto la definición y la evaluación de la disponibilidad y la adjudicación de surcos ferroviarios individuales, como la fijación y cobro de los cánones por el uso de las infraestructuras, cuestiones todas ellas sobre las que el

administrador de infraestructuras debe estar facultado para tomar las decisiones.

Dejando para el capítulo III la cuestión de los cánones, la adjudicación de capacidad de infraestructura es una de las funciones esenciales de todo administrador de infraestructuras ferroviarias. La Ley del sector ferroviario de 2015 (art. 23.1) atribuye esta facultad al administrador de cada infraestructura ferroviaria, previa su determinación en la *Declaración sobre la red*, y una vez adjudicada la capacidad de infraestructura a una empresa ferroviaria u otro candidato, el administrador debe facilitar el uso de la infraestructura, proporcionando el acceso efectivo. Según se verá cuando se analice este aspecto en un epígrafe posterior, es fundamental que el administrador de la infraestructura realice la adjudicación de capacidad con criterios objetivos, no discriminatorios y transparente, dado que la infraestructura que administra es única y no debe distorsionarse el mercado.

El derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias, por otro lado, no sólo incluye el acceso físico a las infraestructuras (vías de tren y estaciones) para poder transitar por ellas, sino también la prestación de determinados servicios básicos, complementarios y auxiliares a los que posteriormente se hará referencia, sin los cuales la actividad de transporte no se puede realizar.

En definitiva, para hacer efectivo el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias, a los administradores de infraestructuras ferroviarias se les asignan cuatro funciones básicas: en primer lugar, deben poner a disposición de los usuarios los bienes e instalaciones ferroviarios necesarios para que pueden desarrollar sus actividades; en segundo lugar, deben garantizar a las empresas ferroviarias un paquete de acceso mínimo, integrado por distintos servicios, que garantiza de manera efectiva el acceso a las infraestructuras ferroviarias; en tercer lugar, deben prestar, en su caso, a las empresas ferroviarias los servicios básicos, complementarios y auxiliares; y a todo lo

anterior debe añadirse, finalmente, la obligación de garantizar la seguridad de la circulación ferroviaria que se realice a través de la RFIG<sup>599</sup>.

Así pues, la primera función de los administradores de infraestructuras ferroviarias, como entes públicos empresariales que gestionan los bienes e instalaciones ferroviarios, es poner a disposición de las empresas ferroviarias y los prestadores de servicios los bienes e instalaciones necesarios para que puedan desarrollar sobre ellos sus actividades en régimen de libre competencia<sup>600</sup>. Ello incluye su construcción, ampliación, renovación y mantenimiento.

La Ley del sector ferroviario de 2015 (art. 3 y Anexo IV) especifica cuáles son los elementos de la infraestructura ferroviaria que el administrador debe facilitar a las empresas ferroviarias, en los que se incluyen las estaciones de transporte de viajeros y terminales de transporte de mercancías y la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los

---

<sup>599</sup> El artículo 23.1 de la Ley del sector ferroviario de 2015 relata con detalle cuáles son las funciones de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias: a) La aprobación de los proyectos básicos y de construcción de infraestructuras ferroviarias de su titularidad que deban formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General y su construcción, siempre que se lleve a cabo con sus propios recursos y con arreglo a lo que determine el Ministerio de Fomento; b) La construcción con recursos ajenos de infraestructuras ferroviarias, conforme al correspondiente convenio; c) La administración de las infraestructuras ferroviarias de su titularidad y de las que se le encomienden mediante el oportuno convenio; d) La prestación del paquete de acceso mínimo a la infraestructura ferroviaria y la realización de los mecanismos de coordinación, recogidos en el artículo 20.2; e) El control, vigilancia e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre, de sus zonas de protección y de la circulación ferroviaria que sobre ella se produzca; f) La explotación de los bienes de su titularidad, y de aquellos que le sean adscritos y de aquellos cuya gestión se le encomiende; g) La elaboración, aprobación y publicación de la declaración sobre la red; h) La adjudicación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias y restantes candidatos enumerados en el artículo 34 que lo soliciten y la celebración de acuerdos marco con aquéllas; i) La prestación, en su caso, de los servicios básicos, complementarios y auxiliares al servicio de transporte ferroviario; j) La aprobación y el cobro de los precios privados por la prestación de los servicios básicos, complementarios y auxiliares al servicio de transporte ferroviario; k) La determinación, revisión y cobro de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias, conforme al régimen legal y reglamentario de aplicación; l) La cooperación con los organismos que en otros Estados miembros de la Unión Europea administren las infraestructuras ferroviarias, prevista en el artículo 20.3, para establecer y adjudicar capacidad de infraestructura que abarque más de una red nacional, así como la participación y cooperación en la Red Europea de Administradores de Infraestructuras; m) La resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación del mismo; y n) Cualesquiera otras que se le asignen en esta ley o en sus disposiciones de desarrollo.

<sup>600</sup> Existen también infraestructuras ferroviarias de titularidad de las Autoridades Portuarias que son construidas y administradas por éstas, de acuerdo con la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (art. 39 y disposición adicional séptima de la LSF de 2015).

ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción de dichas infraestructuras integrantes de la RFIG.

Sin embargo, esta función de poner las infraestructuras a disposición de las empresas ferroviarias, por un lado, y de los que quieran prestar servicios, por el otro, no se sujeta al mismo régimen jurídico. Según se decía anteriormente, el reparto de la capacidad de infraestructura entre las empresas ferroviarias se realiza mediante un procedimiento *ad hoc*, mientras que la ocupación de bienes de dominio público ferroviario para implantar instalaciones de servicio requiere la obtención de alguno de los títulos previstos en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas si ocupan bienes de dominio público. En este sentido, corresponde a los administradores de infraestructuras ferroviarias el otorgamiento de las autorizaciones y demás títulos habilitantes para la utilización y ocupación del dominio público ferroviario (art. 27.2 LSF de 2015).

Por otro lado, por lo que se refiere a las instalaciones de servicio en las que se prestan a las empresas ferroviarias los servicios básicos (art. 42 LSF de 2015)<sup>601</sup> y los servicios complementarios y auxiliares (art. 44 y Anexo I, puntos 18 y 19 LSF de 2015), éstas pertenecen no sólo a los administradores de infraestructuras ferroviarias (arts. 22 y 23.1.i LSF de 2015), sino también a los organismos públicos que administran puertos de interés general (arts. 19.3 y 42 y Anexo I, punto 20 LSF de 2015) y a otras entidades privadas<sup>602</sup> o públicas (Anexo I, ap. 20 de la LSF de 2015).

---

<sup>601</sup> Dentro de las instalaciones de servicio se incluyen: a) Las estaciones de transporte de viajeros, así como sus edificios e instalaciones conexas, incluidos los paneles de información sobre itinerarios y viajes y los emplazamientos propios para la venta de billetes; b) Las instalaciones técnicas y logísticas de mercancías; c) Las estaciones de clasificación y las instalaciones de formación de trenes, incluidas las instalaciones para maniobras; d) Las vías de apartado; e) Las instalaciones de mantenimiento de los vehículos ferroviarios, a excepción de las instalaciones de mantenimiento pesado dedicadas a trenes de alta velocidad o a otros tipos de material rodante que requieran instalaciones específicas; f) Otras instalaciones técnicas, tales como las instalaciones de lavado y limpieza; g) Las instalaciones portuarias vinculadas a actividades ferroviarias; h) Las instalaciones de protección y socorro; i) Las instalaciones de aprovisionamiento y suministro de combustible en dichas instalaciones; j) Cambiadores de ancho y de ejes (art. 42.1 LSF de 2015).

<sup>602</sup> En este sentido, la Ley del sector ferroviario de 2015 prevé (art. 42.6) que la empresa interesada en construir y explotar una instalación de servicio podrá solicitar al Ministerio de

Como complemento de esta función de poner bienes e instalaciones a disposición de empresas ferroviarias y prestadores de servicios, los administradores de infraestructuras ferroviarias también se ocupan de la zonificación de los usos admitidos en las infraestructuras que ponen a disposición, lo cual se lleva a cabo mediante la elaboración de un *Proyecto de delimitación y utilización de espacios ferroviarios* –a aprobar por el Ministerio de Fomento–, en el que se delimitan los terrenos necesarios para la ejecución de las infraestructuras ferroviarias y los usos y actividades que se pueden realizar (arts. 9 y 27.2 LSF de 2015).

La segunda función básica de los administradores de infraestructuras ferroviarias, que también dota de contenido el derecho de acceso a las mismas, es la prestación de determinados servicios a las empresas ferroviarias que constituyen el paquete de acceso mínimo a la infraestructura ferroviaria (art. 20), al que antes se hacía referencia. Se trata, según se decía, de servicios imprescindibles para garantizar a las empresas ferroviarias el acceso a las infraestructuras y su uso en condiciones de seguridad. La prestación de estos servicios que forman el paquete de acceso mínimo está reservada en exclusiva a cada administrador de infraestructura ferroviaria (art. 23.1.d).

En tercer lugar, corresponde también a los administradores de infraestructuras ferroviarias la prestación de los servicios denominados básicos, complementarios y auxiliares al servicio de transporte ferroviario, aunque como se decía, se admite que existan otros titulares y explotadores de estas instalaciones de servicio (arts. 23.1.i, 42.2, 44 y 45.1 y Anexo I, puntos 18, 19 y 20). El régimen jurídico del acceso a estas instalaciones es distinto en función de si se trata de servicios básicos, complementarios o auxiliares, y será tratado en el epígrafe dedicado a las mismas.

---

Fomento la declaración de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa de bienes y derechos necesarios para su construcción, teniendo dicha empresa la consideración de beneficiaria de las expropiaciones.



Finalmente, corresponde a los administradores de infraestructuras ferroviarias garantizar la seguridad de las infraestructuras e instalaciones y de la circulación ferroviaria, y ello incluye el control, vigilancia e inspección de las infraestructuras ferroviarias, el funcionamiento del sistema de señalización y la gestión del tráfico ferroviario (arts. 23.1.e y 64 LSF de 2015). Se prevé de manera específica (art. 23.5 LSF de 2015) que las funciones en materia de gestión del sistema de control, de circulación y de seguridad no se pueden encomendar a terceros, debiéndose realizar directamente por el administrador de la infraestructura ferroviaria.

### **3.3.3 La determinación de la capacidad de infraestructura ferroviaria disponible: la *Declaración sobre la red***

La capacidad de infraestructura disponible se puede definir como el potencial que tiene una infraestructura para poder programar las distintas franjas horarias o surcos ferroviarios que se repartirán entre las empresas ferroviarias (y demás candidatos). La Orden FOM/897/2005 la define como “*el número de franjas horarias disponibles en un tramo de la infraestructura ferroviaria durante un periodo determinado de tiempo*”. Cada tramo de una infraestructura ferroviaria sólo admite un determinado número de franjas horarias o surcos durante un periodo de tiempo, y esto es lo que deben repartirse aquéllos que estén interesados en prestar servicios de transporte.

El acceso de las empresas ferroviarias a las infraestructuras ferroviarias es, en definitiva, el acceso a su capacidad, a sus franjas horarias o surcos ferroviarios, y una vez aquélla ha sido adjudicada, debe comportar el derecho a utilizar la infraestructura y a recibir determinados servicios, especialmente el control de la circulación y la señalización. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 (asunto C-473/10, Comisión Europea contra Hungría, ap. 51) indicó que, para una empresa ferroviaria, la asignación de franjas horarias equivale a la concesión del derecho a utilizar una capacidad de infraestructura ferroviaria mediante su inclusión en el horario de servicio.

Este acceso a las infraestructuras de transporte debe estar sujeto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, y para garantizar que ello sea así, no sólo es necesario contar con un administrador de la infraestructura que sea neutral a la hora de adjudicar la capacidad de infraestructura disponible, sino que además se requiere que toda la información necesaria para permitir dicho acceso sea pública y accesible para todos los candidatos, extremo que se lleva a cabo mediante su publicación en la *Declaración sobre la red*.

La Ley del sector ferroviario de 2015 (art. 32 y Anexo III) determina el contenido de la *Declaración sobre la red*. Asimismo, debe tenerse en cuenta la Orden FOM/897/2005, con sus modificaciones. Con carácter general podemos definir la *Declaración sobre la red* como el documento en el que el administrador de una infraestructura ferroviaria expone las características de la infraestructura que pone a disposición de los candidatos, la capacidad disponible en cada tramo, las condiciones de acceso, los procedimientos de adjudicación de capacidad y los criterios que se aplican, los servicios a disposición de las empresas ferroviarias, los cánones ferroviarios, los precios por el uso de las instalaciones de servicio y los mecanismos de solución de conflictos.

Así pues, la *Declaración sobre la red* es, en primer lugar, el documento en el que cada administrador de una infraestructura ferroviaria hace pública la capacidad de infraestructura disponible, dividida en franjas horarias o surcos, a la que pueden optar los candidatos a prestar servicios de transporte ferroviarios, así como aquella capacidad que el administrador de la infraestructura se reserva para realizar operaciones de mantenimiento o ampliación de la red, resolver eventuales problemas de infraestructura congestionada –como ocurre en el sector aéreo con el fondo de reserva– o para prestar servicios ferroviarios de interés público. Por otro lado, en la *Declaración sobre la red* deben establecerse los criterios que van a permitir determinar cuándo se da una falta de uso de las franjas horarias adjudicadas, con las consecuencias que ello va a comportar para la empresa ferroviaria.

En segundo lugar, la *Declaración sobre la red* detalla las características de la infraestructura que se pone a disposición de las empresas ferroviarias. Ello incluye la fijación de las condiciones generales de acceso, las condiciones de seguridad, la descripción de la infraestructura, su naturaleza y características técnicas, los puntos de acceso, las restricciones de uso y la indicación de las infraestructuras especializadas para la prestación de determinados servicios<sup>603</sup>.

La *Declaración sobre la red*, en tercer lugar, detalla los procedimientos de adjudicación de capacidad con toda la información necesaria para que los candidatos puedan cursar sus solicitudes y los principios y criterios que se van a utilizar para esta adjudicación. Ello incluye una descripción de las normas generales aplicables, los plazos y los distintos procedimientos, así como los criterios específicos para la adjudicación de capacidad<sup>604</sup>. Lo anterior no impide que el administrador de una infraestructura ferroviaria y los distintos candidatos puedan celebrar acuerdos marco en los que se especifiquen las características de la capacidad de infraestructura solicitada y ofrecida a un candidato por una duración superior a un periodo de vigencia del horario de servicio, aunque dichos acuerdos marco no pueden detallar las franjas horarias ni pueden suponer un impedimento para otros candidatos para utilizar la capacidad de infraestructura.

La *Declaración sobre la red*, en cuarto lugar, indica las instalaciones y los servicios que el administrador de la infraestructura ferroviaria u otros explotadores de instalaciones de servicios van a ofrecer a las empresas

---

<sup>603</sup> La Orden FOM/897/2005 exige que la descripción geográfica de la red y de sus características técnicas incluya la identificación de estaciones, terminales, cambiadores de ancho, perfiles, gálibos, anchos de vía, carga por eje, gradientes, velocidades admisibles, longitudes máximas de tren permitidas, energía disponible y demás características significativas de la red. En materia de régimen de circulación, debe incluir también la descripción de los sistemas de señalización, de alimentación eléctrica, de comunicación y de seguridad. Finalmente, debe indicar la estimación de la capacidad de infraestructura por tramos y la ocupación actual y nivel de congestión.

<sup>604</sup> Según la Orden FOM/897/2005, la declaración sobre la red debe incluir las previsiones sobre solicitud de capacidades, los requisitos que deben cumplirse, los plazos del procedimiento de adjudicación de capacidad, los criterios y el procedimiento para elaborar el proyecto de horario de servicio y para la coordinación de solicitudes, el procedimiento de reajuste y reasignación de capacidades ya asignadas, los criterios de adjudicación de capacidad y de coordinación de solicitudes, los criterios que se van a usar cuando la infraestructura ferroviaria se declare que está congestionada, las reservas de capacidad para operaciones de mantenimiento, de reposición o de ampliación de la red y las medidas para el tratamiento de perturbaciones de tráfico ferroviario.

ferroviarias. Dicha información debe formar parte del documento *Descripción de instalación de servicio*, al que posteriormente se hará referencia. De modo particular, la *Declaración sobre la red* debe incluir información sobre los servicios que constituyen el paquete de acceso mínimo a la infraestructura ferroviaria que presta el administrador y sobre los servicios básicos, complementarios y auxiliares cuando se presten por un solo proveedor.

En quinto lugar, la *Declaración sobre la red* debe determinar los cánones y principios de tarificación que se van aplicar a las empresas ferroviarias por la utilización de las infraestructuras ferroviarias y los precios por el uso de las instalaciones de servicios.

Finalmente, la *Declaración sobre la red* debe concretar los mecanismos a disposición de los candidatos para la resolución de conflictos que puedan surgir en materia de acceso a las infraestructuras y a los servicios ferroviarios o en materia de cánones aplicados.

Por lo que se refiere a la elaboración y actualización periódica de la *Declaración sobre la red*, corresponde elaborarla, aprobarla y publicarla al administrador de infraestructuras ferroviarias como mínimo cuatro meses antes de que finalice el plazo de solicitud de capacidad de infraestructura, pero previamente debe consultar al Ministerio de Fomento, a la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria, a las empresas ferroviarias y resto de candidatos, a la CNMC y demás interesados.

#### **3.3.4 El procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria**

La adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria se puede definir como la asignación, por parte del administrador de la infraestructura, de las franjas horarias definidas en la *Declaración sobre la red* a los candidatos para que un tren pueda circular entre dos puntos durante un periodo de tiempo determinado. La Ley del sector ferroviario de 2015 la define como el

otorgamiento del derecho a servirse de la capacidad de infraestructura ferroviaria.

Así pues, para poder acceder a la infraestructura ferroviaria, las empresas ferroviarias no sólo deben contar con la preceptiva licencia que les habilita para prestar servicios de transporte ferroviario de viajeros o mercancías, sino que además deben obtener la adjudicación de capacidad de infraestructura.

Esta adjudicación de capacidad de infraestructura comporta el derecho de la empresa ferroviaria a utilizar un determinado surco o franja horaria durante la vigencia del horario de servicio, así como el derecho a recibir el servicio de control de circulación del tren, incluida la señalización.

La adjudicación de capacidad de infraestructura debe realizarse de acuerdo con el procedimiento establecido<sup>605</sup>. Al respecto, la Directiva 2012/34/UE prevé unas pautas sobre el procedimiento a seguir, pero deja que los Estados miembros establezcan su propio marco específico para adjudicar la capacidad de infraestructura, siempre que se garantice la independencia de su administrador.

Esta independencia es uno de los elementos fundamentales del procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura. Junto con la fijación de los cánones, la adjudicación de capacidad de infraestructura es una de las funciones esenciales de los administradores de infraestructuras ferroviarias, en relación con la cual el administrador de infraestructuras ferroviarias debe tener independencia en la toma de decisiones, como viene advirtiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>606</sup>.

---

<sup>605</sup> Véase al respecto a Montero Pascual, J.J., Ramos Melero, R. y Ganino, M., *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte terrestre de viajeros*, op. cit., pp. 230-237.

<sup>606</sup> En este sentido se pueden citar las Sentencias de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10, Comisión contra Reino de España), 18 de abril de 2013 (asunto C-625/10, Comisión contra República Francesa) y 11 de julio de 2013 (asunto C-627-10 Comisión contra República de Eslovenia).

El procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria no está previsto en la Ley del sector ferroviario de 2015, sino que ésta se remite al desarrollo reglamentario. La Ley tan sólo cita los principios a los que debe ajustarse este procedimiento (transparencia, objetividad y no discriminación), así como la necesidad de prever un mecanismo de coordinación de solicitudes de capacidad de infraestructura y de adoptar medidas en caso de congestión.

El desarrollo reglamentario contenido en la Orden FOM/897/2005, aprobada durante la vigencia de la anterior Ley del Sector Ferroviario de 2003, ha previsto un procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria que varía en función de si se solapan o no las solicitudes de capacidad para las mismas franjas horarias. Junto a un procedimiento ordinario de adjudicación de la capacidad de infraestructura que gira entorno a la configuración del horario de servicio, se arbitran también mecanismos de coordinación y de adjudicación de franjas horarias en infraestructuras congestionadas.

A lo anterior debe añadirse las especialidades que se dan en el procedimiento de adjudicación de capacidad cuando se refieren a infraestructuras que conectan a más de un Estado miembro, así como otros procedimientos que permiten solicitar la adjudicación individualizada de franjas horarias que no han sido adjudicadas de acuerdo con el procedimiento ordinario de confección del horario de servicio o que, habiéndolo sido, no son utilizadas, o incluso mecanismos de reajuste y reasignación de capacidades adjudicadas.

Por regla general, el procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria presenta bastantes similitudes con la adjudicación de las franjas horarias aeroportuarias, pero con una diferencia significativa en lo que se refiere a quien las adjudica. Mientras que en el sector ferroviario existe una única figura que administra la infraestructura y adjudica las franjas horarias (el administrador de infraestructuras ferroviarias), en el sector aeroportuario se reparten ambas funciones entre el gestor aeroportuario, por un lado, y el facilitador de horarios o el coordinador, por el otro.

Se trata de un procedimiento que antepone la colaboración voluntaria de las empresas ferroviarias para dar solución a peticiones incompatibles de franjas horarias, pero cuando ello no es posible y la infraestructura se declara congestionada, se aplican criterios de prioridad establecidos en el marco regulador para repartir dichas franjas.

Antes de profundizar en los distintos procedimientos de adjudicación de capacidad de infraestructura, debe hacerse una breve referencia a la extraña figura del “*verificador externo*”. Al margen de la posibilidad de impugnar ante la CNMC las decisiones en materia de adjudicación de capacidad de infraestructura, se prevé la figura de un “*verificador externo*” que analiza los horarios fijados por el administrador de infraestructuras ferroviarias (DA única de la Orden FOM/897/2005) y que faculta al Ministerio de Fomento para exigir correcciones, figura que no se comprende cuando ya existe la CNMC y a ésta se le encomienda, como Administración independiente, revisar el procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura y sus resultados (art. 12.1.f de la Ley de la CNMC).

*1) El procedimiento ordinario de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria: la configuración del horario de servicio*

La adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria se inicia con la presentación de una solicitud por parte de los distintos candidatos, dirigida al administrador de la infraestructura, con el fin de obtener una o varias franjas horarias durante el periodo de vigencia del horario de servicio.

El plazo para solicitar la adjudicación de capacidad de infraestructura empieza con la publicación del acuerdo de aprobación de la *Declaración sobre la red* y concluye ocho meses antes de la entrada en vigor del horario de servicio si se trata de tráficos internacionales y seis meses para el resto de tráficos.

Con carácter previo a la presentación de la solicitud, el candidato puede suscribir un acuerdo marco con el administrador de infraestructuras ferroviarias,

en el que se especifiquen las características de la capacidad de infraestructura que se va a solicitar y a ofrecer al candidato por una duración superior a un periodo de vigencia del horario de servicio<sup>607</sup>. En estos casos, el candidato debe formular la solicitud conforme a lo pactado en el acuerdo marco. Mediante estos acuerdos marco, el candidato puede buscar la satisfacción de sus legítimas necesidades comerciales, pero lo que no se admite es que con estos acuerdos se trate de impedir la utilización de la infraestructura por parte de otros candidatos ni que se especifiquen surcos ferroviarios concretos. En este sentido, recientemente (11 de mayo de 2020) ADIF Alta Velocidad ha suscrito acuerdos marco con Renfe Viajeros, Ilsa (Air Nostrum y Trenitalia) y Rielsfera (SNCF) para que estas empresas puedan operar y competir a partir del 14 de diciembre de 2020 en las líneas de alta velocidad Madrid-Barcelona-frontera francesa, Madrid-Levante (Valencia-Alicante) y Madrid-Sur (Sevilla-Málaga)<sup>608</sup>.

La solicitud de capacidad de infraestructura ferroviaria presentada por un candidato es posible que abarque a más de una infraestructura. En este caso, debe garantizarse que el candidato pueda presentar su solicitud en una

---

<sup>607</sup> Los acuerdos marco tienen una vigencia de cinco años, renovables por periodos iguales, aunque en determinados casos también pueden tener una vigencia menor o mayor (en este caso, por la exigencia de contratos comerciales, inversiones especiales o riesgos). Incluso se prevé que su vigencia sea de quince años cuando se refieran a servicios que utilicen una infraestructura especializada que requiere inversiones de gran magnitud y a largo plazo, y en casos excepcionales (existencia de compromisos contractuales que incluyan un plan de amortización plurianual) se puede superar este plazo e incluso detallar las características de la capacidad que se adjudicará (frecuencia, volumen y calidad de los surcos).

<sup>608</sup> Véase en este sentido a Montero Pascual, J.J. y Ramos Melero, R., *Competitive Tendering for Rail Track Capacity: The Liberalization of Railway Services in Spain*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation, EUI Working Paper RSCAS 2020/27, abril de 2020. Ambos autores han cuestionado el procedimiento de concurso seguido por ADIF Alta Velocidad para la suscripción de acuerdos marco con Renfe Viajeros, Ilsa (Air Nostrum y Trenitalia) y Rielsfera (SNCF) para los corredores ferroviarios de alta velocidad Madrid-Barcelona-frontera francesa, Madrid-Levante (Valencia-Alicante) y Madrid-Sur (Sevilla-Málaga). Según exponen en este estudio, el modelo seguido de competencia por el mercado mediante un procedimiento de concurso para adquirir uno de los tres paquetes ofertados (cada uno con franjas horarias en los tres corredores), por contraposición a un modelo abierto de competencia dentro del mercado, es cuestionable porque si bien las estaciones de Madrid y Barcelona son cuellos de botella, la red de alta velocidad es de las menos utilizadas en el mundo, por lo que no existe congestión. Y si no existe tal congestión, es cuestionable que se escojan las empresas ferroviarias con criterios de prioridad. Se ha querido hacer, según apuntan ambos autores, una transición ordenada a la competencia en la alta velocidad, en la que ADIF Alta Velocidad ha predeterminado todos los aspectos de los servicios ferroviarios diarios (estación de salida, hora de salida, velocidad, número de paradas, hora de llegada, tiempo de espera en el destino y hora de vuelta a Madrid), todo ello con el propósito de que las empresas adjudicatarias de los tres paquetes operasen en los tres corredores y no sólo en el de Madrid-Barcelona.



ventanilla única, ya sea ante un organismo conjunto o ante uno de los administradores afectados, el cual en nombre del candidato podrá solicitar capacidad de infraestructura al otro u otros administradores.

El administrador de infraestructuras ferroviarias debe atender, en la medida de lo posible, todas las solicitudes de capacidad que se le presenten, aunque en la programación y coordinación puede dar preferencia a servicios específicos cuando se trate de infraestructuras congestionadas o especializadas. Si no es posible atender a todas las solicitudes, deben aplicarse los criterios de adjudicación que prevé la Orden FOM/897/2005 a través del procedimiento de coordinación de solicitudes, según se verá.

Durante esta fase de solicitud de franjas horarias, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe colaborar con los administradores de infraestructuras de otros Estados con el fin de determinar las franjas horarias que se van a ofrecer para explotar tráficos internacionales, especialmente en el ámbito de la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías. A tal efecto, los administradores de infraestructuras ferroviarias de los distintos Estados afectados deben asociarse para gestionar la capacidad de las franjas internacionales. Se trata de un sistema de cooperación entre los administradores de infraestructuras de los distintos Estados previsto en la Directiva 2012/34/UE, que se fundamenta en la libertad de acuerdo entre administradores, de modo que deben ser éstos los que establezcan los procedimientos adecuados y los criterios para la asignación de los surcos ferroviarios que crucen más de una red, concretándose todo ello en las respectivas *Declaraciones sobre la red*.

A la vista de las solicitudes presentadas y de los surcos ferroviarios internacionales acordados con los administradores de infraestructuras ferroviarias de otros Estados miembros, el administrador de infraestructuras debe proceder a la programación de las franjas horarias. Para ello, debe elaborar un proyecto de horario de servicio (una vez al año, con entrada en vigor, por regla general, a las doce de la noche del segundo sábado de

diciembre), en el que se recogerá toda la información sobre movimientos planificados de trenes y material rodante durante su periodo de vigencia.

Tras la elaboración del proyecto de horario de servicio, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe comunicarlo a los solicitantes, como mínimo con cuatro meses de antelación a su entrada en vigor, para que presenten alegaciones en el plazo mínimo de un mes. También podrán presentar observaciones los que puedan ver afectada su capacidad de suministro de servicios ferroviarios y otros administradores de infraestructuras también afectados. Por otro lado, durante este periodo, si existieran solicitudes de capacidad incompatible, el administrador de la infraestructura deberá procurar la coordinación, según se verá seguidamente.

En cualquier caso, en lo que se refiere a los surcos ferroviarios internacionales acordados entre los administradores de infraestructuras ferroviarias de distintos países, incluidos en el proyecto horario de servicio, deben en la medida de lo posible ser respetados en los procedimientos posteriores de adjudicación de capacidad, procurando realizar tan sólo los ajustes absolutamente necesarios.

Dos meses antes de la entrada en vigor del horario de servicio, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe aprobarlo y adjudicar definitivamente la capacidad de infraestructura a los candidatos solicitantes, resolución que se puede impugnar ante la CNMC.

## *2) Mecanismos de coordinación frente a solicitudes incompatibles de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria*

Durante la elaboración del proyecto de horario de servicio, el administrador de infraestructuras ferroviarias se puede encontrar ante la tesitura de tener que dar respuesta a solicitudes de capacidad de infraestructura incompatibles entre sí por el hecho de querer usar la misma o mismas franjas horarias.

Para hacer frente a esta problemática, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe procurar dar satisfacción a todas las solicitudes mediante un procedimiento de coordinación.

Este procedimiento incluye la posibilidad de proponer a los candidatos, dentro de límites razonables, adjudicaciones de capacidad de infraestructura que difieran de lo solicitado, que podrán aceptarlas o rechazarlas en el plazo de diez días. La Orden FOM/897/2005 no precisa qué debe entenderse por “límites razonables” a la hora de proponer adjudicaciones de capacidad alternativas a las solicitadas, por lo que este extremo debe ser concretado en la *Declaración sobre la red* de cada administrador de infraestructuras ferroviarias. En este sentido, la *Declaración sobre la red* para el año 2020 aprobada por ADIF prevé que el límite razonable sea de  $\pm 60$  minutos.

Mediante este procedimiento de coordinación, el administrador de la infraestructura ferroviaria media entre los candidatos para que, de forma voluntaria, acepten una solución al conflicto que se genera ante solicitudes de capacidad incompatibles y garantizar así que todos tengan derecho de acceso. Se pretende, además, evitar tener que declarar la infraestructura como congestionada, con lo que ello comporta, según se verá. En el caso de la RFIG administrada por ADIF, la *Declaración sobre la red* aprobada para el año 2020 prevé que se podrán hacer cuántas rondas de coordinación se consideren necesarias para alcanzar un acuerdo satisfactorio para todos los candidatos.

Si no se consigue una solución aceptable para todos los candidatos durante este proceso de coordinación, la decisión corresponde tomarla al administrador de infraestructuras ferroviarias, que adjudicará la capacidad de infraestructura aplicando los criterios de reparto que defina en la *Declaración sobre la red*, según se verá en el siguiente epígrafe.

La Orden FOM/897/2005, por otro lado, exige que, durante el proceso de coordinación, el administrador de infraestructuras informe a los candidatos afectados sobre los surcos solicitados en los mismos trayectos, los surcos adjudicados previamente a los demás candidatos, la adjudicación de surcos

que se propone como alternativa para los trayectos afectados y la información detallada sobre los criterios aplicados en el procedimiento de adjudicación de capacidad.

### *3) Mecanismos de adjudicación de franjas horarias en infraestructuras ferroviarias congestionadas*

Si tras utilizar el procedimiento de coordinación y haber consultado a los candidatos no es posible atender las solicitudes de capacidad de infraestructura ferroviaria, el administrador debe otorgar al tramo de infraestructura afectado la calificación de congestionado. Incluso es posible otorgar dicha calificación cuando ya se prevea anticipadamente la insuficiencia de capacidad de la infraestructura en un futuro próximo.

Actualmente no existe ningún tramo de la infraestructura de la RFIG gestionada por ADIF que esté congestionado, según advierte la *Declaración sobre la red* para el año 2020<sup>609</sup>. No obstante, con la plena liberalización del transporte ferroviario es posible que ello ocurra si otras empresas ferroviarias quieren entrar en el mercado español de transporte ferroviario y compiten entre sí por las franjas horarias.

La declaración de una infraestructura ferroviaria como congestionada trae consigo una doble consecuencia: por un lado, debe acometerse un análisis de su capacidad con el fin de adoptar medidas que permitan aumentarla; y por el otro, la adjudicación de franjas horarias deberá realizarse aplicando criterios de prioridad.

Respecto a la primera cuestión, la calificación de una infraestructura ferroviaria como congestionada implica que el administrador de infraestructuras

---

<sup>609</sup> En este sentido, el *Informe de supervisión del mercado de transporte ferroviario de mercancías* de 21 de diciembre de 2016 elaborado por la CNMC (INF/DTSP/002/16) puso de manifiesto que España cuenta con una red ferroviaria que, con carácter general, no sufre problemas de congestión o de saturación, como sí ocurre con otras redes europeas, porque la construcción de las nuevas líneas de alta velocidad ha permitido liberar la red ferroviaria convencional de trenes de viajeros de media y larga distancia.

ferroviarias debe realizar un análisis de su capacidad en un plazo de seis meses, salvo que ya se esté aplicando un plan de aumento de capacidad. Este análisis de capacidad tiene por objetivo determinar las limitaciones de capacidad de la infraestructura ferroviaria que impiden atender debidamente las solicitudes y proponer métodos para atender solicitudes adicionales. Se trata, en definitiva, de establecer las causas de la congestión y las medidas a adoptar a corto y medio plazo para mitigarlas, como pueden ser la asignación de líneas alternativas, cambios de horario, cambios en la dotación y adscripción de personal de circulación, modificaciones de velocidad de los trenes, cambios en el régimen de explotación o mejoras de la infraestructura.

En un nuevo plazo de seis meses tras haber realizado el anterior análisis de capacidad, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe presentar al Ministerio de Fomento un plan de aumento de capacidad, previa consulta a los usuarios de la infraestructura congestionada. En dicho plan deben concretarse las causas de la congestión, la evolución previsible del tráfico, las limitaciones que afectan al desarrollo de la infraestructura y las opciones y costes del aumento de capacidad, y a partir de criterios de rentabilidad, deben determinarse las medidas que se pretenden tomar para aumentar la capacidad y el calendario para su aplicación.

Pero, además de analizar la capacidad de la infraestructura ferroviaria y de proponer medidas para aumentarla, que es una solución de futuro, en el plano más inmediato la declaración de una infraestructura como congestionada afecta de lleno al procedimiento de adjudicación de capacidad, pues ante la incompatibilidad de solicitudes y la imposibilidad de coordinación, el administrador de infraestructuras deberá repartir las franjas horarias o surcos disponibles aplicando para ello determinados criterios de prioridad, a fin de garantizar que el acceso a la red se haga de manera objetiva y no discriminatoria. En este proceso se admite incluso que el administrador de infraestructuras ferroviarias, en aras de garantizar el acceso a la infraestructura a todos los candidatos, pueda modular estos criterios de prioridad.

Según se analizará, la Directiva 2012/34/UE no detalla los criterios de adjudicación, sino que se limita a establecer unos principios, remitiéndose a lo que establezca cada Estado miembro. Estos criterios se han establecido por el Ministerio de Fomento en la Orden FOM/897/2005, aunque lo más lógico sería que fuesen establecidos por cada administrador de infraestructuras ferroviarias en su *Declaración sobre la red*, con el fin de garantizar la independencia en la toma de decisiones relacionadas con la adjudicación de capacidad de infraestructura.

#### *4) Solicitudes específicas de franjas horarias sobrantes*

Los candidatos también pueden presentar solicitudes específicas de adjudicación de franjas horarias que no hayan sido asignadas en el procedimiento ordinario de confección del horario de servicio o que, habiéndolo sido, no sean utilizadas.

Para ello, una vez confeccionado el horario de servicio, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe, un mes antes de su entrada en vigor, poner a disposición de los candidatos la capacidad de infraestructura no adjudicada, que podrá ser solicitada hasta que concluya la vigencia del horario de servicio.

Se persigue con ello conseguir la máxima eficiencia de la infraestructura ferroviaria, sin perjuicio de la reserva de capacidad que pueda realizar el administrador de infraestructuras ferroviarias (incluso en caso de infraestructuras congestionadas), que no se pone a disposición de los candidatos y cuya finalidad es poder responder con rapidez a solicitudes específicas de capacidad o para operaciones de mantenimiento, reposición o ampliación de la infraestructura.

#### *5) Reajuste y reasignación de la capacidad ferroviaria adjudicada*

Durante la vigencia del horario de servicio aprobado, las empresas ferroviarias pueden pedir que las franjas horarias asignadas se ajusten a la demanda que reciban de nuevos servicios ferroviarios. Estas peticiones se satisfacen mediante reajustes o reasignaciones de la capacidad asignada, siempre que exista capacidad disponible para ello y no se perjudique a las demás empresas ferroviarias.

### **3.3.5 Los criterios de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria**

El derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias se garantiza a las empresas ferroviarias mediante el reparto de las franjas horarias o surcos que se concretan en el horario de servicio, y ello se vehicula a través de los procedimientos analizados y con aplicación de unos criterios preestablecidos.

Desde el momento en que se pone fin al monopolio en el transporte ferroviario y se abre la puerta a que distintas empresas ferroviarias accedan y transiten por las infraestructuras ferroviarias, se ha visto la necesidad de fijar unos criterios de prioridad para que el reparto de las franjas horarias o surcos se haga de manera objetiva, transparente y no discriminatoria, con el fin de garantizar la libre competencia y no distorsionar el acceso al mercado.

El Derecho de la Unión Europea no concreta los criterios de preferencia para repartir la capacidad de infraestructura ferroviaria. En este sentido, la Directiva 95/19/CE se limitó a establecer unos principios y un procedimiento a seguir para adjudicar la capacidad de infraestructura, remitiéndose a lo que concretasen los Estados miembros en cuanto a los criterios de reparto.

Al transponerse a nuestro ordenamiento jurídico interno las Directivas 91/440/CEE y 95/19/CE por medio de la Ley 66/1997 (artículo 104), se hizo una remisión al desarrollo reglamentario en lo que se refiere al establecimiento de los criterios para la adjudicación de las franjas horarias a los candidatos.

En principio, la norma reglamentaria llamada a este cometido debía ser el Real Decreto 2111/1998, aunque ello tampoco fue así, pues dicha norma se remitía a una posterior Orden del Ministerio de Fomento. El Real Decreto 2111/1998 tan sólo estableció unos principios generales aplicables a la adjudicación de franjas horarias (reparto equitativo y no discriminatorio y uso eficiente de la red) y determinadas reglas generales de preferencia: por un lado, en la adjudicación de franjas o surcos ferroviarios debía darse prioridad a los servicios públicos regulares de viajeros de uso general, a los servicios prestados en interés del público (Reglamento CEE 1191/69) y a los servicios prestados total o parcialmente en infraestructuras específicamente construidas para prestar estos servicios (alta velocidad o mercancías); por el otro, podían concederse derechos especiales en materia de capacidades cuando ello resultase indispensable para garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios públicos, la eficaz utilización de la infraestructura o la financiación de nuevas infraestructuras ferroviarias.

Tampoco la Directiva 2001/14/CE concretó la cuestión. Se limitó a prever que los criterios de prioridad aplicables en la adjudicación de franjas horarias debían definirse según la importancia del servicio para la sociedad, así como a permitir que se garantizasen determinados servicios, en particular, los servicios públicos y el transporte de mercancías, especialmente el internacional, con derecho a indemnización para el administrador de infraestructuras por las pérdidas financieras que le ocasionase la obligación de adjudicar determinada capacidad a estos servicios.

Fue la Orden FOM/897/2005, aprobada en desarrollo de la Ley del Sector Ferroviario de 2003, la que previó en nuestro ordenamiento jurídico unos criterios de reparto de las franjas horarias, que posteriormente tuvo que ser modificada por la Orden FOM/420/2014 tras ser condenada España por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10).

En su redacción originaria, la Orden FOM/897/2005 establecía unos criterios únicos de adjudicación aplicables al procedimiento de coordinación de



solicitudes y para el caso de infraestructuras declaradas congestionadas. Actualmente, la Orden FOM/897/2005, tras la modificación por la Orden FOM/642/2018, ha cambiado esta sistemática. Si bien distingue entre el procedimiento de coordinación de solicitudes y el caso de infraestructuras declaradas congestionadas, sólo fija los criterios de reparto para este segundo supuesto. Ello parece lógico si se quiere dotar de independencia al administrador de infraestructuras ferroviarias a la hora de adjudicar capacidad de infraestructura, por lo que éste debe disponer de cierto margen de maniobra para determinar en su *Declaración sobre la red* qué criterios va a seguir para conseguir la coordinación de solicitudes.

Con carácter general, la Orden FOM/897/2005 prevé que, si hay capacidad disponible para todos los candidatos, se les debe adjudicar.

El problema, obviamente, surge cuando hay coincidencia en las solicitudes para una misma franja horaria o cuando hay más solicitudes que capacidad disponible y la infraestructura se declara congestionada. En estos casos es cuando deben entrar en juego los criterios de reparto de las franjas horarias.

En la redacción originaria de la Orden FOM/897/2005, las prioridades que el administrador de infraestructuras debía aplicar para repartir las franjas horarias eran las siguientes: 1) las que, en su caso, establezca el Ministerio de Fomento para los distintos tipos de servicios dentro de cada línea, tomando en especial consideración los servicios de transporte de mercancías; 2) la existencia de infraestructuras especializadas y la posibilidad de atender estas solicitudes en dichas infraestructuras; 3) los servicios declarados de interés público; 4) la asignación y utilización efectiva por el solicitante, en anteriores horarios de servicio, de las franjas horarias cuya adjudicación se solicita; 5) los servicios internacionales 6) la eventual existencia de acuerdos marco que prevean la adjudicación de esa solicitud de capacidad; 7) la solicitud, por un candidato, de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario; y 8) la eficiencia del sistema. Estos criterios, según se decía, eran aplicables tanto al procedimiento de coordinación de

solicitudes como en caso de tramos de infraestructura declarados congestionados.

Parte de estos criterios fueron cuestionados por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10), dictada en un recurso por incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE por no haber adoptado las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Ello obligó a cambiar los criterios de adjudicación 1) y 4).

Según relata esta Sentencia, la Comisión Europea consideraba que la prioridad prevista con el número 1) en el artículo 11 de la Orden FOM/897/2005 –*“las que, en su caso, establezca el Ministerio de Fomento para los distintos tipos de servicios dentro de cada línea, tomando en especial consideración los servicios de transporte de mercancías”*– era contraria a la Directiva 2001/14/CE porque atribuía al Ministerio de Fomento una facultad de apreciación discrecional en contra de la exigencia de reglas específicas para la adjudicación de capacidad que exigía el Derecho de la Unión Europea.

Y en cuanto a la prioridad o criterio previsto con el número 4) del artículo 11 de dicha Orden FOM/897/2005 –*“la asignación y utilización efectiva por el solicitante, en anteriores horarios de servicio, de las franjas horarias cuya adjudicación se solicita”*–, la Comisión también lo consideraba contrario a la Directiva 2001/14/CE porque conducía en la práctica a que una empresa ferroviaria disfrutase del derecho a utilizar una franja horaria de forma indefinida, con lo que se vulneraba la prohibición de conceder franjas por una duración superior al periodo de vigencia del horario de servicio y se impedía en la práctica el acceso de nuevos competidores a las franjas más atractivas, lo que resultaba discriminatorio al mantener una situación de ventaja para las empresas españolas.

La Sentencia concluyó, respecto al primer criterio de adjudicación, que la Directiva 2001/14/CE obligaba a los Estados miembros a dar señales claras y coherentes a las empresas ferroviarias en materia de sistemas de adjudicación de capacidad, lo que impedía que la adjudicación de capacidad se pudiera

acometer con facultades de apreciación discrecional. Y ciertamente, el amplio margen de discrecionalidad que se reservaba el Ministerio de Fomento en la Orden FOM/897/2005 –“*las que, en su caso, establezca el Ministerio de Fomento*”– no iba en la línea de la Directiva comunitaria.

Pero más controvertida fue la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que se refiere al cuarto criterio de adjudicación. La Sentencia concluyó que al obligar la Directiva 2001/14/CE a garantizar la igualdad de acceso sin discriminación de las empresas ferroviarias a la infraestructura ferroviaria, se prohibía utilizar la capacidad de infraestructura durante un periodo superior a la vigencia del horario de servicio, con el fin de evitar que una empresa ferroviaria pudiera disfrutar del derecho a utilizar una franja de manera indefinida. El Tribunal, en definitiva, negó la posibilidad de aplicar el criterio de los derechos históricos en el sector ferroviario, a diferencia de lo que ocurre en el sector aeroportuario, y concluyó que este cuarto criterio de adjudicación de capacidad era discriminatorio porque conducía en la práctica a mantener las ventajas de los usuarios tradicionales de la red e impedía el acceso de nuevos operadores a las franjas horarias más atractivas.

Pero una cosa es que el horario de servicio tenga una vigencia anual y que por consiguiente cada año se elabore de nuevo, y otra bien distinta es que cada vez que se abre un nuevo procedimiento de elaboración del horario de servicio y de adjudicación de franjas horarias no se pueda tener en cuenta el grado previo de utilización de una determinada franja horaria por parte de la empresa ferroviaria a la que se le adjudicó. De hecho, la Directiva 2001/14/CE contenía una previsión (artículo 27), que se reproduce en la Directiva 2012/34/UE (artículo 52), que hace pensar todo lo contrario a lo que concluyó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013, pues se admite que el administrador de infraestructuras especifique en la *Declaración sobre la red* las condiciones en que tendrá en cuenta el grado previo de utilización de los surcos ferroviarios para determinar las “*prioridades*” del procedimiento de adjudicación. Luego, parece querer decir que, con determinadas condiciones fijadas en la *Declaración sobre la red*, se puede dar

prioridad a la utilización efectiva a lo largo del tiempo de los surcos por parte de las empresas ferroviarias, o lo que es lo mismo, los derechos históricos.

Esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece si cabe más discutible si se advierte el distinto trato que se da a la adjudicación de franjas horarias en los aeropuertos. En ese sector también la programación de franjas horarias es periódica (por temporadas de verano e invierno), y ello no es obstáculo para que las normas de la IATA y el Derecho de la Unión Europea garanticen los derechos históricos (*grandfather rights*).

En cualquier caso, lo cierto es que la utilización de los derechos históricos como criterio de adjudicación de capacidad de infraestructura impide la entrada de nuevos operadores y la existencia de competencia en el mercado ferroviario, dado que ello supone mantener las ventajas de los usuarios tradicionales de la infraestructura y, por consiguiente, impide el acceso de nuevos operadores a las franjas horarias más atractivas –las más rentables–, en perjuicio de los usuarios, como ha denunciado la CNMC<sup>610</sup>, para quien los derechos históricos deben eliminarse o limitarse a circunstancias muy específicas y tasadas aplicando criterios de necesidad y proporcionalidad.

Sea como fuere, la Orden FOM/897/2005 fue modificada por la Orden FOM/420/2014, que suprimió los criterios de adjudicación 1) y 4) para adaptarse a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013.

En la redacción actual de la Orden FOM/897/2005 tras haber sido modificada por la Orden FOM/642/2018 se distingue entre el procedimiento de coordinación de solicitudes y el caso de infraestructuras declaradas congestionadas. La cuestión de los criterios de reparto no se ha regulado del mismo modo en ambos supuestos. En cualquier caso, importa destacar que la vigente Directiva 2012/34/UE no ha establecido tampoco ningún criterio de

---

<sup>610</sup> Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril de 25 de junio de 2014 (PRO/DTSP/0001/14).

reparto, sino que se remite a lo que se establezca en la *Declaración sobre la red*.

Por lo que respecta al primer supuesto, cuando existe una coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria, la Orden FOM/897/2005 (art. 11) se remite al precepto que regula el procedimiento de coordinación (art. 8). Sin embargo, en dicho precepto no se establecen los criterios de prioridad, sino que se indica que, para resolver el conflicto que se genera por dos o más solicitudes que pretenden la misma franja, debe facilitarse a los candidatos afectados información sobre los criterios que se aplican en el procedimiento de coordinación, lo cual exige que el administrador de infraestructuras ferroviarias los haya concretado previamente en la *Declaración sobre la red*. En este sentido, ADIF ha previsto en su *Declaración sobre la red* para el 2020 una serie de criterios para el caso de que, habiendo intentado una coordinación de solicitudes, esta no fuese posible por no aceptar los candidatos la solución propuesta. Al respecto, ADIF adoptará la solución que mejor convenga al conjunto del sistema ferroviario con los siguientes criterios que, según se verá, son los mismos que prevé la Orden FOM/897/2005 (art. 11) para el supuesto de infraestructuras declaradas congestionadas:

- En la creación del horario de servicio se optimizará la utilización de la infraestructura, evitando una utilización ineficiente que impida obtener el máximo rendimiento de la misma.
- En la medida de lo posible, se ofrecerán alternativas que permitan la coexistencia de diferentes candidatos en períodos horarios, ofertando adjudicaciones de capacidad que pueden variar ligeramente de lo solicitado, considerando que siempre que se oferten dentro de una franja de 60 minutos, se daría satisfacción a todas las solicitudes.
- En las líneas especializadas o con tráfico predominante (Alta Velocidad, Cercanías, etc.) tendrán prioridad y/o preferencia los que correspondan a dicha especialización, valorando la utilización de la totalidad de la línea sobre aquéllos que utilizan solo parte de la misma.

- Asimismo, recibirán la debida consideración los servicios sometidos a obligaciones de servicio público, así como los de transporte de mercancías y, en especial, los de carácter internacional.
- También se dará preponderancia a los servicios que hayan sido solicitados en función de un acuerdo marco, o que sean objeto de servicios cadenciados o sistemáticos.
- En infraestructuras declaradas como congestionadas, se podrá modular la aplicación de los estrictos criterios de adjudicación de capacidad con objeto de garantizar, en la mayor medida posible, el acceso de todos los candidatos que hayan solicitado la adjudicación de capacidad.

En cuanto a los criterios de adjudicación de capacidad de infraestructura aplicables en el caso de infraestructuras declaradas congestionadas, actualmente la Orden FOM/897/2005 (art. 11) prevé los siguientes, que deben aplicarse por orden descendente: 1) La existencia de infraestructuras especializadas y la posibilidad de atender dichas solicitudes en dichas infraestructuras; 2) Los servicios declarados de interés público; 3) Los servicios internacionales; 4) La eventual existencia de acuerdos marco que prevean la adjudicación de esa solicitud de capacidad; 5) La solicitud, por un candidato, de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario; y 6) La eficiencia del sistema. Y añade que, en la aplicación de los criterios de prioridad, recibirán la debida consideración los servicios sometidos a obligaciones de servicio público, así como los de transporte de mercancías y, en especial, los de carácter internacional. Igualmente, la Orden FOM/897/2005 (art. 17) permite cierto margen al administrador de infraestructuras para modular estos criterios con el fin de garantizar el acceso de todos los candidatos a la infraestructura<sup>611</sup>.

---

<sup>611</sup> Así, por ejemplo, uno de los criterios de adjudicación de capacidad es la eficiencia del sistema, y precisamente para ello, la *Declaración sobre la red* para el año 2020 permite que dado que algunos trenes, por sus características, contribuyen a disminuir la capacidad de la red y dificultan su explotación, ADIF puede restringir la circulación de determinados trenes en base

En definitiva, el régimen vigente en materia de criterios de reparto de la capacidad de infraestructura es variable. Durante el procedimiento de coordinación de solicitudes, el administrador de infraestructuras ferroviarias goza de independencia para fijarlos en la *Declaración sobre la red*. Pero cuando se trata de infraestructuras declaradas congestionadas, ha sido el Ministerio de Fomento quien ha regulado los criterios de reparto, aunque se admite que el administrador de infraestructuras ferroviarias pueda modularlos.

### **3.3.6 Mecanismos de control del uso efectivo de la capacidad de infraestructura ferroviaria adjudicada**

Como contrapartida a la capacidad de infraestructura ferroviaria adjudicada, existe un deber de las empresas ferroviarias de utilizarla. Se trata de una regla también aplicable al sector aeroportuario (“*use it or lose it*”, úsalo o piérdelo), que persigue garantizar, por un lado, el uso efectivo de la capacidad de infraestructura, y por el otro, que no se va a acaparar esta capacidad con el único propósito de distorsionar el mercado e impedir que otras empresas ferroviarias accedan a la infraestructura.

La Ley del sector ferroviario de 2015 (art. 32) se remite a la *Declaración sobre la red* de cada administrador de infraestructuras para que incluya los criterios a tener en cuenta para determinar cuándo se da la falta de uso de la capacidad de infraestructura que, habiéndose adjudicado, no se utilice.

En este sentido, la *Declaración sobre la red* aprobada por ADIF para el 2020 prevé cuáles son los criterios para determinar la falta de uso de las franjas horarias y las consecuencias que ello comporta. Con carácter general, ADIF realiza un análisis mensual de la utilización de las franjas horarias adjudicadas

---

a criterios técnicos (falta de determinados equipamientos a bordo, tiempos de marcha inadecuados a las características de la vía, etc.). Asimismo, cuando se solicita un surco y existe un itinerario alternativo menos congestionado, ADIF puede programar el surco por la ruta más adecuada para favorecer mayor disponibilidad de la red. Se trata, pues, de medidas que persiguen garantizar un aprovechamiento razonable de la capacidad de la red, modulando para ello los criterios de adjudicación.

y, sin perjuicio de la sanción económica que se pueda imponer según la Ley del sector ferroviario de 2015 por el no uso injustificado de las mismas (infracción grave), puede también modificar o suprimir las franjas horarias cuando exista una falta de utilización sistemática, especialmente en el caso de infraestructuras declaradas congestionadas. Según dicha *Declaración sobre la red*, cuando una infraestructura se declare congestionada, ADIF exigirá la cesión de las franjas horarias que, en un periodo de al menos un mes, hayan sido utilizadas menos de un 80%, y en el resto de infraestructuras ese porcentaje se sitúa en el 50%, salvo que ello se deba a causas no económicas ajenas al control de las empresas ferroviarias. Igualmente, se prevé que, en el caso de infraestructuras declaradas congestionadas, ADIF podrá reducir la capacidad de infraestructura adjudicada cuando, en un período de al menos un mes, ésta haya sido utilizada por debajo de la cuota establecida.

Asimismo, el Real Decreto 2111/1998 prevé que la no utilización de las franjas horarias asignadas dará lugar a la pérdida de una parte de la garantía constituida con la solicitud de capacidad, en una cuantía equivalente a los costes en que se haya incurrido por su tramitación más el lucro dejado de obtener por el administrador de la infraestructura ante su falta de utilización.

Se trata, en definitiva, de mecanismos para combatir la no utilización de la capacidad de infraestructura adjudicada, que pretenden garantizar su efectiva utilización y la no distorsión de la competencia.

### **3.3.7 La prohibición de comercialización de los derechos de acceso a las infraestructuras ferroviarias**

La adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria se concibe como una función pública, en la medida en que el ordenamiento jurídico regula todo el proceso, ya sea determinando quien puede ser candidato, qué procedimiento hay que seguir para adquirir las franjas horarias y con qué criterios se van a repartir.



Se ha descartado, pues, que esta actividad de reparto de las franjas horarias sea realizada por el mercado. No se admiten técnicas de autoregulación, ni es posible que el administrador de infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias puedan libremente negociar las franjas horarias, ni mucho menos se admite que las empresas ferroviarias puedan comercializar con las franjas horarias adquiridas.

Esta situación contrasta con el sector aeroportuario, en el que sí se permite la comercialización de las franjas horarias entre compañías aéreas. En el sector ferroviario, por el contrario, se prohíbe la cesión a otra empresa ferroviaria del derecho de uso de la capacidad de infraestructura adjudicada, así como la celebración de todo tipo de negocio jurídico sobre esta capacidad (art. 38 LSF de 2015).

Ello es criticable, como advierte Montero Pascual<sup>612</sup>, pues si bien al introducirse la competencia en el sector ferroviario parecía necesario garantizar a ADIF un control absoluto de la infraestructura, con el paso del tiempo la creación de un mercado secundario de los derechos de uso de capacidad permitiría introducir mayor flexibilidad en el uso de la infraestructura y garantizar un aprovechamiento más eficiente. Posiblemente, el hecho de que todavía no se admita la transmisibilidad de los surcos ferroviarios se debe al hecho de que en el sector ferroviario de nuestro país no existen problemas de congestión de la infraestructura que exijan la adopción de medidas para hacerle frente, según apunta Gómez-Ferrer<sup>613</sup>.

Sin embargo, algún autor<sup>614</sup> ha tratado de justificar esta intransmisibilidad de la capacidad de infraestructura ferroviaria en el hecho de que durante el proceso de adjudicación de la misma deben ponderarse intensos criterios técnicos y de seguridad.

---

<sup>612</sup> Montero Pascual, J.J., *“Acceso a la red ferroviaria”*, *op. cit.*

<sup>613</sup> Gómez-Ferrer Rincón, R., *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 138.

<sup>614</sup> Carlón Ruiz, M., *“El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia”*, en Fernández Farreres, G. (coordinador), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004, p. 381.

Por otro lado, dado que existen otros candidatos que también pueden adquirir capacidad de infraestructura sin ser empresas ferroviarias, no se considera cesión la utilización de esta capacidad por parte de la empresa ferroviaria que opere por cuenta de esos candidatos.

En definitiva, la empresa ferroviaria a la que se le adjudique capacidad de infraestructura ferroviaria tiene el deber de usarla y no puede comercializar con ella. En el sector ferroviario –a diferencia de lo que ocurre en el sector aeroportuario–, el derecho de acceso se concibe como un derecho personalísimo, dado que no se admite la transmisión de las franjas horarias o surcos.

### **3.3.8 Breve referencia al acceso a las instalaciones de servicios: la *Descripción de instalación de servicio***

Los administradores de infraestructuras ferroviarias, junto con otros explotadores de instalaciones de servicios, prestan servicios básicos, complementarios y auxiliares a las empresas ferroviarias, que son imprescindibles para que se puedan realizar la actividad de transporte ferroviario.

Las entidades que prestan estos servicios se denominan explotadores de instalaciones de servicio. En este sentido, la Ley del sector ferroviario de 2015 (Anexo I, ap. 20) define el explotador de una instalación de servicio como aquella entidad privada o pública responsable de la gestión de una o varias de las instalaciones de servicio especificadas en el artículo 42, o de la prestación a empresas ferroviarias de uno o varios de los servicios a los que están destinados dichas instalaciones y de los complementarios y auxiliares.

En el caso de los servicios básicos (art. 42 LSF de 2015), el acceso de las empresas ferroviarias (y demás candidatos) a las instalaciones de servicio donde se prestan no puede ser discriminatorio (art. 43 LSF de 2015), lo cual

incluye el acceso por vía férrea a las instalaciones y a los servicios. Se trata de todos aquellos servicios que se prestan en cualquiera de las instalaciones de servicio que enumera el artículo 42 de la Ley del sector ferroviario de 2015: a) Las estaciones de transporte de viajeros, así como sus edificios e instalaciones conexas, incluidos los paneles de información sobre itinerarios y viajes y los emplazamientos propios para la venta de billetes; b) Las instalaciones técnicas y logísticas de mercancías; c) Las estaciones de clasificación y las instalaciones de formación de trenes, incluidas las instalaciones para maniobras; d) Las vías de apartado; e) Las instalaciones de mantenimiento de los vehículos ferroviarios, a excepción de las instalaciones de mantenimiento pesado dedicadas a trenes de alta velocidad o a otros tipos de material rodante que requieran instalaciones específicas; f) Otras instalaciones técnicas, tales como las instalaciones de lavado y limpieza; g) Las instalaciones portuarias vinculadas a actividades ferroviarias; h) Las instalaciones de protección y socorro; i) Las instalaciones de aprovisionamiento y suministro de combustible en dichas instalaciones; y j) Cambiadores de ancho y de ejes.

Por lo que se refiere a los servicios complementarios, se incluyen entre los mismos los siguientes (Anexo I, punto 18 de la LSF de 2015): a) Suministro de corriente de tracción; b) Precalentamiento de trenes de viajeros; y c) Contratos personalizados para el control del transporte de mercancías peligrosas y asistencia a la circulación de convoyes especiales.

Y en el caso de los servicios auxiliares, aquí se incluyen los siguientes (Anexo I, punto 19 de la LSF de 2015): a) El acceso a las redes de telecomunicación; b) El suministro de información complementaria; c) La inspección técnica del material rodante; d) Los servicios de venta de billetes en estaciones de transporte de viajeros; y e) Los servicios de mantenimiento pesado de material rodante, siendo éstos los que requieren instalaciones específicas en las que se realizan tareas que no se llevan a cabo como parte de las operaciones diarias de rutina y que requieren que el vehículo sea retirado del servicio.

La *Declaración sobre la red* debe indicar las instalaciones y los servicios que el administrador de la infraestructura ferroviaria u otros explotadores de

instalaciones de servicios van a ofrecer a las empresas ferroviarias, incluyendo información sobre las condiciones de acceso a las instalaciones de servicio y a la prestación de los servicios. En el caso de instalaciones de servicios que no estén controladas por el administrador de la infraestructura, sus explotadores deben facilitar a dicho administrador la información sobre el acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios que se prestan, si bien pueden indicar un sitio web en el que la información puede obtenerse gratuitamente en formato electrónico.

Sin embargo, tras la aprobación y entrada en vigor el 1 de junio de 2019 del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, los explotadores de instalaciones de servicio deben elaborar el documento denominado *Descripción de instalación de servicio*, en el que se detalle la citada información, el cual debe incluirse en la *Declaración sobre la red*. Se trata del documento que detalla la información necesaria para acceder a las instalaciones de servicio y a los distintos servicios.

En particular, en la *Descripción de instalación de servicio* debe incluirse, entre otros aspectos, la lista de instalaciones de servicios ferroviarios (con indicación de la ubicación y horarios de apertura), las características técnicas, los servicios que se prestan (básicos, complementarios y auxiliares), la posibilidad de acceso a la instalación para autosuministro de servicios, el procedimiento de solicitud de acceso a la instalación y a los servicios (con indicación de plazos de presentación, tiempo de tramitación, contenido y formato de la solicitud), el procedimiento de coordinación y los criterios de prioridad aplicables, las tarifas de acceso y por la prestación de servicios y los descuentos ofrecidos a los candidatos.

Por lo que se refiere al procedimiento conforme al cual se va adjudicar la capacidad de instalación de servicio, este viene detallado en el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 junto con los criterios que deben seguirse para el acceso a los servicios prestados en instalaciones de servicio.

Las empresas ferroviarias (y demás candidatos) deben dirigir sus solicitudes de acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios al explotador de la instalación. Al respecto, la *Declaración sobre la red* para el 2020 aprobada por ADIF ha previsto que se pueden celebrar acuerdos de larga duración (más de 4 años) entre el explotador de una instalación de servicio y una empresa ferroviaria (u otro candidato) con el fin de reservar capacidad en estas instalaciones, siempre que deriven de un acuerdo marco.

Corresponde al explotador de la instalación de servicio responder a las solicitudes de servicios presentadas en un plazo razonable. En el caso de los servicios básicos, si se recibe una solicitud de acceso a la instalación de servicios que sea incompatible con otra solicitud o con una capacidad ya asignada, entonces debe aplicarse un procedimiento de coordinación, en el que debe buscarse la compatibilidad de todas las solicitudes mediante la negociación. Para ello, el explotador de la instalación de servicio debe proponer alternativas para buscar una solución coordinada, que las empresas ferroviarias pueden aceptar o rechazar. Entre las alternativas deben incluirse las que maximicen la capacidad de la infraestructura (siempre que no comporten inversiones suplementarias en recursos), como proponer un calendario alternativo, modificar los horarios de apertura o la organización del trabajo o permitir el acceso a la instalación para practicar autosuministro.

Si este procedimiento de coordinación de solicitudes de servicios básicos no termina de forma satisfactoria, el explotador de la instalación de servicio debe aplicar los criterios de prioridad para adjudicar capacidad que previamente haya definido en la *Descripción de instalación de servicio*, los cuales deben ser objetivos y no discriminatorios. En este sentido, en el caso de las instalaciones de servicio gestionadas por ADIF, la *Declaración sobre la red* de 2020 indica cuáles son estos criterios. De entrada, si hay capacidad disponible para todos los candidatos, debe adjudicárseles. Pero si existiera coincidencia de solicitudes de capacidad en un mismo periodo de uso y para una misma instalación de servicio, la adjudicación debe hacerse buscando el máximo aprovechamiento de la instalación, aplicando como criterios de adjudicación de capacidad, por orden descendente, la tipología del servicio de transporte

(viajeros de larga distancia, viajeros de cercanías y media distancia o mercancías), el uso continuado de las instalaciones de servicio, la compatibilidad del uso solicitado con la funcionalidad de la instalación y el orden de solicitud en caso de igualdad en los criterios anteriores.

Cuando una solicitud de acceso a las instalaciones para recibir servicios básicos no pueda ser atendida a pesar de haberse realizado el procedimiento de coordinación, el explotador de la instalación debe indicar al candidato las posibles alternativas viables, y si éstas no existen, denegará la solicitud de forma razonada, pudiendo el candidato reclamar ante la CNMC para que tome las medidas convenientes para garantizar el reparto adecuado de la capacidad.

Por lo que se refiere a los servicios complementarios, si el explotador de una instalación de servicio los presta, debe hacerlo de manera no discriminatoria a cualquier empresa ferroviaria que los solicite (art. 44.2 LSF de 2015), pudiendo reclamar ante la CNMC cuando exista vulneración de dicho principio.

Y en cuanto a los servicios auxiliares, cualquier empresa ferroviaria puede solicitarlos, pero el explotador de la instalación de servicio no está obligado a prestarlos, aunque si los ofrece a alguna a empresa ferroviaria, entonces debe prestarlos de manera no discriminatoria a cualquier otra que lo solicite (art. 44.3 LSF de 2015), pudiendo la empresa ferroviaria afectada reclamar ante la CNMC cuando exista vulneración de dicho principio. Sin embargo, si una empresa ferroviaria dispone en exclusiva de bienes y espacios necesarios para la prestación de servicios auxiliares, tendrá la consideración de explotador de instalación de servicios y deberá prestarlos a otras empresas ferroviarias de manera no discriminatoria y a coste razonable (art. 45.2 LSF de 2015).

La Ley del sector ferroviario (art. 45.2) también prevé en el caso de los servicios auxiliares el régimen de autoprestación por parte de las empresas ferroviarias en las instalaciones de servicio que sean de titularidad de los administradores de infraestructuras, los cuales deben hacer públicos los criterios de asignación de capacidad y las condiciones de uso en la *Declaración sobre la red*, pagándose el correspondiente canon por su utilización. No

obstante, debe significarse que el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 permite la autoprestación o autosuministro en instalaciones de servicios para todos los servicios, sean básicos, complementarios o auxiliares, lo cual obliga a los administradores de infraestructuras ferroviarias a adaptarse a este nuevo marco cuando elaboren sus respectivas *Declaraciones sobre la red* y sus *Descripciones de instalación de servicio*.

En otro orden de cosas, debe significarse que el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 exige una cooperación entre los explotadores de instalaciones de servicios y los administradores de infraestructuras ferroviarias con el fin de evitar incoherencias entre la capacidad de infraestructura adjudicada y la capacidad de instalación de servicio solicitada.

Como contrapartida a la capacidad asignada en instalaciones de servicio, existe un deber de las empresas ferroviarias de utilizarla. En este sentido, la *Declaración sobre la red para 2020* aprobada por ADIF prevé que el no uso injustificado o la falta de uso sistemático imputable al cliente que suponga un quebranto importante para su aprovechamiento eficaz, podrá ser causa de modificación o supresión de la capacidad asignada. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre ante la falta de uso de la capacidad de infraestructura adjudicada, no se concreta ningún porcentaje para valorar cuando se produce un no uso injustificado o una falta de uso sistemático de la capacidad de instalación de servicio asignada, lo cual puede ser origen de decisiones arbitrarias.

Finalmente, se prevé que cuando una instalación de servicio no haya sido utilizada durante dos o más años consecutivos y haya empresas ferroviarias interesadas en acceder a las mismas, el titular deberá ofrecer públicamente la posibilidad de su explotación por un tercero (art. 42.5 LSF de 2015). Sin embargo, el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 permite que en estos casos el explotador de la instalación reanude la actividad.

### **3.4 El acceso a las infraestructuras aeroportuarias**

La adjudicación de capacidad de infraestructura aeroportuaria, como ocurre en el sector ferroviario, es el mecanismo que permite a las compañías aéreas acceder a los aeropuertos para ejercer su actividad de transporte en régimen de libre competencia. Para obtenerla, también deben seguir un procedimiento de adjudicación de la capacidad disponible en el que se aplican unos criterios de reparto objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Mediante este mecanismo, las compañías aéreas se reparten el uso de unas infraestructuras que, a diferencia del sector ferroviario, no son bienes de dominio público al haber sido despublicados en el año 2010. Este reparto se vehicula dividiendo la capacidad de los aeropuertos en distintas franjas horarias o *slots*, que luego se adjudican según determinados criterios de prioridad.

Y también como ocurre en el sector ferroviario, las compañías aéreas deben pagar por el uso de la capacidad de infraestructura adjudicada, según se analizará en el capítulo III.

#### **3.4.1 El marco normativo**

La regulación del proceso de adjudicación de capacidad en los aeropuertos se caracteriza por venir predeterminada por instancias supraestatales. Las directrices de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA, del inglés *International Air Transport Association*), por un lado, y las normas de la Unión Europea, por el otro, son el marco en el que se establece el régimen jurídico del reparto de las franjas horarias en los aeropuertos, lo cual parece lógico si tenemos en cuenta que el transporte aeronáutico tiene una dimensión global que exige una coordinación a nivel internacional en el uso de las franjas horarias.

En el caso de la IATA, esta asociación aprueba periódicamente unas *Directrices Mundiales de Slots (Worldwide Slot Guidelines)* que, si bien son



simples recomendaciones para los miembros de esta asociación, son comúnmente aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional y, por ende, aplicadas en el reparto de las franjas horarias de los aeropuertos, en la medida en que ofrecen un método uniforme, transparente y equitativo para su asignación y para gestionar la capacidad de los aeropuertos. Los Estados, ciertamente, pueden apartarse de estas directrices de la IATA y establecer sus propias regulaciones, que prevalecerán sobre dichas directrices, pero lo habitual es aplicarlas dado que el reparto de *slots* es un fenómeno global.

Las directrices de la IATA ofrecen, pues, las reglas para poder gestionar las franjas horarias aeroportuarias, siendo imprescindible este mecanismo en aquellos aeropuertos en los que la capacidad de infraestructura disponible no es suficiente para satisfacer la demanda de las compañías aéreas y demás operadores.

La particularidad de estas directrices es que son directamente elaboradas de forma conjunta por las compañías aéreas integradas en la IATA y por los coordinadores de los distintos aeropuertos, por lo que estaríamos ante una fórmula de autoregulación del sector. Esto lo diferencia del sector ferroviario, en el que el reparto de las franjas horarias o surcos ferroviarios no se deja en manos de sus actores protagonistas, sino que viene establecido en el marco regulador.

Las directrices de la IATA contienen una amplia regulación de todo el proceso de adjudicación de las franjas horarias. En ellas se detallan los principios y criterios que rigen su asignación y el procedimiento de coordinación mundial que debe seguirse. Se trata de un conjunto de estándares y mejores prácticas desarrolladas por las compañías aéreas y los coordinadores aeroportuarios que forman parte de la IATA, cuyos destinatarios son ellos mismos.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la norma de referencia es el Reglamento (CEE) nº 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los

aeropuertos comunitarios, con sus sucesivas modificaciones<sup>615</sup>, que concibe las franjas horarias como el permiso que da el coordinador para utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria con fines de aterrizaje y despegue en una fecha y hora determinadas.

Se trata de una norma que prevé un sistema de asignación de franjas horarias para hacer frente a la saturación que padecen algunos aeropuertos de la Unión Europea, que se basa en los principios de imparcialidad, no discriminación y transparencia. Se pretende con ello garantizar la libre competencia y fomentar el acceso al mercado de nuevos participantes, pero respetando al mismo tiempo los derechos adquiridos o derechos históricos (*grandfather rights* o *historic precedence*). La norma, en definitiva, contiene la regulación completa de la materia al prever todo el procedimiento de asignación de franjas horarias y los criterios de reparto, aunque respecto a este segundo extremo se remite en parte a los criterios fijados por la IATA, según se verá.

Debe advertirse que a diferencia del sector ferroviario, regulado a nivel europeo por medio de Directivas que se limitan a establecer una obligación de resultado para los Estados miembros y que, por consiguiente, dejan un margen de desarrollo a cada Estado en cuanto a la elección de los medios y la forma para conseguirlo, en el caso del sector aeroportuario se ha optado por una completa regulación de alcance general mediante un Reglamento que obliga en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado<sup>616</sup>, por lo que poco pueden añadir los ordenamientos estatales.

---

<sup>615</sup> DOCE nº L 14 de 22 de enero de 1993. El Reglamento (CEE) nº 95/93 ha sido modificado por el Reglamento (CE) nº 894/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de mayo de 2002 (DOCE nº L 142 de 31 de mayo de 2002); el Reglamento (CE) nº 1554/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003 (DOUE L 221 de 4 de septiembre de 2003); el Reglamento (CE) nº 793/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (DOUE L 138 de 30 de abril de 2004); el Reglamento (CE) nº 545/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2009 (DOUE L 167 de 29 de junio de 2009); y el Reglamento (CE) 2020/459 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de marzo de 2020 (DOUE de 31 de marzo de 2020). Existe además una propuesta no aprobada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para regular unas nuevas normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos de la Unión Europea (DOCE de 12 de diciembre de 2012).

<sup>616</sup> Artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

De hecho, la norma de referencia en nuestro ordenamiento jurídico interno, el Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, por el que se completa el régimen jurídico en materia de asignación de franjas horarias en los aeropuertos españoles<sup>617</sup>, no contiene una regulación completa de la materia, sino que como indica su título, con esta norma “*se completa*” el régimen jurídico aplicable al proceso de asignación de las franjas horarias aeroportuarias.

Además, debe estarse al 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<sup>618</sup>, que implantó un nuevo modelo de gestión aeroportuaria en el que se separan las funciones de gestión aeroportuaria y navegación aérea, hasta ese momento prestadas por el ente público empresarial AENA. La norma no sólo incidió en el régimen jurídico de los bienes aeroportuarios –los despublificó en su mayor parte, según se vio–, sino también en el procedimiento de reparto de las franjas horarias, aspecto este último que debía ser objeto de desarrollo reglamentario, llevado a cabo por el citado Real Decreto 20/2014.

### **3.4.2 La separación de las funciones de gestión de la infraestructura aeroportuaria y de reparto de las franjas horarias: AENA SA y AECFA**

El derecho de acceso a las infraestructuras aeroportuarias garantiza que las distintas compañías aéreas puedan aterrizar y despegar sus aviones en las franjas horarias asignadas. Según se verá, en los aeropuertos que no tienen problemas de congestión, este acceso tan sólo exige que la compañía aérea concierte con un agente en tierra del aeropuerto todo el proceso de aterrizaje y despegue en una franja horaria disponible, mientras que en los aeropuertos que presentan problemas de congestión deben arbitrarse mecanismos para un uso coordinado de las franjas horarias o *slots* o incluso deben aplicarse criterios de reparto de la capacidad disponible.

---

<sup>617</sup> BOE de 18 de enero de 2014.

<sup>618</sup> BOE de 3 de diciembre de 2010.

Se trata, como se vio en el caso del sector ferroviario, de un modelo que garantiza la libre competencia entre compañías aéreas, dado que, al fraccionarse la capacidad de la infraestructura aeroportuaria en distintas franjas horarias, que se reparten mediante un procedimiento y con unos criterios preestablecidos, se permite que aquéllas compitan entre sí en la prestación de servicios de transporte aéreo.

Este acceso a los aeropuertos presupone que las compañías aéreas cumplen con los requisitos exigidos a nivel internacional, europeo y estatal para poder desarrollar la actividad de transporte aéreo, sobre la que no se va a profundizar porque se aparta del objeto de estudio. La actividad de transporte aéreo, en efecto, se rige por las libertades del aire previstas en el Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago de 7 de diciembre de 1944<sup>619</sup> y las que posteriormente se añadieron<sup>620</sup>, los distintos convenios bilaterales firmados por los Estados y a nivel de la Unión Europea por las previsiones del Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos de la Comunidad<sup>621</sup>. En particular, dentro de la Unión Europea cualquier compañía aérea puede prestar toda clase de servicios aéreos, siempre que cuente con una licencia de explotación<sup>622</sup> y un certificado de operador aéreo expedidos por un Estado miembro.

---

<sup>619</sup> BOE de 24 de febrero de 1947.

<sup>620</sup> Según detalla la Sociedad Aeronáutica Española, las libertades del aire fueron inicialmente las cinco que previó el Convenio de Chicago de 1944: el derecho de sobrevuelo sobre el territorio de otro Estado sin aterrizar; el derecho a aterrizar en el territorio de otro Estado por razones técnicas; el derecho a desembarcar pasajeros, carga y correo procedente del país de la matrícula de la aeronave; el derecho a tomar pasajeros, carga y correo con destino al territorio del país de la matrícula de la aeronave; y el derecho de tomar y desembarcar pasajeros, carga y correo con destino o procedente de terceros estados y el derecho en servicios irregulares sin itinerario fijo. Posteriormente, se han añadido otras cuatro libertades: el derecho a efectuar transportes entre dos Estados distintos de aquel en el que esté matriculada la aeronave, sobrevolando el territorio de este último; el derecho a operar correctamente fuera del Estado de matriculación y a embarcar y desembarcar pasajeros, correo y carga provenientes de o con destino a un Estado tercero, que no es el de matriculación; el derecho a que el operador aéreo de un Estado transporte pasajeros, carga o correo dentro del territorio de otro Estado (transporte de cabotaje); y el derecho a transportar tráfico de cabotaje del Estado otorgante en un servicio que se lleva a cabo enteramente dentro de su territorio (derecho de cabotaje autónomo).

<sup>621</sup> DOUE de 31 de octubre de 2008.

<sup>622</sup> De acuerdo con la Orden TMA/105/2020, de 31 de enero, por la que establecen las normas para concesión y mantenimiento de las licencias de explotación de servicios aéreos (BOE de 12 de febrero de 2020), corresponde a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea la concesión,

Por otro lado, para hacer efectivo este acceso a las infraestructuras aeroportuarias no basta con un reparto de la capacidad de infraestructura para permitir aterrizajes y despegues en una determinada franja horaria, sino que además debe articularse la prestación de determinados servicios, sin los cuales la actividad de transporte aéreo no se puede realizar.

Dejando para más adelante las cuestiones relativas al reparto de la capacidad de infraestructura y a la prestación de servicios, las líneas que siguen se van a centrar en una de las características del modelo aeroportuario, como es separación de las funciones de gestión de la infraestructura aeroportuaria y de reparto de las franjas horarias.

La asignación de franjas horarias en los aeropuertos constituye, al igual que en el sector ferroviario, la clave para garantizar el derecho de acceso y la competencia entre las compañías aéreas, que necesariamente deben utilizar unas infraestructuras, las aeroportuarias, que se caracterizan por ser un monopolio de paso obligado. Por ello, es imprescindible que la asignación o reparto de las franjas horarias se haga de manera objetiva, transparente y no discriminatoria, y aquí juega un importantísimo papel la figura que, con total independencia, debe encargarse de este cometido.

Sin embargo, a diferencia del sector ferroviario, en el que el gestor de la infraestructura tiene atribuida la función de asignación de los surcos ferroviarios, en el sector aeroportuario existe actualmente una separación de las funciones de gestión del aeropuerto y de asignación de franjas horarias, y para esta segunda función incluso se prevén dos figuras distintas, el coordinador y el facilitador de horarios, según el grado de congestión en que se encuentre el aeropuerto.

---

supervisión, denegación, suspensión y revocación de las licencias de explotación de servicios aéreos.

### 1) *El gestor de los aeropuertos: la sociedad mercantil estatal AENA SA*

El gestor aeroportuario juega un importante papel en el proceso de poner a disposición de las compañías aéreas la capacidad aeroportuaria suficiente para que éstas puedan operar en régimen de competencia, aunque no le corresponde la función de repartir las franjas horarias, que como luego se verá, se atribuye al coordinador y al facilitador de horarios.

Con este propósito, el gestor aeroportuario debe procurar continuas mejoras en la capacidad del aeropuerto que gestiona a fin de evitar que se congestione. Para ello, le corresponde realizar un exhaustivo y periódico análisis de la capacidad del aeropuerto que gestiona y de la demanda existente, valiéndose de los “*métodos reconocidos más comunes*”, según apuntan el Reglamento (CEE) nº 95/93 y las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA. El objetivo de este análisis es determinar las restricciones operativas, medioambientales o de infraestructura que impiden satisfacer toda la demanda e identificar las opciones para superar estos problemas mediante cambios o mejoras en las infraestructuras o en las operaciones. Se trata, en definitiva, de evitar que un aeropuerto sea declarado congestionado o de procurar que un aeropuerto que ya ha alcanzado este nivel pueda volver lo antes posible a ser designado como aeropuerto con horarios facilitados o como aeropuerto no coordinado, según se verá posteriormente.

En España la gestión de los aeropuertos correspondía en el pasado a AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea), que fue creada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990<sup>623</sup> como ente de derecho público y que, de acuerdo con su Estatuto<sup>624</sup>, aglutinaba las funciones en materia de navegación aérea (tránsito aéreo, telecomunicaciones e información aeronáutica) y de gestión de los aeropuertos civiles de interés general. Posteriormente, este ente de derecho público se transformó en ente público

---

<sup>623</sup> Artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio (BOE de 30 de junio de 1990).

<sup>624</sup> Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE de 18 de junio de 1991).

empresarial al modificarse su régimen jurídico mediante la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>625</sup>.

Pero tras la aprobación del 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<sup>626</sup>, se produjo un importante cambio en la asignación de la función relativa a la gestión de los aeropuertos. En particular, se optó por una privatización parcial en el sector aeroportuario con el fin de modernizarlo e insistir en el proceso de liberalización y se dio a la gestión de los aeropuertos un enfoque más empresarial, situándolos en el ámbito del Derecho mercantil. Con este objetivo, la norma separó las funciones de gestión aeroportuaria y navegación aérea, que hasta ese momento prestaba el ente público empresarial AENA.

Para llevar a cabo este cometido, la norma previó que el Consejo de Ministros debía crear, antes del 28 de febrero de 2011, una sociedad mercantil estatal de las previstas en el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con la denominación de AENA Aeropuertos SA, que se registraría por el derecho mercantil y que comenzaría a ejercer sus funciones cuando se determinase por Orden del Ministerio de Fomento<sup>627</sup>.

Inicialmente, todo el capital de esta nueva sociedad estatal AENA Aeropuertos SA correspondía al ente público empresarial AENA (que se mantenía para ejercer las funciones de navegación aérea), pero se previó que podía ser enajenada una parte del capital para dar entrada al capital privado, siempre que el ente público empresarial conservase la mayoría del capital.

Ello se confirmó con la aprobación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la

---

<sup>625</sup> BOE de 31 de diciembre de 1998.

<sup>626</sup> BOE de 3 de diciembre de 2010.

<sup>627</sup> La Orden FOM/1525/2011, de 7 de junio (BOE de 8 de junio de 2011), acordó que a partir del 8 de junio de 2011 AENA Aeropuertos SA iniciaría el ejercicio efectivo de sus funciones y obligaciones en materia de gestión aeroportuaria, fecha a partir de la cual el ente público empresarial AENA dejaría de realizar esta actividad.

eficiencia<sup>628</sup> –y se reiteró poco después con la Ley 18/2014, de 15 de octubre<sup>629</sup>–, en el que se estableció un nuevo marco de regulación aeroportuaria. Tras su aprobación, ENAIRE, que sustituyó al ente público empresarial AENA, fue autorizada a enajenar hasta el 49% del capital social de la sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA, que pasó a denominarse AENA SA<sup>630</sup>, manteniendo dicho ente público empresarial el control accionario de AENA SA.

En definitiva, en la actualidad es AENA SA la que gestiona los aeropuertos españoles, mientras que el ente público empresarial ENAIRE se reserva las funciones en materia de navegación aérea, salvo las de tránsito aéreo de aeródromo, que pertenecen a AENA SA y que las puede contratar con un proveedor civil, en los términos de la Ley 9/2010, de 14 de abril<sup>631</sup>.

Debe significarse que en España no se ha optado por crear una sociedad mercantil para cada aeropuerto –como ocurre en otros países–, sino que AENA SA, bajo el control accionario de ENAIRE (51% del capital), explota directamente todos los aeropuertos y helipuertos integrados en la red atribuida a su gestión, aunque también es cierto que el Real Decreto-ley 13/2010 admite la gestión individualizada de cada aeropuerto a través de dos vías: la creación de sociedades filiales o el otorgamiento de concesiones de servicios aeroportuarios a favor del sector privado, en las que el concesionario asume la gestión del aeropuerto a su propio riesgo y ventura.

Así pues, AENA SA, en su calidad de gestor aeroportuario, es quien asume la explotación de los aeropuertos de interés general y dentro de sus facultades se incluye la puesta a disposición de las compañías aéreas de la capacidad

---

<sup>628</sup> BOE de 5 de julio de 2014.

<sup>629</sup> BOE de 17 de octubre de 2014.

<sup>630</sup> El Gobierno autorizó, en su reunión del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2014, que el ente público empresarial ENAIRE iniciase los trámites para el proceso de entrada de capital privado en AENA SA (<http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/BC20B627-5146-4424-AEED-99C695D16F7C/125872/14071102.pdf>).

<sup>631</sup> 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 (BOE de 15 de abril de 2010).



aeroportuaria suficiente, debiendo promover las mejoras necesarias para que las compañías aéreas puedan acceder a dicha capacidad y prestar sus servicios de transporte. La red de aeropuertos de interés general que gestiona AENA SA se configura como un servicio de interés económico general y por ello AENA SA está obligada, entre otros aspectos, a asegurar el mantenimiento de la red y la suficiencia e idoneidad de las infraestructuras.

## *2) El coordinador y el facilitador de horarios: la Asociación Española para la Coordinación y Facilitación de Franjas Horarias (AECFA)*

Según destaca Gómez Puente<sup>632</sup>, en el pasado la asignación de franjas horarias, esto es, el reparto de la capacidad de infraestructura existente en cada aeropuerto, se hacía desde la Subsecretaría de Aviación Civil, en colaboración con Iberia, que era quien participaba en las conferencias de la IATA. Luego la competencia pasó a la Dirección General de Aviación Civil y, finalmente, al crearse AENA, fue este ente público el que asumió la coordinación de los horarios en los aeropuertos españoles y quien asumió la participación en las conferencias de programación de la IATA.

Actualmente, la asignación de franjas horarias en cada aeropuerto no corresponde al gestor aeroportuario (AENA SA), sino a una figura independiente o, mejor dicho, a dos figuras, el coordinador y el facilitador de franjas horarias, según la modalidad de aeropuerto. Ello parece lógico porque AENA SA realiza una actividad empresarial en los aeropuertos que gestiona, por lo que tiene muchos intereses económicos que podrían comprometer la labor del reparto de capacidad de infraestructura, que debe hacerse de modo neutral.

Esta distinción entre las figuras del coordinador y el facilitador de franjas horarias nos lleva, en primer lugar, a tener que distinguir las diferentes clases de aeropuertos existentes, que se clasifican en función de su grado de

---

<sup>632</sup> Gómez Puente, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*, op. cit., pp. 364-373.

congestión. Al respecto, la IATA diferencia tres niveles de aeropuertos en sus *Directrices Mundiales de Slots*: aeropuertos de nivel 1, aeropuertos de nivel 2 y aeropuertos de nivel 3.

Los aeropuertos de nivel 1 son aquéllos en los que la capacidad de la infraestructura es suficiente para satisfacer la demanda de usuarios en cualquier franja horaria. Se trata, pues, de aeropuertos que no presentan ningún grado de congestión y que por ello se denominan aeropuertos no coordinados.

Por el contrario, los aeropuertos de nivel 2 son aquéllos en los que existe la probabilidad de congestión durante periodos específicos del día, la semana o la temporada, pero que se puede solventar mediante la coordinación entre las compañías aéreas y el facilitador de horarios del aeropuerto, figura cuyo objetivo es favorecer o posibilitar las operaciones programadas por las compañías aéreas. Estos aeropuertos se denominan aeropuertos facilitados o aeropuertos con horarios facilitados.

Finalmente, los aeropuertos de nivel 3, o aeropuertos coordinados, son aquellos que no tienen una capacidad suficiente para satisfacer toda la demanda, en cuyo caso debe designarse un coordinador para asignar los *slots* o franjas horarias a las compañías aéreas, aplicando para ello determinados criterios de prioridad<sup>633</sup>.

A nivel comunitario, la redacción original del Reglamento (CEE) nº 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios, distinguía entre “*aeropuertos coordinados*” y “*aeropuertos totalmente coordinados*”, pero tras la reforma operada por el Reglamento (CE) nº 793/2004, de 21 de abril, se pasó a

---

<sup>633</sup> Para que un aeropuerto pueda clasificarse como aeropuerto coordinado (nivel 3), debe previamente realizarse un análisis exhaustivo de la demanda y de su capacidad y una consulta a todos los interesados, y sólo si del resultado de dicho análisis y consulta se concluye que la demanda supera considerablemente la capacidad disponible en el aeropuerto y no existe ninguna otra solución posible a corto plazo, el aeropuerto puede recibir el nivel 3 de clasificación. En cambio, los Estados pueden designar cualquier aeropuerto como aeropuerto con horarios facilitados (nivel 2), siempre que se respeten los principios de transparencia, imparcialidad y no discriminación.

usar la denominación actual de “aeropuertos con horarios facilitados” (antes denominados “aeropuertos coordinados”) y “aeropuertos coordinados” (antes denominados “aeropuertos totalmente coordinados”). Los primeros son los aeropuertos de nivel 2 en la denominación utilizada por la IATA y los segundos son los aeropuertos de nivel 3.

En nuestro ordenamiento jurídico interno se ha optado por concretar en una norma reglamentaria los aeropuertos coordinados y facilitados. El citado Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, contiene en su anexo I una relación de los aeropuertos coordinados y facilitados, aunque también prevé que, tras un análisis de capacidad, la lista se puede cambiar por el Ministro de Fomento, a propuesta de la Dirección General de Aviación Civil y previo informe del gestor aeroportuario<sup>634</sup>.

Estas distintas modalidades de aeropuertos han comportado que la normativa aeroportuaria haya ideado un sistema de reparto de las franjas horarias que se encomienda a distintas figuras, salvo en los aeropuertos de nivel 1, en los que no existe ninguna figura que deba acometer los problemas de congestión, simplemente porque ésta es inexistente. Según se verá, en los aeropuertos de nivel 1 basta con que cada compañía aérea se ponga de acuerdo con un agente de asistencia en tierra (*handling*) respecto de sus operaciones programadas y que lo comunique al gestor del aeropuerto. En cambio, en los aeropuertos de nivel 2 y 3, en los que se dan problemas de congestión, si existe una figura encargada de la asignación de las franjas horarias. En el caso de los aeropuertos de nivel 2 esta función la tiene atribuida el facilitador de

---

<sup>634</sup> Con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 20/2014, el Real Decreto-ley 15/2001, de 2 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de transporte aéreo (BOE de 3 de noviembre de 2001), ya concretó en su anexo la relación de aeropuertos coordinados y totalmente coordinados (facilitados y coordinados en la nomenclatura actual). Según dispuso luego 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 (BOE de 3 de diciembre de 2010), cuando entrase en vigor el nuevo reglamento que debía desarrollar el Reglamento (CEE) 95/93 (esto es, el Real Decreto 20/2014), quedaría derogado lo establecido en el Real Decreto-ley 15/2001. La relación de aeropuertos facilitados cambió al aprobarse la Orden FOM/1408/2018, de 19 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 2018), en la que se incluyó el Aeropuerto de la Región de Murcia y se excluyó la Base Aérea abierta al tráfico civil de Murcia-San Javier.

horarios y en el caso de los aeropuertos de nivel 3 se debe designar un coordinador<sup>635</sup>.

Las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA y el Reglamento (CEE) nº 95/93 disponen que ambas figuras, el facilitador de horarios y el coordinador, deben ser personas independientes que actúen de manera imparcial, transparente y no discriminatoria, y que su nombramiento se efectuará tras consultar con el gestor aeroportuario, las compañías aéreas que utilicen regularmente el aeropuerto, sus organizaciones representativas y el Comité de Coordinación si existiere. El facilitador de horarios y el coordinador pueden ser personas físicas o jurídicas, y además pueden ser designados para ejercer sus funciones en más de un aeropuerto. En cualquier caso, sea una persona física o jurídica, debe ser cualificada, esto es, debe acreditar profundos conocimientos en materia de coordinación de la programación de movimientos de aeronaves y debe garantizarse su independencia funcional y económica de cualquier otra parte interesada (gestor aeroportuario y compañías aéreas), como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2016 (asunto C-205/14, Comisión contra República Portuguesa).

Ambas figuras se ocupan de la asignación de las franjas horarias en los aeropuertos y participan en las conferencias internacionales de compañías aéreas sobre programación de horarios (las Conferencias de *slots* de la IATA), pero su actividad difiere a la hora de repartir la capacidad de infraestructura disponible. Mientras que el facilitador de horarios busca la coordinación de las compañías aéreas para solucionar los problemas puntuales de congestión, el coordinador lleva a cabo una asignación de *slots* en función de unos criterios de prioridad y según un procedimiento preestablecido.

Así, la función principal del facilitador de horarios consiste en recopilar información sobre las operaciones programadas de todas las compañías aéreas que pretenden operar en el aeropuerto y facilitar los ajustes voluntarios

---

<sup>635</sup> En la redacción originaria del Reglamento (CEE) nº 95/93 sólo se previó la figura del coordinador del aeropuerto, ya fuese “*coordinado*” o “*totalmente coordinado*”. Con la nueva redacción dada por el Reglamento (CE) nº 793/2004 se distingue entre el facilitador de horarios en aeropuertos con horarios facilitados y el coordinador en aeropuertos coordinados.

en la programación para dar solución a las situaciones de congestión que se crean cuando las mismas franjas horarias son apetecidas por distintas compañías. Su función es más bien la de asesorar o mediar entre las compañías aéreas y recomendarles horarios alternativos de llegada o salida cuando existan probabilidades de congestión, supervisando *a posteriori* que se cumplan los horarios recomendados.

En el caso del coordinador, su cometido principal es llevar a cabo el reparto de las franjas horarias según los criterios de prioridad preestablecidos, estando asistido por un Comité de Coordinación<sup>636</sup> para realizar esta función. Asimismo, *a posteriori* debe supervisar que las operaciones aéreas se ejecutan dentro de las franjas horarias asignadas, tarea que realiza en colaboración con el organismo de gestión del aeropuerto y con las autoridades de control del tráfico aéreo.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, el Real Decreto 20/2014, aprobado en desarrollo del Real Decreto-ley 13/2010 y del Reglamento (CEE) 95/93, ha optado por prever una única figura, el coordinador, que aglutina las funciones de coordinación y de facilitación de franjas horarias en todos los aeropuertos de nivel 2 y de nivel 3.

Se ha previsto, en definitiva, un único coordinador con funciones de coordinación y de facilitación de franjas horarias, que además tiene un ámbito

---

<sup>636</sup> El Reglamento (CEE) nº 95/93 prevé la existencia de un Comité de Coordinación en cada aeropuerto coordinado, aunque también puede designarse para más de un aeropuerto. Tendrán derecho a participar en dicho Comité las compañías aéreas que utilicen regularmente el aeropuerto o aeropuertos, sus organizaciones representativas, el organismo de gestión del aeropuerto, las autoridades de control del tráfico aéreo y los representantes de la aviación general que utilicen el aeropuerto habitualmente. Además, pueden asistir a sus reuniones como observadores los representantes del Estado y el coordinador. A este Comité se le atribuyen las funciones de asesorar y realizar determinadas propuestas al coordinador o al Estado en todo lo que se refiere a la capacidad del aeropuerto, y en particular sobre las posibilidades de aumentar su capacidad, los parámetros de coordinación, los métodos de supervisión de la utilización de las franjas horarias asignadas, las directrices locales de asignación y supervisión de franjas locales, las mejoras en las condiciones del tráfico, los problemas graves de los nuevos entrantes y demás asuntos relacionados con la capacidad del aeropuerto. También se le asigna una función de mediación en las reclamaciones sobre asignación de franjas horarias. Además, el coordinador puede pedir al Comité que debata propuestas de directrices locales sobre asignación de franjas horarias y sobre la supervisión de su utilización.

de actuación que abarca todo el Estado en vez de preverse un coordinador o un facilitador para cada aeropuerto, según sus necesidades y características.

La designación y la revocación de este coordinador único para todos los aeropuertos corresponde al Ministerio de Fomento, a propuesta de la Dirección General de Aviación Civil y tras haberse recabado previamente el parecer de las compañías aéreas que utilizan regularmente cada aeropuerto, sus organizaciones representativas, el gestor aeroportuario y el Comité de Coordinación.

El coordinador único ejerce las funciones de coordinación y de facilitación de franjas horarias a través de un director de coordinación. Además, si sus estatutos lo prevén, el coordinador único puede realizar actividades auxiliares, pero sin que se pueda aprovechar de ninguna ventaja competitiva por el hecho de su designación como coordinador.

Al procedimiento de selección del coordinador único pueden concurrir diversos candidatos y se resuelve por Orden ministerial fiscalizable ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Si a dicho procedimiento de selección concurre más de un candidato que reúna los requisitos exigidos por la norma, se designará como coordinador al que tenga más representatividad de los aeropuertos coordinados y compañías aéreas que operen en ellos.

Finalmente, debe significarse que, aunque el Reglamento (CEE) 95/93 permite que el coordinador sea una persona física o jurídica, en nuestro ordenamiento interno se ha optado por designar únicamente como coordinador a una persona jurídica privada de ámbito estatal, constituida por tiempo indefinido y sin ánimo de lucro. Esta persona jurídica, que debe tener domicilio en España, debe estar integrada por gestores aeroportuarios y operadores aéreos que desarrollen su actividad en los aeropuertos españoles, no pudiendo ser superior al 60% del capital la participación en la organización de cualquiera de estos integrantes, ni del 50% en la representación de sus órganos de gobierno y gestión ordinaria. Además, se exige que más del 50% del capital del coordinador esté en manos de sociedades con domicilio social en los Estados miembros de la Unión

Europea o del Espacio Económico Europeo o de ciudadanos de dichos Estados<sup>637</sup>.

Actualmente, la Asociación Española para la Coordinación y Facilitación de Franjas Horarias (AECFA) es la entidad designada como coordinador único para todo el Estado para ejercer las funciones de coordinación y de facilitación de franjas horarias<sup>638</sup>. Dicha entidad designada –fue la única que se presentó al procedimiento– está constituida actualmente por catorce compañías aéreas<sup>639</sup> y un gestor aeroportuario (AENA SA), e inicio sus funciones a partir del día 15 de septiembre de 2014. En cualquier caso, AEFCA debe prestar sus servicios de coordinación y facilitación de horarios a todos los operadores aéreos usuarios de los aeropuertos, aunque no sean miembros de la organización.

En el aspecto organizativo, este coordinador único debe dotarse de un máximo órgano de gobierno, en el que se integran sus miembros, y de un órgano de gestión ordinaria, designado por el anterior, y muy importante es la figura del director de coordinación, designado por el Ministro de Fomento a propuesta del coordinador y previo informe de la Dirección General de Aviación Civil.

Este director de coordinación es el máximo responsable del ejercicio de las funciones atribuidas al coordinador, debiendo actuar con independencia de todas las partes interesadas. Ello se garantiza, por un lado, asegurando su independencia funcional, financiera y económica y la de su personal técnico adscrito (que debe ser suficiente y actuar bajo la exclusiva dirección del director de coordinación), y por el otro, con los requisitos exigidos para su cese, que

---

<sup>637</sup> El Real Decreto 20/2014 también prevé que en el momento de la designación del coordinador, deben formar parte de la organización, como mínimo, un número significativo de los gestores de aeropuertos coordinados (los que representen al menos a un volumen de tráfico equivalente al de los seis aeropuertos coordinados con mayor volumen de tráfico) y un número de operadores aéreos establecidos en España que en su conjunto representen al menos el 20% de los movimientos en los aeropuertos españoles coordinados. Si disminuye dicha representatividad de manera indefinida, la norma prevé que se puede revocar la designación del coordinador.

<sup>638</sup> Orden FOM/1050/2014, de 17 de junio, por la que se designa al Coordinador y Facilitador de Franjas Horarias y al Director de Coordinación en los aeropuertos españoles y se establece la fecha para su puesta en funcionamiento efectivo (BOE de 20 de junio de 2014).

<sup>639</sup> Air Europa, Air Nostrum, Binter Canarias, Canarias Airlines, Condor Flugdienst, easyJet Airline, Iberia LAE, Iberia Express, Jet2.com Ltd., Ryanair Ltd., Swiftair, Thomas Cook Airlines UK, TUI Airways Ltd. y Vueling Airlines.

sólo puede serlo por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus funciones y previo informe de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. Asimismo, el director de coordinación debe actuar de modo imparcial, no discriminatoria y transparente. En particular, destacan sus funciones de seguimiento y supervisión del uso de las franjas horarias asignadas con el fin de asegurar su uso efectivo, así como su participación en las conferencias internacionales sobre programación de horarios.

En otro orden de cosas, se prevén mecanismos de supervisión y control de la actuación del coordinador y del director coordinación. Así, el Ministerio de Fomento, a través de la Dirección General de Aviación Civil, supervisa que el director de coordinación ejerza sus funciones de manera imparcial, no discriminatoria, independiente y transparente, función que sería más propia de la CNMC. Y a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea le corresponde realizar el control y la inspección del director de coordinación y del coordinador, incluida su supervisión económica y de funcionamiento.

### **3.4.3 La determinación de la capacidad de infraestructura aeroportuaria disponible**

Al igual que ocurre en el sector ferroviario, en el que a través de la *Declaración sobre la red* se concreta la capacidad de infraestructura ferroviaria disponible a la que pueden optar los candidatos a prestar servicios ferroviarios, en el sector aeroportuario también es imprescindible determinar el potencial de los aeropuertos para poder programar las franjas horarias que se repartirán las compañías aéreas.

Aunque no existe en puridad un documento en los términos exigidos por la legislación ferroviaria (*Declaración sobre la red*), la normativa aeroportuaria y las directrices de la IATA prevén la necesidad de determinar la capacidad disponible en los aeropuertos.



Así, las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA disponen que antes de que las compañías aéreas presenten sus solicitudes de franjas horarias, el gestor de cada aeropuerto debe proporcionar al coordinador o al facilitador de horarios los parámetros de coordinación para la siguiente temporada, tales como pistas, pistas de rodaje, zonas de aparcamiento de aeronaves, puertas de embarque, capacidad de la terminal (para la facturación, el control de seguridad, la recogida de equipajes), etc.

En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (CEE) nº 95/93 preveía en su redacción originaria la obligación de determinar la capacidad disponible para asignar las franjas horarias en aeropuertos totalmente coordinados, mientras que en el caso de los aeropuertos coordinados ello tenía carácter potestativo. Pero tras la modificación operada por el Reglamento (CE) nº 793/2004, no se incluye ninguna referencia a la necesidad de determinar la capacidad de los aeropuertos facilitados y tan sólo se exige que se concreten los parámetros de coordinación de los que hoy se conocen como aeropuertos coordinados.

Así pues, con la reforma operada en el Reglamento (CEE) nº 95/93 por el Reglamento (CE) nº 793/2004, la asignación de franjas horarias en aeropuertos coordinados requiere que previamente se determinen (dos veces al año) los parámetros de coordinación de cada aeropuerto, que deberán comunicarse al coordinador antes de que tenga lugar la asignación inicial de franjas horarias, con vistas a las conferencias de programación de horarios. Y especifica que, para la determinación de estos parámetros de coordinación, debe partirse de un análisis objetivo de las posibilidades de acoger tráfico, teniendo en cuenta los distintos tipos de tráfico, la probabilidad de congestión del espacio aéreo y la capacidad del aeropuerto.

A pesar de las anteriores previsiones comunitarias, en nuestro ordenamiento interno se ha optado por determinar la capacidad de todos los aeropuertos, así como los parámetros que permiten asignar franjas horarias en todos ellos, ya sean aeropuertos coordinados o facilitados.

La norma de referencia en este aspecto debería ser el citado Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, por el que se completa el régimen jurídico en materia de asignación de franjas horarias en los aeropuertos españoles. Sin embargo, al margen de identificar el órgano responsable de la realización de los estudios para determinar la capacidad de los aeropuertos y para concretar los parámetros para la designación de franjas horarias, la norma no contiene ninguna otra previsión al respecto. Según se apuntaba en líneas anteriores, la norma estatal no contiene una regulación completa de la materia, sino que se limita a completar el régimen jurídico aplicable a la asignación de franjas horarias aeroportuarias que ya se contiene en el Reglamento (CEE) nº 95/93 y en las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA.

En cuanto a la determinación de la capacidad disponible en cada aeropuerto, el Real Decreto 20/2014 se limita a designar al gestor aeroportuario como órgano competente para este cometido –que debe buscar la colaboración de los proveedores de servicios de navegación aérea–, remitiéndose en lo demás al Reglamento (CEE) nº 95/93, que es la norma que especifica cómo debe realizarse el análisis detallado de capacidad. En España, pues, corresponde a AENA SA, como gestor de los aeropuertos de interés general, la determinación de la capacidad disponible en todos ellos.

Este análisis de la capacidad disponible en cada aeropuerto es un mecanismo que permite introducir mejoras y determinar el nivel de clasificación de cada aeropuerto (niveles 1, 2 y 3) en función del grado de congestión. El objetivo de este análisis no es otro que, ante un aeropuerto congestionado, poder analizar sus problemas de capacidad e intentar resolverlos con vistas a que el aeropuerto pueda volver a los niveles 1 o 2, siguiendo la misma lógica que en el sector ferroviario. Pero a diferencia del sector ferroviario, el análisis de la capacidad del aeropuerto opera antes de su declaración como coordinado (nivel 3), no después de recibir esta calificación.

Según se vio, en el sector ferroviario la Directiva 2012/34/UE obliga a que, tras la declaración de la infraestructura como congestionada, el administrador de infraestructuras realice un análisis de capacidad en el plazo de seis meses con

el fin de determinar las causas de la congestión y las medidas a adoptar a corto y medio plazo para mitigarlas.

En cambio, en el caso de los aeropuertos, este análisis de la capacidad debe realizarse antes de su declaración como coordinado. Según el Reglamento (CEE) nº 95/93, en dicho análisis detallado de capacidad, que debe realizarse usando “*métodos comúnmente reconocidos*” y consultando a las partes interesadas, deben concretarse los problemas de capacidad del aeropuerto y la posibilidad de resolverlos mediante la construcción de nuevas infraestructuras, la modificación de las existentes, con cambios operativos u otras medidas. Y si tras este análisis exhaustivo<sup>640</sup> se llega a la conclusión de que existen problemas de capacidad del aeropuerto como mínimo para un periodo de programación (además de situaciones excepcionales que aprecie cada Estado), el aeropuerto debe designarse como coordinado, siempre que las insuficiencias sean de naturaleza tan grave que no puedan evitarse retrasos significativos en el aeropuerto y no haya posibilidades de resolverlos a corto plazo.

La designación de un aeropuerto como coordinado (nivel 3) sólo será posible si la demanda de infraestructura aeroportuaria supera considerablemente la que está disponible en el aeropuerto, su ampliación es inviable a corto plazo y los problemas de capacidad no se pueden solucionar con ajustes de programación voluntarios llevados a cabo por el facilitador de horarios.

Una vez que un aeropuerto se incluye en el nivel 3, la coordinación del mismo, con el correspondiente reparto de las franjas horarias entre las distintas compañías aéreas, tiene por principal objetivo garantizar un uso lo más eficiente posible de las infraestructuras y un reparto objetivo y no discriminatorio de la capacidad de infraestructura. Sin embargo, la coordinación no es la solución definitiva al problema de la falta de capacidad de un

---

<sup>640</sup> De acuerdo con el Reglamento (CEE) nº 95/93, el método utilizado para el análisis y los resultados obtenidos deben ponerse a disposición de las partes. Además, a partir del análisis realizado, el Estado debe realizar consultas sobre la capacidad del aeropuerto con el organismo que lo gestione, las compañías aéreas, sus organizaciones representativas, los representantes de la aviación en general que utilicen regularmente el aeropuerto y las autoridades de control del tráfico aéreo.

aeropuerto, sino una solución provisional que permite temporalmente una gestión racional, objetiva y no discriminatoria en caso de congestión. La solución definitiva a esta situación de congestión de un aeropuerto es la que debe buscar el análisis detallado de su capacidad y de las mejoras a introducir.

En cuanto a la determinación de los parámetros de coordinación, imprescindibles para que las compañías aéreas puedan solicitar las franjas horarias, el Real Decreto 20/2014 se limita a designar al Director General de Aviación Civil como órgano competente para fijarlos, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento (CEE) nº 95/93. A tal efecto, el Director General de Aviación Civil aprueba anualmente mediante resolución los parámetros que van a regir la asignación de franjas horarias en cada temporada de verano o invierno<sup>641</sup>. A partir de un análisis objetivo de las posibilidades de cada aeropuerto de acoger tráfico aéreo, estas resoluciones establecen los parámetros de capacidad para la asignación de franjas horarias durante cada temporada, esto es, la capacidad de pista, la capacidad de terminal y la capacidad de plataforma en cada aeropuerto, y ello se hace distinguiendo entre aeropuertos coordinados (de nivel 3), aeropuertos facilitados (de nivel 2) y aeropuertos no coordinados (de nivel 1).

Así pues, a partir de esta información sobre la capacidad de cada aeropuerto, las compañías aéreas están en disposición de poder formular sus solicitudes de franjas horarias para cada temporada.

#### **3.4.4 El procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura en los distintos aeropuertos**

La adjudicación de capacidad de infraestructura aeroportuaria, como en el caso de las infraestructuras ferroviarias, es el procedimiento que permite la

---

<sup>641</sup> Las resoluciones de 9 de mayo y 26 de septiembre de 2019 previeron, respectivamente, los parámetros para la asignación de franjas horarias durante las temporadas de invierno de 2019 y verano de 2020. Dichas resoluciones se publican en la página web del Ministerio de Fomento.

asignación de las franjas horarias a las compañías aéreas para que los aviones puedan despegar o aterrizar en un aeropuerto.

Se trata de un procedimiento que no difiere mucho del que se utiliza en el sector ferroviario. La idea es la misma: para que una compañía aérea pueda operar entre dos aeropuertos, debe disponer de una franja horaria para despegar o aterrizar, cuya asignación debe hacerse de manera objetiva, transparente y no discriminatoria con el fin de garantizar la libre competencia, valiéndose para ello de un procedimiento preestablecido que varía en función de si la infraestructura está o no congestionada.

El procedimiento de adjudicación de franjas horarias permite un reparto uniforme, transparente y equitativo a nivel mundial de las franjas horarias, pues no puede olvidarse que el transporte aéreo es un fenómeno global que afecta a todos los países, que deben coordinarse para conseguir la máxima eficacia de los aeropuertos.

Sin embargo, este procedimiento es distinto en función de si se trata de un aeropuerto de nivel 1, 2 o 3.

En el caso de los aeropuertos de nivel 1, esto es, aeropuertos que disponen de capacidad suficiente para satisfacer toda la demanda, el uso de la infraestructura es una cuestión que cada compañía aérea debe acordar de forma directa con un agente de asistencia en tierra (*handling*). Por el contrario, en el caso de los aeropuertos de nivel 2 y 3, que son los que presentan problemas de congestión, el uso de la infraestructura requiere de una mayor coordinación, que culmina con las *Conferencias de slots* de la IATA celebradas dos veces al año (en junio y en noviembre), en las que se programan las siguientes temporadas.

En las *Conferencias de slots* de la IATA no se tratan las operaciones de tráfico aéreo que se quieran realizar en aeropuertos de nivel 1. En estas *Conferencias* sólo se asignan las franjas horarias de los aeropuertos de nivel 3 (aeropuertos coordinados) y se realizan los ajustes de programación de los aeropuertos de

nivel 2 (aeropuertos facilitados). Las *Conferencias de slots* son, en definitiva, el foro a nivel mundial en el que las compañías aéreas, los coordinadores y los facilitadores ajustan las franjas horarias, pudiéndose llevar a cabo intercambios o transferencias de estas franjas. Todo ello sin perjuicio, obviamente, de que, tras estas *Conferencias*, los coordinadores y los facilitadores de horarios de los aeropuertos puedan continuar atendiendo las solicitudes de franjas horarias que queden sin asignar, cuando ello resulte posible, para dar satisfacción a todas las peticiones de las compañías aéreas.

Concretando un poco más, en los aeropuertos de nivel 1 el procedimiento para poder operar es bien sencillo. Dado que existe capacidad suficiente, basta con que las compañías aéreas comuniquen sus operaciones programadas a un agente de *handling* designado en el aeropuerto y al gestor de dicho aeropuerto. En estos aeropuertos las compañías aéreas pueden aterrizar o despegar en cualquier hora del día que esté abierto al tráfico, debiendo tan sólo respetarse el orden de llegada o salida (*first come, first served*), como ocurre con la llegada de los buques a los puertos.

En el caso de los aeropuertos de nivel 2, en los que existe la probabilidad de congestión durante determinados periodos del día, la semana o la temporada, el facilitador de horarios designado –que debe ser independiente y actuar de manera imparcial, transparente y no discriminatoria– debe recabar los datos sobre las operaciones programadas por todas las compañías aéreas que pretenden operar en el aeropuerto y facilitar los ajustes voluntarios en la programación, aplicando para ello unos criterios de prioridad a los que se hará referencia en líneas posteriores. De acuerdo con el Reglamento (CEE) nº 95/93, su función principal consiste en asesorar a las compañías aéreas y recomendarles horarios alternativos de llegada o salida para evitar la congestión del aeropuerto, que conllevaría, si ello se produjese, su paso al nivel 3. En puridad, en esta clase de aeropuertos no se asignan *slots* porque el procedimiento que debe seguir el facilitador de horarios se basa en la coordinación y el mutuo acuerdo entre éste y las compañías aéreas implicadas. Asimismo, en los aeropuertos de nivel 2 tampoco se habla de derechos históricos, que como criterio de prioridad para asignar *slots* sólo tiene sentido

en aeropuertos de nivel 3. Obviamente, para que el procedimiento de facilitación de horarios funcione y se pueda evitar que el aeropuerto pase a estar coordinado (nivel 3), es imprescindible que las compañías aéreas estén predispuestas a realizar los ajustes de programación de forma voluntaria.

Por lo que se refiere a los aeropuertos de nivel 3, éstos son propiamente los que requieren la figura de un coordinador independiente que realice una asignación de *slots* de manera imparcial, transparente y no discriminatoria para que las compañías aéreas puedan operar en una fecha y horario específicos. Se trata de aeropuertos en los que la demanda de capacidad de infraestructura supera considerablemente la capacidad existente y no es viable su ampliación a corto plazo, ni han funcionado los intentos de resolver el problema a través de ajustes voluntarios en la programación implementados a través de un facilitador de horarios, por lo que debe pasarse a un procedimiento de asignación de *slots* por parte del coordinador, aplicando para ello unos criterios de prioridad preestablecidos.

En España, según se decía, el procedimiento de asignación de franjas horarias en los aeropuertos facilitados y coordinados se realiza mediante la figura del coordinador único (AECFA), que aglutina las funciones de facilitación de horarios y de coordinación en todos los aeropuertos. De acuerdo con el Real Decreto 20/2014, este coordinador único ejerce las funciones de coordinación y de facilitación de franjas horarias a través del director de coordinación y con la asistencia y asesoramiento del Comité Estatal de Coordinación de Franjas Horarias, órgano que asesora al coordinador en materia de capacidad del aeropuerto, asignación de franjas horarias y supervisión de su utilización, además de mediar en los casos de reclamaciones por la asignación de franjas horarias<sup>642</sup>.

---

<sup>642</sup> El Comité Estatal de Coordinación de Franjas Horarias es un órgano de naturaleza jurídico-privada que se rige por sus propias normas y que está integrado por AENA Aeropuertos SA (actualmente AENA SA), en representación de los aeropuertos coordinados integrados en la red atribuida a su gestión; los gestores de los aeropuertos coordinados, en representación del resto de los aeropuertos coordinados no integrados en la red gestionada por AENA SA; las compañías aéreas que operen en los aeropuertos coordinados; las organizaciones representativas de dichas compañías aéreas; las empresas agentes-*handling* más representativas en cuanto al volumen de tráfico en los aeropuertos coordinados; el ente público empresarial AENA (actualmente ENAIRE); los proveedores de servicios de navegación aérea

El reparto de las franjas horarias en los aeropuertos coordinados y facilitados requiere que previamente se concrete dos aspectos: deben comunicarse a los coordinadores y facilitadores de horarios los parámetros de coordinación, que según se ha visto, son los que permiten conocer la capacidad disponible en cada aeropuerto, y deben determinarse los *slots* históricos de cada compañía aérea.

Respecto al primer aspecto, el gestor aeroportuario debe proporcionar al coordinador o al facilitador de horarios los parámetros de coordinación con una antelación de siete días a la fecha límite para que las compañías aéreas presenten sus solicitudes iniciales. El coordinador o facilitador de horarios debe proporcionar a las compañías aéreas que operen o tengan previsto operar en el aeropuerto la información sobre los parámetros de coordinación para la siguiente temporada, tales como pistas, pistas de rodaje, zonas de aparcamiento de aeronaves, puertas de embarque, capacidad de la terminal (para la facturación, el control de seguridad, la recogida de equipajes, etc.), así como información sobre las limitaciones medioambientales (por ejemplo, restricciones nocturnas) o información sobre la utilización efectiva de la capacidad del aeropuerto y el grado de congestión.

En cuanto al segundo aspecto, el coordinador de un aeropuerto de nivel 3 debe proporcionar a las compañías aéreas los detalles de sus *slots* históricos<sup>643</sup>. Y en el caso de los aeropuertos de nivel 2, el facilitador de horarios debe

---

de los aeropuertos coordinados; los representantes de la aviación general que utilicen habitualmente los aeropuertos coordinados; y los demás sujetos previstos en el Reglamento (CEE) 95/93. Asimismo, se prevé la presencia, como observadores permanentes, del director de coordinación, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y la Dirección General de Aviación Civil. El Real Decreto 20/2014 también prevé que las funciones del Comité Estatal de Coordinación de Franjas Horarias las realizará el Comité específico de Coordinación de Franjas Horarias que se constituya por Orden del Ministerio de Fomento en cada aeropuerto coordinado que supere las 200.000 operaciones al año, en los que además de los anteriores miembros, también debe haber un representante de la Comunidad Autónoma donde se ubica la infraestructura. La propia norma crea los Comités específicos de Coordinación de Franjas Horarias de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat, en los que también participan los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona como observadores permanentes.

<sup>643</sup> En caso de desacuerdo sobre los *slots* históricos, las compañías aéreas pueden solicitar la mediación del Comité de Coordinación.



proporcionar a las compañías aéreas que lo soliciten la lista de vuelos operados habitualmente durante la temporada equivalente anterior.

Una vez las compañías aéreas disponen de la información sobre los parámetros de coordinación y sobre sus *slots* históricos en aeropuertos coordinados o la lista de vuelos operados habitualmente si se trata de aeropuertos con horarios facilitados, aquéllas ya están en disposición de poder presentar sus solicitudes iniciales de franjas horarias, dentro del plazo límite que marca el calendario de actividades de coordinación que aprueba la IATA en sus *Directrices Mundiales de Slots*<sup>644</sup>.

Tras la presentación de las solicitudes iniciales por parte de las compañías aéreas, los coordinadores y facilitadores de horarios deben realizar una asignación inicial de las franjas horarias e informar a las compañías, indicando de manera motivada los cambios que hayan introducido para poder cumplir con los parámetros de coordinación.

Durante este proceso de asignación de franjas horarias, los coordinadores y los facilitadores de horarios deben tener acceso a los sistemas de información y operativos y a las herramientas informáticas de los gestores de aeropuertos en que actúen y de los proveedores de servicios de navegación aérea, con el fin de poder obtener información sobre la planificación, ejecución y análisis de las operaciones de aeronaves y poder ejercer así sus funciones. También las compañías aéreas deben facilitar la información que les sea solicitada por el coordinador o el facilitador de horarios para que éstos puedan ejercer sus funciones. Al respecto, el Reglamento (CEE) nº 95/93 penaliza la negativa de las compañías aéreas a facilitar la información o la facilitación de información falsa o engañosa con la imposibilidad de tener en cuenta sus solicitudes de franjas horarias.

---

<sup>644</sup> Respetar la fecha límite de presentación de solicitudes es muy importante porque en caso contrario se tiene una prioridad inferior a la hora del reparto de las franjas horarias. Estas solicitudes extemporáneas sólo se tienen en cuenta una vez completada la coordinación inicial.

En esta fase de coordinación inicial, el facilitador de horarios en aeropuertos de nivel 2 y el coordinador en aeropuertos de nivel 3 deben aplicar los criterios de prioridad previstos en las *Directrices Mundiales de Slots* con el fin de proponer a las compañías aéreas los ajustes voluntarios de programación en el primer caso y para asignar *slots* en el segundo.

En cualquier caso, durante esta fase de coordinación inicial debe abrirse un periodo de negociación entre los coordinadores y facilitadores de horarios con las compañías aéreas para poder asignarles otras franjas horarias cuando las solicitadas inicialmente no estén disponibles.

Tras la asignación de las franjas horarias en esta fase de coordinación inicial y antes de iniciarse la *Conferencia de slots* de la IATA, se abre otra fase de diálogo entre los coordinadores y facilitadores de horarios y las compañías aéreas con el fin de que estas pueden introducir mejoras en la programación de vuelos, solicitar nuevas franjas horarias y realizar cambios en las asignadas, o incluso intercambiarse o transferirse las franjas entre las compañías.

Finalmente, el proceso culmina con la *Conferencia de slots* de la IATA, que se celebra dos veces al año y en la que los coordinadores y facilitadores de horarios de aeropuertos y las compañías aéreas discuten sobre los ajustes practicados en las franjas horarias y en la programación de vuelos.

No obstante, tras la *Conferencia de slots* de la IATA, los coordinadores y facilitadores de horarios deben continuar atendiendo lo antes posible las solicitudes pendientes de franjas horarias, aplicando los criterios de prioridad.

Este procedimiento descrito de reparto de las franjas horarias en los aeropuertos de nivel 2 y 3 pretende ser un mecanismo transparente, objetivo y no discriminatorio.

La transparencia se garantiza con el deber del coordinador y del facilitador de horarios de poner a disposición de las partes interesadas determinada información, en la que se incluye una relación cronológica de las franjas

horarias históricas de todas las compañías aéreas que operan en el aeropuerto, las franjas horarias solicitadas por cada compañía y con qué orden cronológico, las franjas horarias asignadas y las solicitudes pendientes de asignación, las franjas horarias disponibles y los criterios de asignación utilizados.

Por otro lado, el reparto de franjas horarias debe ser objetivo y no discriminatorio y para ello los ajustes de horarios en aeropuertos facilitados o la asignación de *slots* en aeropuertos coordinados debe llevarse a cabo en el marco de un procedimiento y de acuerdo con unos criterios o prioridades preestablecidos.

#### **3.4.5 Los criterios de adjudicación de capacidad de infraestructura aeroportuaria**

Siguiendo la misma lógica que en el sector ferroviario, la adjudicación de capacidad de infraestructura aeroportuaria a las compañías aéreas en aeropuertos con horarios facilitados y en aeropuertos coordinados se realiza mediante la aplicación de los criterios de reparto previstos en las *Directrices Mundiales de Slots* y en el Reglamento (CEE) nº 95/93.

Esta utilización de los criterios de prioridad tiene lugar en la coordinación inicial que llevan a cabo los facilitadores de horarios en aeropuertos de nivel 2 y los coordinadores en aeropuertos de nivel 3, en el primer caso para proponer a las compañías aéreas ajustes voluntarios de programación y en el segundo para asignar directamente los *slots*.

Por regla general, debe procurarse atenderse todas las solicitudes de franjas horarias que presenten las compañías aéreas, que se hará con cargo al fondo de reserva de franjas horarias. En dicho fondo están todas las franjas horarias a repartir y al mismo deben devolverse las franjas cuando termine el periodo de programación. No obstante, el Reglamento (CEE) nº 95/93 prevé que las compañías aéreas tienen derecho a las mismas series de franjas horarias en el

siguiente periodo de programación equivalente (verano o invierno) cuando las hayan utilizado como mínimo un 80%, según se verá con más detalle en líneas posteriores.

*1) Criterios de prioridad para definir los ajustes de programación en aeropuertos con horarios facilitados (nivel 2)*

En puridad, en los aeropuertos de nivel 2 no se asignan *slots* a las compañías aéreas ni existen derechos históricos que deban tenerse en cuenta a la hora de adjudicar la capacidad de infraestructura. Esto sólo es propio de los aeropuertos coordinados (nivel 3).

No obstante, en estos aeropuertos de nivel 2 el facilitador de horarios debe realizar una labor de ajustes voluntarios de programación, aplicando para ello unos criterios de prioridad. Se trata de una actividad de mediación en la que el facilitador de horarios busca que las compañías aéreas modifiquen voluntariamente sus solicitudes iniciales que pretenden las mismas franjas horarias, con el fin de realizar los máximos ajustes en la programación y evitar que el aeropuerto sea declarado congestionado (nivel 3).

Para llevar a cabo esta actividad de mediación de manera imparcial, transparente y no discriminatoria, las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA incorporan unos criterios de prioridad que deben servir al facilitador de horarios para definir y proponer a las compañías aéreas los ajustes necesarios de programación durante la fase de coordinación inicial. Según las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA aprobadas en agosto de 2019, estos criterios de prioridad son cinco:

- En primer lugar, deben valorarse los servicios de la temporada equivalente anterior que se hayan utilizado, que tendrán prioridad sobre las nuevas demandas para los mismos horarios. Se trata, aunque no se diga así, de la misma regla de los derechos históricos que se aplica en los aeropuertos coordinados.

- En segundo lugar, en el caso de operaciones nuevas, se dará preferencia a las operaciones que supongan una prolongación de una operación ya existente para constituir una operación para todo el año.
- En tercer lugar, se dará prioridad a la programación efectiva durante un periodo de operación mayor en la misma temporada.
- En cuarto lugar, las operaciones previstas regularmente tienen prioridad sobre las operaciones *ad hoc*.
- Y, finalmente, se tienen en cuenta factores operacionales, de modo que las operaciones que estén restringidas por los *slots* o un periodo de veda en el otro extremo de la ruta, o por otros factores importantes, deben tener prioridad sobre el resto de la demanda en la que las compañías aéreas puedan disponer de flexibilidad de horarios.

Estos criterios de prioridad deben permitir que el facilitador de horarios defina y proponga a las compañías aéreas los ajustes necesarios de programación, pero sin olvidar que estos ajustes son voluntarios y que por ello deben pactarse de mutuo acuerdo entre el facilitador de horarios y cada compañía aérea. Ello exige, pues, una predisposición de las compañías aéreas a realizar ajustes en la programación, pues en caso contrario se corre el riesgo de que el aeropuerto pase a nivel 3 (aeropuerto coordinado), en el que la asignación de *slots* se realiza con estricta aplicación de determinados criterios de prioridad.

## 2) Criterios de prioridad para asignar slots en aeropuertos coordinados (nivel 3)

En los aeropuertos de nivel 3 la asignación de *slots* a las compañías aéreas se realiza directamente mediante la aplicación de determinados criterios de reparto preestablecidos.

Se trata de aeropuertos congestionados en los que no es posible atender a todas las solicitudes de franjas horarias efectuadas por las compañías aéreas, ni tan siquiera mediante la intervención de un facilitador de horarios, por lo que el reparto de la capacidad de infraestructura debe acometerse de manera imparcial, transparente y no discriminatoria mediante unos criterios de prioridad.

Esta asignación de *slots* se basa en cuatro pilares básicos, según se desprende del Reglamento (CEE) nº 95/93: el respeto a los derechos históricos, la preferencia por determinados servicios aéreos, la remisión a los criterios adicionales de asignación de franjas horarias establecidos por el sector del transporte aéreo mundial o comunitario (fundamentalmente la IATA) y por las directrices locales y el establecimiento de un fondo de reserva de franjas horarias.

Los derechos históricos (*grandfather rights* o *historic precedence*) son un pilar básico en la asignación de *slots* en los aeropuertos coordinados, pues antes de proceder al reparto de las franjas horarias, deben adjudicarse e intercambiarse los *slots* históricos y sólo después se pasa a la asignación del resto de franjas entre las compañías aéreas solicitantes, aplicando para ello los criterios de prioridad que prevén el Reglamento (CEE) nº 95/93 y las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA.

Los derechos históricos garantizan que una compañía aérea pueda continuar utilizando una serie de *slots* durante el siguiente periodo de programación equivalente, siempre que se cumplan determinados requisitos. Estos derechos se conciben como una prerrogativa de las compañías aéreas a utilizar la misma serie de franjas horarias<sup>645</sup> con el fin de poder explotar servicios aéreos regulares y servicios no regulares programados. Se trata de unos derechos que no se pueden retirar a las compañías aéreas para asignarlos a nuevos

---

<sup>645</sup> Por serie de franjas horarias se entiende un mínimo de cinco franjas horarias solicitadas para un periodo de programación a la misma hora, regularmente el mismo día de la semana, o aproximadamente a la misma hora si no fuese posible.

entrantes u otra clase de operadores, salvo que se demuestre un uso indebido de forma intencionada.

Sin embargo, para poderse beneficiar de los derechos históricos, las compañías aéreas deben cumplir determinados requisitos, que actúan como límite infranqueable. Así, no sólo debe tratarse de series de franjas horarias y referirse a servicios aéreos regulares y servicios no regulares programados, sino que además se exige un uso mínimo durante la temporada equivalente anterior. En particular, las compañías aéreas deben demostrar, a satisfacción del coordinador, que han utilizado la serie de franjas horarias como mínimo el 80% del tiempo durante el periodo de programación, salvo que concurren determinadas circunstancias justificadas que permitan considerar los *slots* no utilizados como si se hubieran utilizado de manera efectiva a los efectos de calcular la utilización mínima del 80% requerida<sup>646</sup>.

---

<sup>646</sup> Dentro de los motivos de no utilización justificada de *slots* y que, por consiguiente, se consideran como operados, las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA incluyen dos supuestos: cuando hay interrupción de los servicios aéreos de la compañía aérea por motivos imprevistos e inevitables que escapan a su control (cierre de un aeropuerto o del espacio aéreo o condiciones climáticas adversas), o cuando se producen acciones que afectan a los servicios aéreos e impiden que las compañías aéreas lleven a cabo las operaciones programadas (huelga). Por su parte, el Reglamento (CEE) nº 95/93 cita las circunstancias imprevisibles e inevitables ajenas a la compañía aérea (inmovilización del tipo de aeronave usado en un determinado servicio, cierre del aeropuerto o del espacio aéreo o alteración grave de las operaciones en los aeropuertos), la interrupción de los servicios aéreos mediante determinadas acciones (huelgas o paros sindicales), los casos de dificultades financieras graves de la compañía aérea que están a la espera de una reestructuración financiera y el ejercicio de acciones judiciales en el caso de rutas con obligaciones de servicio público. Además de las anteriores circunstancias, debe significarse que el Reglamento (CEE) 95/93 ha sido modificado en distintas ocasiones para afrontar determinados supuestos muy excepcionales que impidieron la completa utilización de las franjas horarias asignadas por parte de las compañías aéreas, con el fin de que no perdiesen sus derechos históricos. Se trata de los Reglamentos nº 894/2002 (DOCE L 142 de 31 de mayo de 2002), 1554/2003 (DOUE L 221 de 4 de septiembre de 2003) y 2020/459 (DOUE de 31 de marzo de 2020), que atendieron, respectivamente, la situación creada tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, la guerra iniciada en 2003 y al brote del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) y la crisis derivada del COVID-19. Estas modificaciones del Reglamento (CEE) nº 95/93, en definitiva, garantizaron que las compañías aéreas conservasen sus derechos históricos durante el siguiente periodo de programación equivalente, a pesar de no haber usado las franjas horarias debido a las anteriores circunstancias excepcionales. Este segundo supuesto –guerra iniciada en 2003 y brote del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS)– fue finalmente suprimido por el Reglamento (CE) nº 545/2009 (DOUE L 167 de 29 de junio de 2009), que al mismo tiempo introdujo un nuevo supuesto más discutible: la posibilidad de conservar las franjas horarias durante la programación para el verano de 2010 a pesar de no haberse utilizado, con motivo de la crisis económica y financiera global, que afectó al tráfico aéreo.

Así pues, el primer criterio de prioridad en la asignación de *slots* lo constituyen los derechos históricos y una vez se han asignado éstos, se da prioridad, como segundo criterio, a los cambios de *slots* históricos frente a las nuevas solicitudes. Además, en estos cambios de *slots* históricos se da prioridad a las solicitudes que permiten prolongar una operación existente y constituir una operación para todo el año (*year round*).

Una vez asignados los *slots* históricos y realizados los oportunos cambios, el resto de *slots* existentes (frangas de derechos históricos no utilizadas o franjas a las que se renuncia tras una reprogramación), así como los nuevos *slots* que se puedan crear con la ampliación de la capacidad del aeropuerto, pasan a engrosar el fondo de reserva de *slots* (*Slot Pool*), que es el que se repartirá entre las compañías aéreas que soliciten nuevas franjas horarias, aplicando para ello determinados criterios de prioridad. El fondo de reserva, en definitiva, es el mecanismo que permite atender a todas las solicitudes de franjas horarias, incluso las presentadas fuera del periodo de programación.

Para acometer el reparto de este fondo de reserva de *slots*, las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA garantizan de entrada que el 50% de los mismos deben asignarse a las compañías aéreas que tenga la consideración de nuevos entrantes<sup>647</sup> (salvo que sus solicitudes sean inferiores al 50%), medida que pretende la introducción de más competencia en el sector.

Por otro lado, para el reparto de franjas entre nuevos entrantes y entre aquellas compañías que no tengan esta condición, se da prioridad en primer lugar a las operaciones previstas para todo el año (*year round*), y tras la aplicación de este criterio, debe acudir a los criterios adicionales. El Reglamento (CEE) nº 95/93 no los prevé, sino que se remite a las “*reglas y directrices adicionales establecidas por el sector del transporte aéreo mundial o comunitario*”, que se contienen fundamentalmente en las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA y que son los siguientes en la versión aprobada en agosto de 2019:

---

<sup>647</sup> Se trata de las compañías con menos de cinco *slots* en un aeropuerto y para el mismo día.



- El periodo efectivo de la operación, que permite dar prioridad a la programación que sea efectiva durante un periodo de tiempo mayor en la misma temporada.
- Las vedas en un aeropuerto que generan problemas de *slots* en otros aeropuertos, con el fin de dar prioridad a la compañía aérea cuya programación esté restringida por la veda.
- Las solicitudes pendientes en listas de espera sobre las solicitudes recientes.
- El tipo de servicio y mercado, que permite considerar el equilibrio de los distintos tipos de servicios (programados, chárter y carga), los mercados (nacional, regional o de largo recorrido) y el desarrollo de la red de rutas del aeropuerto.
- La competencia, con el fin de valorar los factores competitivos en la asignación de los *slots* disponibles.
- La satisfacción, en la medida de lo posible, de las necesidades de pasajeros y otros usuarios.
- La relativización de la frecuencia de las operaciones, de modo que un mayor número de frecuencias (más vuelos por semana) no implique en sí una mayor prioridad en la asignación de *slots*.
- Las directrices locales, si existen, siempre que estén aprobadas por el Comité de Coordinación o su equivalente.

Se trata, en definitiva, de unos criterios que permiten repartir entre las compañías aéreas las franjas horarias en los aeropuertos congestionados de manera imparcial, transparente y no discriminatoria, aunque también es cierto que algunos de los criterios adicionales descritos, como el que pretende favorecer la “*competencia*” o la “*satisfacción de las necesidades*” de pasajeros

y demás usuarios, confieren un amplio margen de discrecionalidad al coordinador a la hora de repartir los *slots*, que pueden dar lugar a decisiones discutibles si no están bien motivadas.

#### **3.4.6 Mecanismos de control del uso efectivo de las franjas horarias aeroportuarias adjudicadas**

Al ser limitada la capacidad de los aeropuertos que presentan problemas de congestión (aeropuertos coordinados y aeropuertos con horarios facilitados), se hace necesario que se articulen mecanismos de control del uso efectivo de las franjas horarias adjudicadas con el fin de evitar su no uso y permitir que puedan ser usadas por otras compañías aéreas. Se trata, en definitiva, de garantizar el acceso de todas las compañías a la infraestructura aeroportuaria y una mayor competencia.

En este sentido, el Reglamento (CEE) nº 95/93 y las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA abogan por el uso efectivo de las franjas horarias, estableciendo al respecto determinados requisitos para su conservación u obligando en determinados supuestos a su devolución. La idea es que las compañías aéreas sólo conserven las franjas horarias que realmente pretendan operar, transferir, intercambiar o utilizar en una operación conjunta, o que las devuelvan si no van a utilizarlas con el fin de que puedan ser asignadas a otras compañías interesadas, pudiéndose incluso penalizar con una prioridad inferior por parte del coordinador durante el procedimiento de asignación inicial de franjas horarias de la siguiente temporada equivalente si de manera intencionada una compañía aérea devuelve series de *slots* después de la fecha límite fijada para su devolución en cada temporada.

En nuestro ordenamiento interno, el Real Decreto 20/2014 atribuye al director de coordinación la tarea de supervisar el uso efectivo de las franjas horarias aeroportuarias asignadas. Para llevar a cabo este cometido, el director de coordinación cuenta con el apoyo de los Subcomités de Seguimiento del uso

de franjas horarias que se pueden constituir en cada aeropuerto o conjunto de aeropuertos<sup>648</sup>.

El control de las franjas horarias incide en el uso efectivo de los derechos históricos de las compañías aéreas en aeropuertos coordinados y en el uso indebido de las franjas horarias adjudicadas. También se realiza un especial control sobre el uso de las franjas horarias reservadas a operaciones que se llevan a cabo en ejercicio de obligaciones de servicio público.

En el caso de los derechos históricos, se aplica la regla “*úsalo o piérdelo*” (“*use it or lose it*”). Ello implica que, para conservar estos derechos, la compañía aérea debe demostrar, a satisfacción del coordinador, que ha operado una serie de *slots* como mínimo el 80% del tiempo durante el periodo de programación de la temporada anterior equivalente, aunque se admiten excepciones a esta regla, según se ha apuntado anteriormente. Se pretende, en definitiva, garantizar que las compañías aéreas hagan un uso efectivo de sus derechos históricos o que los devuelvan para evitar así que entorpezcan la entrada de nuevos competidores al mercado.

Junto al control del uso efectivo de los derechos históricos, el Reglamento (CEE) nº 95/93 y las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA sancionan los casos de uso indebido de las franjas horarias.

Al respecto, las compañías aéreas no deben operar intencionadamente sus servicios en otra franja horaria o en una forma considerablemente distinta a la acordada con el facilitador de horarios en los aeropuertos de nivel 2. Para preservar esta regla, el facilitador de horarios supervisa el cumplimiento de los horarios programados y en caso de uso indebido de forma continuada, la compañía aérea incumplidora puede recibir una prioridad inferior en los futuros ajustes de programación.

---

<sup>648</sup> Los Subcomités de Seguimiento del uso de franjas horarias pueden ser creados en cada aeropuerto o conjunto de aeropuertos por el Comité Estatal de Coordinación de Franjas Horarias o por los Comités específicos de Coordinación de Franjas Horarias que puedan existir en determinados aeropuertos, como es el caso de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat, que serán los que decidan la composición de estos Subcomités.

Lo mismo puede ocurrir en los aeropuertos de nivel 3. Las compañías aéreas no deben operar intencionadamente servicios en un horario muy distinto ni usar *slots* de forma que difiera mucho respecto a lo asignado por el coordinador, sancionándose a las compañías que lo hagan habitualmente con la imposibilidad de optar a los derechos históricos usados indebidamente. Así pues, si una compañía aérea, de forma repetida e intencionada, explota servicios aéreos en horas significativamente diferentes de la franja horaria asignada como parte de una serie de franjas horarias, o bien utiliza las franjas horarias de una forma significativamente diferente a la indicada en el momento de la asignación, causando perjuicio a otras operaciones del aeropuerto o de tráfico aéreo, perderá su derecho a la misma serie de franjas horarias en el siguiente periodo equivalente de programación. E incluso el coordinador puede retirarle la serie de franjas horarias durante el resto del periodo de programación y devolverlas al fondo de reserva.

También se consideran un uso indebido de los *slots* –y, por consiguiente, se pueden retirar– las acciones de las compañías aéreas tendentes a conservarlos sin tener previsto operarlos, transferirlos, intercambiarlos o usarlos en una operación conjunta; la conservación de *slots* para una operación distinta a la programada, con el propósito de denegar capacidad de infraestructura a otro operador de aeronaves; la solicitud de nuevos *slots* que la compañía aérea no tenga previsto operar; o la solicitud de *slots* para una operación distinta a la operación indicada, con la intención de obtener una mayor prioridad.

Todos estos usos indebidos de las franjas horarias realizados de manera continuada pueden generar una prioridad inferior en futuras solicitudes de otras franjas horarias, además de las sanciones que se puedan imponer a la compañía aérea infractora, de acuerdo con la legislación de cada Estado. En nuestro ordenamiento interno, es la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea<sup>649</sup>, la que se ocupa de establecer el régimen de responsabilidad de las

---

<sup>649</sup> BOE de 8 de julio de 2003.

compañías aéreas por el uso indebido de las franjas horarias, sancionándose la no devolución de franjas horarias que no se vayan a utilizar, las operaciones sin asignación de franjas horarias, el uso de las franjas en horas distintas o los intercambios no permitidos de franjas horarias entre compañías.

Junto a estos mecanismos de control del uso efectivo de las franjas horarias aeroportuarias adjudicadas, sería aconsejable que cada aeropuerto pudiese exigir el pago por un derecho de reserva de las mismas, que se perdería si no se utilizan, pues ello serviría de incentivo a las compañías aéreas para que sólo soliciten las franjas que van a utilizar y para que las utilicen de modo real<sup>650</sup>.

También es objeto de supervisión el uso de las franjas horarias reservadas a operaciones que se realizan en ejercicio de obligaciones de servicio público. La falta de uso de alguna de estas franjas horarias por parte de una compañía aérea permite al director de coordinación su reasignación, previa autorización de la Dirección General de Aviación Civil.

Existen, finalmente, otros supuestos que comportan la pérdida de las franjas horarias asignadas. Por un lado, junto a la devolución de *slots* que no se utilizan en un 80%, se garantiza que, si transcurre el 20% del periodo de validez de una serie de *slots* sin que se haya usado ninguna de las franjas horarias, el coordinador puede retirar la serie para el resto de la temporada de programación y devolverlas al fondo de reserva. Por otro lado, si una compañía aérea deja de operar en un aeropuerto o si pierde su licencia operativa, debe devolver todos los *slots* asignados para el resto de esa temporada y para la temporada siguiente, que también revierten al fondo de reserva para que puedan ser asignados a otras compañías aéreas.

Todos estos mecanismos, en definitiva, pretenden garantizar que la capacidad de un aeropuerto no resulte infrutilizada y que todas las compañías aéreas que quieran operar tengan acceso. Las consecuencias de su aplicación son

---

<sup>650</sup> En este sentido se pronunció la Comisión en la *Comunicación sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 793/2004 relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios* de 15 de noviembre de 2007 [COM (2007) 704 final].

muy importantes porque, sin franjas horarias, una compañía aérea no puede operar en un aeropuerto. Las autoridades competentes en materia de gestión del tráfico aéreo pueden rechazar un plan de vuelo de una compañía que pretenda aterrizar o despegar en un aeropuerto si no dispone de una franja horaria asignada.

### **3.4.7 Movilidad de las franjas horarias aeroportuarias**

La posibilidad de modificar las franjas horarias adjudicadas en el sector aeroportuario es un hecho que lo distingue claramente del sector ferroviario, en el que existe una prohibición absoluta al respecto. Según se apuntaba en líneas anteriores, en el sector ferroviario se prohíbe la cesión del derecho de uso de la capacidad de infraestructura adjudicada a otra empresa ferroviaria, así como la celebración de todo tipo de negocio jurídico sobre dicha capacidad.

Por el contrario, en el sector aeroportuario existe un amplio margen para modificar las franjas horarias, que incluye desde su reprogramación hasta la posibilidad de transferencia o intercambio, según prevén el Reglamento (CEE) nº 95/93 y las *Directrices Mundiales de Slots* de la IATA.

Al respecto, las compañías aéreas pueden, en primer lugar, reprogramar series de franjas horarias antes de que se reasignen las restantes franjas incluidas en el fondo de reserva. Ello sólo se admite si existen razones operativas o es para mejorar la programación, con sujeción en cualquier caso a la confirmación del coordinador.

Las franjas horarias adjudicadas, por otro lado, pueden ser objeto de transferencia e intercambio entre compañías aéreas, e incluso se admite la explotación conjunta de servicios por distintas compañías, exigiéndose también en estos casos la comunicación al coordinador del aeropuerto para que confirme su viabilidad.

En el caso de las transferencias de franjas horarias, el Reglamento (CEE) nº 95/93 las admite en determinados supuestos. Así, una compañía aérea puede transferir las franjas horarias de una ruta a otra o de un tipo de servicio a otro, explotándolas ella misma. Ello es así porque las franjas horarias no están vinculadas a ninguna ruta, aeronave o número de vuelo en concreto, por lo que se admite que cambien las franjas horarias por otras rutas o servicios.

También se admite la transferencia de las franjas horarias entre empresas matrices y filiales y entre filiales de la misma empresa matriz, la transferencia como parte de la adquisición del control del capital de una compañía aérea y la transferencia en el caso de adquisición total o parcial de una compañía cuando las franjas estén directamente relacionadas con la compañía aérea adquirida.

Además de las transferencias, se admiten los intercambios de franjas horarias. Se trata, en puridad, de un supuesto de comercialización de franjas horarias, con la particularidad de que los intercambios de franjas sólo pueden hacerse de una en una. Tras una primera fase de asignación de franjas horarias mediante un procedimiento transparente, objetivo y no discriminatorio, se permite una nueva fase de reasignación de dichas franjas basada en la negociación entre particulares, que debe ser transparente<sup>651</sup>. Ello debe permitir la creación de un mercado secundario de *slots*, el cual puede contribuir a hacer frente al problema de la congestión de los aeropuertos, según destaca Gómez-Ferrer<sup>652</sup>, pues la posibilidad de transmitir los *slots* a cambio de un precio estimula un uso más intensivo por aquellos que los obtienen.

En cualquier caso, ambos supuestos, las transferencias y los intercambios de franjas horarias, están sujetos a determinadas limitaciones. En particular, se exige que no perjudiquen las operaciones aeroportuarias y que se respeten las

---

<sup>651</sup> Esteve Pardo, J., “El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente”, en Cosculluela Montaner, L. (coordinador), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 743-757.

<sup>652</sup> Gómez-Ferrer Rincón, R., *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*, op. cit., pp. 135-138. En la línea indicada por el autor, puede citarse el informe *Study on the impact of the introduction on secondary trading at Community airports* (noviembre de 2006), encargado por la Comisión Europea a Mott MacDonald's.

obligaciones de servicio público programadas en determinadas franjas horarias. Además, se impone un límite temporal: por regla general (y salvo determinadas excepciones), las franjas horarias asignadas a un nuevo entrante no pueden transferirse durante dos periodos de programación equivalentes. Se quiere evitar con este límite temporal que una compañía aérea se beneficie de su prioridad a la hora de obtener franjas horarias y que las adquiera con el único propósito de comercializar con ellas.

Finalmente, se admite la explotación conjunta de servicios por distintas compañías. Este mecanismo se caracteriza por el hecho de que una compañía aérea integrada en un grupo de compañías es la que solicita las franjas horarias, pero su uso puede llevarse a cabo por cualquier otra compañía que participe en la explotación conjunta.

### **3.4.8 El acceso a los servicios aeroportuarios como parte integrante del acceso a las infraestructuras aeroportuarias**

El acceso de las compañías aéreas a los aeropuertos no es posible si no va acompañado de la prestación de distintos servicios, que se agrupan en dos bloques: los servicios de tránsito aéreo y los servicios de asistencia en tierra.

Empezando por los servicios de tránsito aéreo, su marco general está previsto en la 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<sup>653</sup> y en 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<sup>654</sup>. El ente público empresarial AENA –actualmente ENAIRE– ejerce las funciones en materia de navegación aérea, salvo los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, que son contratados por AENA SA a distintos proveedores civiles.

---

<sup>653</sup> BOE de 15 de abril de 2010.

<sup>654</sup> BOE de 3 de diciembre de 2010.



Así pues, ENAIRE es la entidad designada para prestar los servicios de tránsito aéreo de control de área y control de aproximación, así como los servicios de información de vuelo, de alerta y de asesoramiento asociados a los volúmenes de espacio aéreo en los que se prestan tales servicios.

Y en cuanto a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, el Ministerio de Fomento debe designar, a propuesta de AENA SA, los proveedores civiles de estos servicios que estén debidamente certificados por una Autoridad Nacional de Supervisión de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a los servicios de asistencia en tierra, al igual que ocurre en los sectores ferroviario y portuario, el administrador de infraestructuras aeroportuarias (AENA SA), junto con otros operadores privados, prestan determinados servicios a los que realizan la actividad de transporte aéreo de personas, mercancías y correo –esto es, los usuarios de los aeropuertos–, que son imprescindibles para que se pueda realizar esta actividad. Su regulación se contiene en la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad<sup>655</sup> y el Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra<sup>656</sup>, modificado por el Real Decreto 99/2002, de 25 de enero<sup>657</sup>. De acuerdo con este marco normativo, se denominan agentes de asistencia en tierra a las personas físicas o jurídicas que prestan estos servicios.

Los servicios de asistencia en tierra que se prestan a los usuarios de un aeropuerto, entre los que se incluyen los servicios de rampa (asistencia de equipajes, a las operaciones en pista, de combustible y lubricante y de carga y correo entre la terminal y el avión), están detallados en el anexo del Real Decreto 1161/1999, que los agrupa en once categorías: la asistencia

---

<sup>655</sup> DOCE 25 de octubre de 1996. Hubo una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer una nueva regulación de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Unión, que derogaba la Directiva 96/67/CE [COM (2011) 824 final], pero la iniciativa fue finalmente retirada por la Comisión (DOUE de 7 de marzo de 2015).

<sup>656</sup> BOE de 15 de julio de 1999.

<sup>657</sup> BOE de 6 de febrero de 2002.

administrativa en tierra y la supervisión<sup>658</sup>, la asistencia a pasajeros<sup>659</sup>, la asistencia de equipajes<sup>660</sup>, la asistencia de carga y correo<sup>661</sup>, la asistencia de operaciones en pista<sup>662</sup>, la asistencia de limpieza y servicio de la aeronave<sup>663</sup>, la asistencia de combustible y lubricante<sup>664</sup>, la asistencia de mantenimiento en línea<sup>665</sup>, la asistencia de operaciones de vuelo y administración de la tripulación<sup>666</sup>, la asistencia de transporte de superficie<sup>667</sup> y la asistencia de mayordomía (*catering*)<sup>668</sup>.

---

<sup>658</sup> Comprende los servicios de representación y enlace con las autoridades locales o cualquier otra persona, los gastos efectuados por cuenta del usuario y el suministro de locales a sus representantes; el control de las operaciones de carga, los mensajes y las telecomunicaciones; la manipulación, almacenamiento, mantenimiento y administración de las unidades de carga; y cualquier otro servicio de supervisión antes, durante o después del vuelo y cualquier otro servicio administrativo solicitado por el usuario.

<sup>659</sup> Comprende toda forma de asistencia a los pasajeros a la salida, la llegada, en tránsito o en correspondencia, en particular el control de billetes y documentos de viaje, la facturación de los equipajes y el transporte de equipajes hasta las instalaciones de clasificación.

<sup>660</sup> Comprende la manipulación de equipajes en la sala de clasificación, su clasificación, su preparación para el embarque, y su carga y descarga de los sistemas destinados a llevarlos de la aeronave a la sala de clasificación y a la inversa, así como el transporte de equipajes desde la sala de clasificación a la sala de distribución.

<sup>661</sup> Comprende, en cuanto a la carga, en exportación, importación o tránsito, la manipulación física, el tratamiento de los documentos correspondientes, las formalidades aduaneras y toda medida cautelar acordada entre las partes o exigida por las circunstancias; y en cuanto al correo, tanto de llegada como de salida, la manipulación física, el tratamiento de los documentos correspondientes y toda medida cautelar acordada entre las partes o exigida por las circunstancias.

<sup>662</sup> Comprende el guiado de la aeronave a la llegada y a la salida (siempre que estos servicios no sean realizados por el servicio de circulación aérea); la asistencia a la aeronave para su estacionamiento y el suministro de los medios adecuados (siempre que estos servicios no sean realizados por el servicio de circulación aérea); las comunicaciones entre la aeronave y el agente de asistencia en tierra (siempre que estos servicios no sean realizados por el servicio de circulación aérea); la carga y descarga de la aeronave, incluidos el suministro y utilización de los medios necesarios, así como el transporte de la tripulación y los pasajeros entre la aeronave y la terminal, y el transporte de los equipajes entre la aeronave y la terminal; la asistencia para el arranque de la aeronave y el suministro de los medios adecuados; y el desplazamiento de la aeronave, tanto a la salida como a la llegada, y el suministro y aplicación de los medios necesarios.

<sup>663</sup> Comprende la limpieza exterior e interior de la aeronave, servicio de aseos y servicio de agua; la climatización y calefacción de la cabina, la limpieza de la nieve, el hielo y la escarcha de la aeronave; y el acondicionamiento de la cabina con los equipos de cabina y el almacenamiento de dichos equipos.

<sup>664</sup> Comprende la organización y ejecución del llenado y vaciado del combustible, incluidos el almacenamiento y el control de la calidad y cantidad de las entregas; y la carga y lubricantes y otros ingredientes líquidos.

<sup>665</sup> Comprende las operaciones regulares efectuadas antes del vuelo; las operaciones particulares exigidas por el usuario; el suministro y la gestión del material necesario para el mantenimiento y de las piezas de recambio; y la solicitud o reserva de un punto de estacionamiento o de un hangar para realizar las operaciones de mantenimiento.

<sup>666</sup> Comprende la preparación del vuelo en el aeropuerto de salida o en cualquier otro lugar; la asistencia en vuelo, incluido, si procede, el cambio de itinerario en vuelo; los servicios posteriores al vuelo; y la administración de la tripulación.

<sup>667</sup> Comprende la organización y ejecución del transporte de pasajeros, tripulaciones, equipajes, carga y correo entre las distintas terminales del mismo aeropuerto, excluido todo

AENA SA puede prestar todos los servicios de asistencia en tierra, directa o indirectamente, sin someterse a ningún procedimiento de licitación. En cuanto a los operadores privados que, como agentes de asistencia en tierra, prestan estos servicios a terceros, debe distinguirse en función de si se trata de los servicios de rampa o los demás. Con carácter general, debe significarse que tanto si se trata de servicios de asistencia en tierra prestados por agentes a terceros como si trata de la modalidad de autoasistencia o autoprestación a la que luego se hará referencia, se pueden imponer determinadas limitaciones en base a distintos criterios, como son el tráfico anual de pasajeros o carga, la capacidad del aeropuerto, por razones operativas o de seguridad de los recintos aeroportuarios, la protección social de los empleados, la autofinanciación de las entidades gestoras de los aeropuertos y la reciprocidad con terceros países<sup>669</sup>.

En el caso de los servicios de asistencia en tierra distintos a los servicios de rampa, no existe, por regla general, limitación alguna en cuanto al número de agentes. Pueden ser prestados por agentes de asistencia en tierra establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que cuenten con una autorización para cada uno de los aeropuertos de interés general, otorgada por la Dirección General de Aviación Civil por un periodo de validez de siete años.

En el caso de los servicios de rampa, sí existen limitaciones en cuanto al número de agentes, si bien AENA SA debe procurar que los usuarios de un aeropuerto puedan escoger, para cada servicio de rampa, al menos entre dos agentes de asistencia en tierra. Si el aeropuerto tiene un tráfico anual superior a un millón de pasajeros o a 25.000 toneladas de carga transportada por avión, el número de agentes se limita a dos por categoría de servicio (asistencia de

---

transporte entre la aeronave y cualquier otro lugar en el recinto del mismo aeropuerto; y cualquier transporte especial solicitado por el usuario.

<sup>668</sup> Comprende las relaciones con los proveedores y la gestión administrativa; el almacenamiento de alimentos, bebidas y accesorios necesarios para su preparación; la limpieza de accesorios; la preparación y entrega del material y los productos alimenticios; y el transporte, la carga y descarga de alimentos y bebidas de la aeronave.

<sup>669</sup> Disposición adicional cuadragésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1997).

equipajes, a las operaciones en pista, de combustible y lubricante y de carga y correo entre la terminal y el avión), mientras que, si el aeropuerto tiene un tráfico anual inferior, habrá un solo agente por categoría de servicio.

No obstante, el Ministerio de Fomento puede incrementar por Orden el número de agentes que prestan los servicios de rampa<sup>670</sup>, que serán seleccionados por AENA SA por un periodo de siete años mediante licitación y bajo criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, salvo que AENA SA preste servicios similares en el aeropuerto o controle, directa o indirectamente, o tenga participación en una empresa que los preste, un cuyo caso la selección corresponde a la Dirección General de Aviación Civil. Estos agentes seleccionados también deben disponer de la preceptiva autorización para cada uno de los aeropuertos de interés general otorgada por la Dirección General de Aviación Civil.

Junto a los servicios de asistencia en tierra prestados a terceros por distintos agentes, el Real Decreto 1161/1999 admite la modalidad de autoasistencia o autoprestación, que permite que un usuario que disponga de la citada autorización otorgada por la Dirección General de Aviación Civil se preste a sí mismo estos servicios, sin contratarlos con un agente, salvo los servicios de rampa. No obstante, en los aeropuertos con un tráfico anual igual o superior a un millón de movimientos de pasajeros o a 25.000 toneladas de carga transportada por avión, por Orden del Ministerio de Fomento se podrá limitar hasta un límite de dos el número de usuarios autorizados a practicar la autoasistencia para una o varias de las categorías de servicios de rampa. En los aeropuertos que no cumplan estos umbrales, AENA SA lo puede autorizar si lo permiten las características del aeropuerto, las condiciones de utilización y la seguridad de las instalaciones y las aeronaves, dándose prioridad al usuario

---

<sup>670</sup> De hecho, mediante las Ordenes FOM/3522/2003, de 9 de diciembre (BOE de 18 de diciembre de 2003), y FOM/74/2006, de 16 de enero (BOE de 25 de enero de 2006), se incrementaron, respectivamente, el número de agentes de asistencia en tierra que pueden prestar determinados servicios de rampa. Con la primera Orden se amplió a tres el número de agentes que pueden prestar el servicio de rampa en la categoría de asistencia de combustible y lubricante en los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona, y con la segunda Orden se amplió a tres el número de agentes que pueden prestar el servicio de rampa en las categorías de asistencia de equipajes, asistencia a las operaciones en pista y asistencia de carga y correo en los aeropuertos de Madrid-Barajas, Barcelona, Málaga y Alicante.

con mayor volumen de operaciones comerciales si existen varios interesados en la autoasistencia.

A pesar de todo lo anterior, el Ministerio de Fomento, a través de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes, puede limitar el número de agentes de asistencia en tierra o la modalidad de autoasistencia en determinadas circunstancias. En particular, cuando existan limitaciones de disponibilidad de espacio o de capacidad de la infraestructura, se permite: 1º) reservar el ejercicio de la autoasistencia para uno o varios servicios de asistencia en tierra, distintos de los servicios de rampa, a un número limitado de usuarios, que deberán ser seleccionados con criterios pertinentes, objetivos, transparentes y no discriminatorios; 2º) prohibir o limitar a un solo usuario el ejercicio de la autoasistencia para una o varias categorías de servicios de rampa; 3º) limitar el número de agentes de asistencia en tierra para la prestación de una o varias categorías de servicios de asistencia en tierra, distintos de los servicios de rampa; y 4º) reservar a un solo agente la prestación de una o varias categorías de servicios de rampa. En cualquier caso, estas medidas deben ser limitadas en el tiempo (un máximo de tres años en los tres primeros supuestos y un máximo de dos en el último) y no pueden distorsionar la competencia ni perjudicar el libre acceso a la prestación de estos servicios.

Finalmente, debe destacarse que la liberalización de los servicios de asistencia en tierra no supone que vaya a haber una multiplicidad de infraestructuras dentro de cada aeropuerto. Las limitaciones de espacio lo impiden. Por ello, el Real Decreto 1161/1999 impone que haya una gestión centralizada de determinadas infraestructuras, a cargo de AENA SA, que por su complejidad, coste o impacto en el medio ambiente no se pueden duplicar<sup>671</sup>. AENA SA, en

---

<sup>671</sup> La relación de infraestructuras de gestión centralizada en los aeropuertos de interés general se concreta en la Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes de 26 de abril de 2000 (BOE de 17 de mayo de 2000), y son las siguientes: 1. Edificios terminales. 2. Mostradores de embarque y facturación, básculas, cintas asociadas y todo el equipamiento asociado a los mostradores. 3. Sistema de información al público, incluida la megafonía. 4. Control de accesos y de seguridad. 5. Sistemas de suministro de energía. 6. Sistemas de telefonía. 7. Red de voz y datos. 8. Sistemas de suministro y abastecimiento de agua potable. 9. Puntos de inspección fronteriza (PIF). 10. Pasarelas para el atraque de las aeronaves con el correspondiente suministro de corriente de 400 Hz y de aire acondicionado. 11. Cámaras de

definitiva, puede exigir a los agentes de asistencia en tierra y a los usuarios del aeropuerto que practican la autoasistencia que utilicen estas infraestructuras, pero como contrapartida debe realizar una gestión transparente, objetiva y no discriminatoria.

En cualquier caso, el acceso y distribución de los distintos espacios de los aeropuertos entre los agentes de asistencia en tierra y los usuarios que practican la autoasistencia debe regirse por criterios pertinentes, objetivos, transparentes y no discriminatorios fijados por AENA SA (art. 16 del Real Decreto 1161/1999).

#### **IV. A modo de conclusión: la regulación económica de las infraestructuras de transporte como alternativa al dominio público**

El dominio público, con su régimen jurídico exorbitante que hunde sus raíces en el Derecho romano, ha sido desde sus orígenes una garantía del uso y destino público de determinados bienes, idea posteriormente ampliada por la doctrina francesa para incluir también aquellos bienes vinculados a la prestación de los servicios públicos. Este modelo no se discute y debe continuar vigente en el caso de aquellos bienes para los que el dominio público es útil con el fin tan sólo de garantizar su integridad y su afectación a un uso público o a un servicio público.

Frente a esta idea, se alza una nueva realidad caracterizada por la existencia de unos bienes de titularidad de las Administraciones Públicas que realizan una

---

refrigeración para mercancías perecederas. 12. Cintas de recogida de equipajes. 13. Zonas e infraestructuras destinadas a la clasificación y recogida de residuos. 14. Red de comunicaciones tierra-tierra vía radio. 15. Zonas destinadas al estacionamiento o almacenamiento del equipamiento en áreas restringidas. 16. Instalaciones para la recogida de aguas residuales de las aeronaves. 17. Guías de atraque para las aeronaves. 18. Zonas de clasificación de equipajes. 19. Instalación para la limpieza de nieve, hielo o escarcha de las aeronaves. 20. Instalaciones y superficies destinadas a la limpieza de vehículos. 21. Red de abastecimiento de agua potable y depuradora (incluyendo depuradora y red de saneamiento). 22. Estaciones de almacenamiento y suministro de combustible a las aeronaves. 23. Sistema de hidrantes para el suministro de combustible a las aeronaves. 24. Instalaciones destinadas al suministro de combustible a vehículos en zonas restringidas. 25. Plataforma de prueba de motores. 26. Plataforma de limpieza de aeronaves.

actividad económica con la que obtienen una rentabilidad. Este es el caso de las infraestructuras sobre las que se desarrollan las actividades de transporte liberalizadas desde finales del siglo XX, actividades que necesariamente requieren el uso de estos bienes para poderse desarrollar. Cuando confluían en la Administración Pública la titularidad de los bienes y la prestación de los servicios públicos sobre los mismos, el dominio público actuaba como la garantía de la afectación de los bienes a estos servicios y al mismo tiempo le brindaba un título de intervención para regular los distintos usos. Pero hoy en día las infraestructuras de transporte han dejado de ser simples bienes de paso obligado de los distintos medios de transporte y han pasado a concebirse como verdaderas empresas que realizan una actividad económica consistente en ofrecer sus instalaciones y prestar determinados servicios (directa o indirectamente) a sus usuarios a cambio del pago de un precio. Y esta idea no sólo está presente en las infraestructuras de transporte que se han despublicado, como es el caso de los aeropuertos, sino también en las infraestructuras de transporte que todavía hoy permanecen dentro de la órbita del dominio público, como son los puertos y las infraestructuras ferroviarias.

Ante este nuevo paradigma, en el que las infraestructuras de transporte actúan como empresas que realizan una actividad económica, el dominio público, cuyo cometido es garantizar la integridad y destino público de estos bienes mediante su exclusión del tráfico jurídico-privado, no encaja bien y debe ser sustituido por un nuevo título de intervención de la Administración Pública, más adecuado a esta realidad, como es la regulación económica. Este título de origen anglo-americano no impide que las infraestructuras de transporte sean objeto del tráfico jurídico-privado, pero al mismo tiempo tiene la virtud de permitir imponer obligaciones jurídicas a los titulares de estos bienes, identificadas como obligaciones de servicio público, con el fin de satisfacer el interés general, siempre presente en estas infraestructuras. Las infraestructuras de transporte no han perdido su caracterización como monopolios de paso obligado para aquellos que quieran realizar actividades de transporte, y precisamente por ello se requiere la intervención de la Administración Pública para garantizar sobre las mismas la libre competencia de las distintas actividades. Pero esta intervención de la Administración Pública no tiene que ser bajo la cobertura del

dominio público, sino que puede acometerse a través de la regulación económica y los instrumentos propios de esta modalidad de intervención que han sido analizados, mucho más adecuado a las actuales características de las infraestructuras de transporte. De hecho, la Constitución española (art. 132) no impone que las infraestructuras de transporte sean bienes de dominio público, por lo que es una decisión del legislador que el título de intervención de la Administración Pública sobre estos bienes sea el dominio público u otro distinto.

En definitiva, la desaparición de los servicios públicos de transporte tras su liberalización y la nueva concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica hace muy difícil sostener el sometimiento de estos bienes al régimen jurídico del dominio público, poco flexible ante esta nueva realidad, especialmente cuando existe una alternativa menos gravosa, como sería sujetar estos bienes a un sistema de regulación económica. El paso ya se ha dado en el caso de los aeropuertos, despublificados desde el año 2010, y nada impide que el mismo régimen jurídico sea aplicable a los puertos y las infraestructuras ferroviarias.

Por otro lado, según se desprende de lo analizado en apartados anteriores, los instrumentos propios del dominio público ya no se utilizan para ordenar el acceso de los operadores privados de transporte a las distintas infraestructuras, aunque ello implica un uso de dichos bienes. En cambio, sí se continúan utilizando los títulos demaniales (autorizaciones y concesiones de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas) para las ocupaciones y usos privativos sobre dominio público con el fin de poder desarrollar las actividades de servicio a los transportistas y demás usuarios (con la salvedad de los aeropuertos).

En efecto, existe, según se ha visto, un procedimiento *ad hoc* que vehicula el acceso a las infraestructuras para que los operadores privados de transporte puedan realizar sus actividades, que es totalmente ajeno a los mecanismos de uso y ocupación del dominio público. Se trata de un procedimiento en el que se determina la capacidad de infraestructura existente y se reparte en forma de



franjas horarias o surcos en el caso de los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias, o que simplemente se canaliza mediante turnos de entrada y régimen de estancia en el caso de los puertos. Es más, en el caso de los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias, este procedimiento de reparto de la capacidad de infraestructura se aplica con independencia del régimen jurídico de los bienes, dado que en los aeropuertos se está ante bienes despublificados, mientras que las infraestructuras ferroviarias continúan siendo bienes demaniales.

Así, pues, el acceso a las infraestructuras de transporte, a pesar de que comporta la utilización efectiva de las mismas, transcurre al margen del régimen jurídico del dominio público, articulándose mediante mecanismos propios de la regulación económica, tanto si se trata de bienes demaniales como si están despublificados. El procedimiento *ad hoc* que se ha descrito en páginas anteriores permite obtener una autorización para usar y ocupar estos bienes, que es ajena a los títulos demaniales.

Por el contrario, por lo que se refiere a la ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte para la realización de actividades de servicio a los operadores privados de transporte y demás usuarios, continua vigente el régimen de autorizaciones y concesiones sobre el dominio público en el caso de los puertos y las infraestructuras ferroviarias, poco flexible y adecuado para un modelo de infraestructuras de transporte que actúan como empresas y de unos servicios que se prestan en régimen de libre competencia<sup>672</sup>. Es más, como acertadamente apunta Acero Iglesias<sup>673</sup>, la concesión de títulos demaniales está presidida por el principio de discrecionalidad, lo que implica que el administrador de estos bienes dispone de un amplio margen para decidir si otorga o no estos títulos que permiten la ocupación privativa de estos bienes. A ello debe añadirse que la Administración Pública puede en cualquier momento decidir revocar unilateralmente las autorizaciones y rescatar las concesiones.

---

<sup>672</sup> Véase en este sentido a González Sanfiel, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, *op. cit.*, p. 297.

<sup>673</sup> Acero Iglesias, P., *Organización y Régimen Jurídico de los Puertos Estatales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 146.

Sin embargo, estos títulos demaniales desaparecieron en el sector aeroportuario tras la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, que los substituyó por títulos de Derecho privado. En particular, las concesiones demaniales otorgadas sobre el dominio público aeroportuario se transformaron de la noche a la mañana en contratos de arrendamiento, manteniéndose las mismas condiciones, términos y plazos<sup>674</sup>.

En la actualidad, pues, la utilización de los bienes e instalaciones aeroportuarios se rige por títulos de Derecho privado, pero ello no impide que deban regularse las condiciones de acceso a estos bienes para que no se distorsione la competencia. De hecho, continua vigente la obligación de AENA SA de garantizar el acceso y distribución de los distintos espacios de los aeropuertos, en particular en el caso de los agentes de asistencia en tierra y los usuarios que practican la autoasistencia, bajo criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Todo lo anterior pone de manifiesto que para ordenar el acceso a los distintos espacios en infraestructuras de transporte con el fin de poder desarrollar actividades de transporte o actividades de servicio no siempre se requiere la utilización de los mecanismos clásicos que permiten el uso y ocupación del dominio público. Actualmente, ya se utiliza un procedimiento *ad hoc*, ajeno a las técnicas demaniales, para obtener la autorización de acceso de los operadores privados a las infraestructuras de transporte, y para realizar actividades de servicio a los transportistas y demás usuarios ya se ha

---

<sup>674</sup> La disposición transitoria tercera, apartado 4, del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, dispone que *“Las concesiones demaniales otorgadas por la entidad pública empresarial AENA sobre bienes de dominio público aeroportuario se transformarán en contratos de arrendamiento, manteniéndose las mismas condiciones, términos y plazos vigentes siempre que preste su conformidad el concesionario en el plazo otorgado al efecto por «Aena Aeropuertos, S.A.» que no podrá ser inferior a 30 días. Si el concesionario no se mostrase conforme o no contestase en plazo quedará extinguida la concesión y se procederá a su liquidación”*. Sin embargo, esta previsión legal fue objeto de interpretación por el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 24 de mayo de 2011 (ref.: A.G. Entes Públicos 40/11), en el que se concluyó que, a pesar de su tenor literal, las concesiones existentes se podían reconducir a otras figuras típicas del ordenamiento privado distintas al contrato de arrendamiento, y citaba como ejemplo el caso de las concesiones que tenían por objeto terrenos en los que el concesionario debía llevar a cabo edificaciones o construcciones para desarrollar su actividad, que no podían ser reconducidas al contrato de arrendamiento sino al derecho de superficie.

ensayado en el caso de los aeropuertos una alternativa al dominio público, que bien podría aplicarse a los puertos y a las infraestructuras ferroviarias en caso de despublificación. Lo importante es que todos estos instrumentos se sujeten a regulación económica con el fin de garantizar el acceso y distribución de los distintos espacios con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios para preservar la libre competencia en las distintas actividades.

Como se decía en líneas anteriores, la clave de este modelo de regulación económica de las infraestructuras de transporte alternativo al dominio público está, cuando la capacidad de infraestructura sea escasa, en la garantía del derecho de acceso, que comporta, por un lado, el establecimiento de mecanismos para determinar la capacidad de infraestructura disponible y para repartirla con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, y por el otro, la existencia de mecanismos que garanticen *a posteriori* la aplicación y la supervisión de la regulación.

La regulación del derecho de acceso a las infraestructuras para poder realizar actividades de transporte o prestar servicios en régimen de libre competencia es, como ha dicho algún autor, la clave de bóveda de este modelo. Ello exige tener que determinar quién tiene derecho de acceso; los puntos de acceso y las condiciones técnicas para ello; la garantía de acceso a determinados servicios imprescindibles para poder acceder a las infraestructuras; las limitaciones y las causas objetivas de denegación del acceso; el procedimiento a seguir para adjudicar la capacidad disponible, que debe ser ágil, transparente y no discriminatorio; el procedimiento y requisitos para la fijación de los precios de acceso; y un mecanismo de resolución de conflictos a cargo de una autoridad independiente y profesionalizada, que también debe ser ágil.

Asimismo, la regulación económica de las infraestructuras de transporte, en sustitución de las técnicas del dominio público, debe incidir en aspectos como la regulación de los usos y actividades admitidos en cada infraestructura y la imposición de obligaciones de servicio público que deben servir, entre otros extremos, para vincular de forma permanente las infraestructuras de transporte a la finalidad para la que fueron construidas.

En particular, la delimitación de los usos y actividades admitidos en los puertos, aeropuertos e infraestructuras ferroviarias, que permite reducir la discrecionalidad de la Administración a la hora de otorgar los títulos que permiten el uso de los bienes, se puede realizar perfectamente mediante instrumentos de regulación económica. Históricamente, el título de intervención en el que se ha fundamentado la Administración para este cometido ha sido el dominio público, pero hoy ya no es así en el caso de los aeropuertos, sujetos a regulación económica. En este nuevo marco, el *Plan director del aeropuerto y de su zona de servicio* regula los usos y actividades sobre unos bienes que no son dominio público, y nada impide que bajo un modelo de regulación económica se establezca los usos y actividades admitidos en los puertos y en las infraestructuras ferroviarias, de los que actualmente se ocupan la *Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios* y la *Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios*, respectivamente.

Todo ello constituye, en definitiva, el estatuto jurídico de las infraestructuras de transporte sujetas a regulación económica, que ha sido analizado en líneas anteriores y que debe ser el marco de referencia en sustitución del régimen jurídico del dominio público como título de intervención sobre las mismas.

### **CAPÍTULO III**

## **LA INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS EN UN ENTORNO DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS DE TRANSPORTE LIBERALIZADOS Y ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS**

### **I. Introducción**

Los precios que se pagan por el acceso y la utilización de las infraestructuras ferroviarias y portuarias se configuran como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario –tasas–, dado que con los mismos se retribuye la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. En el caso de las infraestructuras aeroportuarias, sin embargo, se ha optado por un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias al haberse suprimido su carácter de bienes de dominio público.

Este modelo de prestaciones patrimoniales públicas no deja ningún margen de maniobra al administrador o gestor de estas infraestructuras en lo que se refiere a la fijación de los precios de acceso, porque éstos vienen determinados por la ley por imperativo del artículo 31.3 de la Constitución, por lo que aquél no puede desarrollar una política comercial propia en materia de precios que le permita maximizar la explotación de las infraestructuras.

En este capítulo se pretende confrontar la naturaleza jurídica de los precios que se pagan por el acceso a las infraestructuras de transporte con las previsiones del Derecho de la Unión Europea, que exigen de un modo u otro que el administrador de estas infraestructuras, como garantía de una gestión independiente, esté dotado de cierto margen de maniobra en la fijación de los precios de acceso y que con posterioridad sus decisiones puedan ser revisadas por un organismo regulador independiente, con facultad incluso para modificarlos.

Además, se confronta el modelo de prestaciones patrimoniales públicas que se pagan por el acceso a las infraestructuras de transporte con la concepción

actual de las mismas como empresas que realizan una actividad económica, según ha sido destacado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En definitiva, las líneas que siguen parten de un análisis de la configuración de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte como prestaciones patrimoniales públicas y posteriormente analizan la posibilidad de optar por modelos alternativos que afronten la disconformidad de nuestro modelo con el Derecho de la Unión Europea.

Una de las posibilidades que se van a analizar sería la configuración de los precios de acceso a las infraestructuras como precios regulados establecidos en ejercicio de una potestad de regulación, que huyese de la actual concepción como precios coactivos.

La otra posibilidad que se va a analizar pasaría por mantenerlos como precios coactivos, pero desposeerlos de su concepción como tasas, configurándolos como en el caso de los aeropuertos como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, aprovechando el nuevo marco jurídico sobre esta categoría establecido en la Ley de Contratos del Sector Público.

## **II. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas y su incidencia en el régimen retributivo por el uso de las infraestructuras de transporte**

### **1. La Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 y la doctrina sobre prestaciones patrimoniales públicas sentada por la STC 185/1995**

Tradicionalmente, los ingresos exigidos por el Estado a los ciudadanos por la utilización del dominio público, la prestación de un servicio público o la realización por la Administración de una actividad que les beneficiase venían siendo considerados un tributo que recibía la denominación de tasa. En este sentido se previó en la Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de las

tasas y exacciones parafiscales (art. 1)<sup>675</sup>, la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (art. 26.1.a)<sup>676</sup> y el Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de Tasas Fiscales (art. 1)<sup>677</sup>.

Sin embargo, la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 1988<sup>678</sup> introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los precios públicos como uno de los recursos de la Hacienda de las Entidades Locales (art. 2.1.e y 41 a 48), y de allí pasó a la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989<sup>679</sup>, que consagró con carácter general su régimen jurídico y trató de diferenciarlos de las tasas (art. 1.b y 24 a 27)<sup>680</sup>.

Como apunta Ariño Ortiz<sup>681</sup>, la creación de los precios públicos como figura desgajada de las tasas supuso la introducción de un *tercium genus* entre las tasas y los precios privados, a los que se quería dotar de mayor flexibilidad en comparación con las tasas, decisión que recibió numerosas críticas de la doctrina<sup>682</sup> por considerar que lo realmente perseguido con la escisión del concepto de tasas de una parte importante de su contenido era que los precios públicos, antaño considerados tasas, quedasen fuera del principio de reserva de ley.

---

<sup>675</sup> BOE de 29 de diciembre de 1958.

<sup>676</sup> BOE de 31 de diciembre de 1963.

<sup>677</sup> BOE de 19 de diciembre de 1966.

<sup>678</sup> Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (BOE de 30 de diciembre de 1988).

<sup>679</sup> Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (BOE de 15 de abril de 1989).

<sup>680</sup> La distinción entre tasas y precios públicos tiene su origen en la doctrina italiana, como apunta Jiménez de Cisneros Cid, F.J., "*Tasas y Precios Públicos en el Ordenamiento español*", en *III Jornadas de estudio sobre presupuesto y contabilidad de las entidades locales*, p. 175, convocadas por el Instituto de Estudios de Administración Local y celebradas en Sevilla los días 11 a 13 de noviembre de 1987.

<sup>681</sup> Ariño Ortiz, G., *Prólogo* a la obra de Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000, pp. XV-XXII.

<sup>682</sup> Puede verse a Fernández Junquera, M., "*Precios públicos y reserva de ley. Comentario a la sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional*", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 243, de 25 de abril de 1996. La autora ve difícil, por no decir imposible, la distinción que realiza la Ley de Tasas y Precios Públicos entre tasa y precio público, con el fin de escindir del concepto de tasa y, por ende, del de tributo, una parte importante de su contenido que queda fuera del principio de legalidad. También puede verse Palao Taboada, C., "*Los precios públicos y el principio de legalidad*", en *Quincena Fiscal*, octubre 1996-I. Para este autor, el legislador se inventó una nueva categoría jurídica que no tiene sustantividad propia, porque los precios públicos son en realidad tasas sujetas a reserva de ley.

En este sentido se pronunció Ferreiro Lapatza<sup>683</sup>, quien llegó a afirmar que lo acometido por la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 fue un simple cambio de nombre, llamando precio público a lo que era un tributo con el fin de evitar las consecuencias del principio de reserva de ley, que exige la determinación en la ley de sus elementos esenciales. Con ello, decía el autor, se propiciaba la creación de un sistema de tributos parafiscales que nos retrotraía a la situación vivida en la década de los años cuarenta y cincuenta del siglo XX, caracterizada por la existencia de un sistema parafiscal ajeno al sistema tributario normal y a los principios de un Estado democrático de Derecho.

En el fondo de esta controversia, la cuestión que se debatía era, como acertadamente pone de manifiesto Ramallo Massanet<sup>684</sup>, la decisión sobre cómo se repartían los costes de los gastos públicos, si por la vía de los tributos pagados según el principio de capacidad económica, o por la vía de otros recursos guiados por el principio de equivalencia entre el coste de la actividad administrativa y el beneficio obtenido por el sujeto. Pero, obviamente, ésta era una decisión política sobre el modo de financiación de los servicios públicos sobre la que no se va a entrar, ya vislumbrada por García de Enterría<sup>685</sup> a mitad del siglo pasado.

Sea como fuere, la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 supuso que algunas contraprestaciones económicas que hasta ese momento se consideraban tasas (un tributo) pasasen a ser precios públicos.

Según la exposición de motivos de esta ley, ambas figuras se conciben como ingresos públicos que parten del mismo supuesto de hecho, como es que un determinado ente público entregue directamente ciertos bienes o preste

---

<sup>683</sup> Ferreiro Lapatza, J.J., “Tasas y precios públicos: La nueva parafiscalidad”, en *Revista española de Derecho financiero*, nº 64, 1989, pp. 485-518.

<sup>684</sup> Ramallo Massanet, J., “Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)”, en *Revista española de Derecho Financiero*, nº 90, 1996, pp. 227-273.

<sup>685</sup> García de Enterría, E., “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, en *RAP*, nº 12, 1953, pp. 129-157. Según dejó expuesto este autor, el modo de financiación de los servicios públicos, ya sea mediante impuestos con los que todos ciudadanos contribuyen a costearlos o mediante tasas exigibles sólo a sus usuarios, es en definitiva una decisión política.



determinados servicios, por los que obtiene un ingreso a cambio. Pero mientras que en el caso de los precios públicos el legislador considera que la relación que se establece es de naturaleza contractual y voluntaria para quien debe pagarlos, en el caso de las tasas se caracterizan por la coactividad propia de cualquier tributo y, por consiguiente, se debe respetar el principio de reserva de ley para su creación, por así disponerlo de manera expresa la Constitución (art. 31.3)<sup>686</sup>.

Así pues, voluntariedad y coactividad son los elementos claves que, respectivamente, permiten identificar los precios públicos y las tasas. Según Ferreiro Lapatza<sup>687</sup>, los precios son ingresos de Derecho privado, que nacen de una obligación voluntaria *ex contractu* y que los particulares pagan a la Administración por algunos de sus servicios, mientras que las tasas son obligaciones *ex lege* u obligaciones de Derecho público.

Para la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989, las tasas se caracterizan por las notas de obligatoriedad y no concurrencia entre el sector público y el sector privado, lo que las hace coactivas. Por ello, en la redacción originaria de la ley se exigía el pago de una tasa cuando el servicio o actividad que prestaba el ente público era de solicitud o recepción obligatoria por los administrados o cuando no podía ser prestado o realizado por el sector privado, ya fuese porque ello implicaba el ejercicio de autoridad o porque existía una reserva a favor del sector público (art. 6)<sup>688</sup>.

---

<sup>686</sup> Dice el artículo 31.3 de la Constitución que “Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

<sup>687</sup> Ferreiro Lapatza, J.J., “Tasas y precios públicos: La nueva paraafiscalidad”, *op. cit.*

<sup>688</sup> La redacción originaria del artículo 6 de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 decía lo siguiente:

“Las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público, que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurren las dos siguientes circunstancias:

a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados.

b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o porque, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente”.

Con posterioridad, la STC 185/1995, de 14 de diciembre, obligó a modificar la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 para reincorporar en el concepto de tasa la contraprestación económica que debía pagarse por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público. Ello tuvo lugar mediante la aprobación de la Ley 25/1998, de 13 de julio (BOE de 14 de julio de 1998).

Las tasas, en definitiva, se conciben como un tributo (art. 6), y como cualquier tributo sus elementos esenciales deben estar determinados en la ley (art. 10) como garantía para el ciudadano. Como ha dicho al respecto el Tribunal Constitucional en números ocasiones (SSTC 185/1995, de 15 de diciembre; 233/1999, de 13 de diciembre; 136/2011, de 13 de septiembre), el principio de legalidad respecto de las prestaciones patrimoniales de carácter público –en las que se incluyen los tributos– *“tiene como uno de sus fundamentos «garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes», configurándose de este modo como «una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano»*”. La reserva de ley, en definitiva, cumple una función garantista que pretende la protección de la libertad y la propiedad de los ciudadanos, de modo que cualquier imposición sobre los particulares requiere el control de los representantes de la ciudadanía<sup>689</sup>.

Por el contrario, cuando no concurre la nota de la coactividad para quien tiene que pagar una contraprestación económica, sino que dicho pago se basa en una relación de naturaleza contractual y voluntaria, la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 considera que estamos ante un precio público cuya fijación debe realizarse por Orden ministerial o directamente por el organismo público previa autorización del Ministerio del que dependa (art. 26).

Al respecto, dicha ley previó en su redacción originaria (art. 24) que tenían la consideración de precios públicos no sólo las contraprestaciones económicas por la prestación de servicios o la realización de actividades que no eran de solicitud o recepción obligatoria por los administrados o que podían ser

---

<sup>689</sup> Aguallo Avilés, A., *“Un criterio jurídico para delimitar tasas y precios: la dicotomía prestación espontánea-prestación impuesta”*, en VV.AA, *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español (XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario)*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 130. En el mismo sentido, puede verse Simón Acosta, E., voz *“Reserva de ley tributaria”*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5867-5872, según el cual, en un Estado Constitucional que reconoce como principios básicos el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad individual, la ley como máxima expresión de la voluntad general es la única habilitada para regular estos derechos, por lo que la reserva de ley actúa como garantía de los mismos.

prestados o realizados por el sector privado, sino también las contraprestaciones económicas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. No obstante, este último supuesto fue posteriormente reincorporado en el concepto de tasa tras la doctrina sentada por la STC 185/1995, al considerar que, por su carácter coactivo, se trataba de una prestación patrimonial de carácter público<sup>690</sup>.

La Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que en su conocida Sentencia 185/1995, de 15 de diciembre, clarificó los criterios para determinar cuándo se estaba ante una prestación patrimonial de carácter público sujeta a reserva de ley (art. 31.3 de la Constitución), lo que comportaba que su creación y la determinación de los elementos esenciales que permiten la identificación y la cuantificación de la prestación debía realizarse por ley<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> La redacción originaria del artículo 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 decía así:

*“1. Tendrán la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por:*

*a) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.*

*b) Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas por los servicios públicos postales.*

*c) La prestación de servicios o realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*– Que los servicios o las actividades no sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados.*

*– Que los servicios o las actividades sean susceptibles de ser prestados o realizados por el sector privado, por no implicar intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación de autoridad, o bien por no tratarse de servicios en los que esté declarada la reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.*

*2. A efectos de lo dispuesto en la letra c) del número anterior no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados:*

*a) Cuando les venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.*

*b) Cuando constituya condición previa para realizar cualquier actividad u obtener derechos o efectos jurídicos determinados”.*

Según se decía, tras la Ley 25/1998, de 13 de julio (BOE de 14 de julio de 1998), la contraprestación económica que debía pagarse por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público pasó a incluirse nuevamente en el concepto de tasa. Además, con la nueva redacción dada por esta Ley al artículo 24, se especificó que tan sólo se consideran precios públicos *“las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados”.*

<sup>691</sup> Véase Aguillo Avilés A. y Bueno Gallardo, E., *“La reserva de ley establecida en el art. 31.3 CE: naturaleza y alcance”*, en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (directores), *Comentarios a la Constitución española*, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 880.

En efecto, según la STC 185/1995 (FJ 3), estamos ante una prestación patrimonial de carácter público –y esto es la clave– cuando existe una *“imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla”*.

Como puede verse, para el Tribunal Constitucional la coactividad es la nota esencial que permite determinar cuándo se está ante una prestación patrimonial de carácter público. Pero no es la única. Como acertadamente resume Villar Rojas<sup>692</sup>, las prestaciones patrimoniales públicas se caracterizan por ser impuestas de manera coactiva por el poder público con el fin de cumplir una determinada finalidad pública, siendo irrelevante tanto el modo de gestión (pública o privada) del servicio o actividad por el que se impone la prestación, como la condición (pública o privada) del sujeto que percibe la prestación<sup>693</sup>.

Así pues, para que pueda hablarse de prestación patrimonial pública, lo primero, aunque parezca una obviedad, es que sea impuesta por el poder público. Dice la STC 185/1995 (FJ 3) que *“Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el poder público”*. A *sensu contrario*, aunque una entidad privada tenga una posición dominante en el mercado que le permita imponer los precios, estos no serán prestaciones patrimoniales públicas al faltar la imposición del poder público. Distinto será el caso de aquellas formas jurídico-privadas bajo control estatal, como es el caso de las sociedades estatales (por ejemplo, AENA SA), extremo sobre el que se volverá en líneas posteriores.

Por lo que se refiere a la nota de la coactividad, la doctrina coincide en señalar que ésta es la nota distintiva de las prestaciones patrimoniales públicas. Lo contrario, esto es, la falta de coactividad derivada del hecho de que existe un

---

<sup>692</sup> Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000, pp. 45-64.

<sup>693</sup> En el mismo sentido puede verse a Tornos Mas, J., *“La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios”*, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 670.

mercado competitivo para una determinada actividad o servicio en el que libremente se pactan los precios y éstos vienen condicionados por la presión que ejerce la competencia, impide que se pueda hablar de prestación patrimonial pública<sup>694</sup>. Según indica Villar Rojas<sup>695</sup>, *“no son coactivas aquellas prestaciones patrimoniales que nacen en condiciones de mercado, esto es, caracterizadas por la voluntariedad, libertad, prescindibilidad y concurrencia”*.

Así pues, lo relevante es poder determinar cuándo una prestación patrimonial se impone de manera coactiva, y para ello el Tribunal Constitucional se pone en el lugar de quien tiene la obligación de pagar la contraprestación económica y comprueba si esta obligación nace de un acuerdo de voluntades o es un mandato del poder público. En este sentido, la STC 185/1995 señaló que lo decisivo es *“averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación”*.

En definitiva, si la contraprestación económica deriva de una obligación impuesta unilateralmente al particular por el poder público, ésta será coactiva y, por ello, se estará ante una prestación patrimonial de carácter público sujeta a reserva de ley. Por el contrario, si el supuesto de hecho que da lugar a la contraprestación económica se basa en una relación de libertad, no se estará ante una prestación patrimonial de carácter público. La coactividad que caracteriza las prestaciones patrimoniales públicas, como acertadamente indica Aguallo Avilés<sup>696</sup>, *“es la que se traduce en la absoluta irrelevancia de la voluntad del sujeto pasivo en orden a la constitución de la obligación”*. Según

---

<sup>694</sup> Ramallo Massanet, J., *“Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)”*, op. cit., p. 248. En parecidos términos, Tornos Mas, J., *“La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios”*, op. cit., p. 672.

<sup>695</sup> Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., pp. 54-55.

<sup>696</sup> Aguallo Avilés, A., *“Un criterio jurídico para delimitar tasas y precios: la dicotomía prestación espontánea-prestación impuesta”*, op. cit., p. 136.

este autor<sup>697</sup>, la coacción debe ser de tal grado que pueda entenderse que el individuo satisface la prestación patrimonial sin que concurra su voluntad, o dicho de otro modo, con independencia de la misma, considerando por el contrario que una obligación resulta espontánea o voluntaria, esto es, no coactiva, cuando el ciudadano es libre para solicitar o recibir la prestación o servicio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó en dicha Sentencia 185/1995 que, para descartar la nota de la coactividad, la libertad o la espontaneidad del particular a la hora de obligarse debía ser *“real y efectiva”*. Ello significa que tendrán la consideración de prestaciones patrimoniales impuestas de manera coactiva no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación sea preceptiva *ope legis*, sino también, en palabras del Tribunal, *“aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar”*. Así pues, cuando un servicio o actividad es indispensable e imprescindible, se considera que no existe voluntariedad. El problema, obviamente, se presentará a la hora de determinar qué debe entenderse por *“objetivamente indispensable”* o cuáles son las *“necesidades básicas de la vida personal o social”*. Algún autor<sup>698</sup> ha defendido que los servicios indispensables son los que satisfacen necesidades básicas para los particulares, en contraposición con los servicios renunciables, que cubren necesidades secundarias y de las que el individuo puede prescindir. Sin embargo, se trata de conceptos jurídicos indeterminados de difícil concreción, pues lo que para un ciudadano puede ser básico e indispensable, puede no serlo para otro<sup>699</sup>.

---

<sup>697</sup> Aguallo Avilés, A., *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 1992, pp. 236-241.

<sup>698</sup> Aguallo Avilés, A. *“Un criterio jurídico para delimitar tasas y precios: la dicotomía prestación espontánea-prestación impuesta”*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>699</sup> En este sentido lo apreciaron Barquero Estevan, J.M. y García Martínez, A., *“Las tarifas y cánones portuarios desde la perspectiva de la reserva de ley”*, en *Revista Técnica Tributaria*, nº 51, 2000, p. 40. Para estos autores, que algo sea esencial para la vida personal o social no sólo depende de las circunstancias del lugar y tiempo, sino también de las opciones y vivencias personales de cada cual.

Por otro lado, la STC 185/1995 también consideró que se da la nota de la coactividad en el caso de monopolios de hecho o de derecho. Para el Tribunal Constitucional, *“También deben considerarse coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho”*. Cuando un ente público es titular de un monopolio, los ciudadanos no pueden actuar libremente porque no pueden solicitar a nadie que no sea el ente público la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público o la prestación de un servicio o actividad<sup>700</sup>.

Así pues, si sólo son los entes públicos los que ofrecen la utilización de determinados bienes o los que prestan determinados servicios o actividades, *“los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación”*. Y en estos casos, dice el Tribunal Constitucional, la libertad de abstenerse de utilizar el bien o de recibir el servicio o la actividad no es *“real y efectiva”*, porque no existe en puridad ninguna otra opción o alternativa. En estos casos de monopolio de hecho o de derecho, en los que no existe ninguna otra alternativa, prescindir del uso de los bienes o de la recepción de los servicios o actividades no se considera una opción válida, por lo que las prestaciones económicas que se pagan también se consideran prestaciones coactivas.

En definitiva, siguiendo a Villar Rojas<sup>701</sup>, se puede concluir que para la STC 185/1995 la coactividad estará presente en tres supuestos:

---

<sup>700</sup> Así se ha pronunciado Navajas Rebollar, M., *“La naturaleza de las tarifas portuarias en la jurisprudencia. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 1998”*, en REDA, nº 107, 2000, p. 432, refiriéndose a la doctrina de los tribunales ordinarios que se han pronunciado sobre las tarifas portuarias. Para el autor, tras la doctrina sentada por la STC 185/1995, si la prestación de los servicios portuarios se produce en una situación que puede ser considerada como un monopolio de hecho, nos encontraremos ante prestaciones patrimoniales públicas.

<sup>701</sup> Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., pp. 50-55.

1º) Cuando el supuesto de hecho que da lugar a la obligación de pagar la contraprestación económica no sea realizado de forma libre y espontánea por el particular, ya sea porque se trata de servicios o actividades de recepción obligatoria, ya sea porque la obligación nace de la realización del hecho imponible delimitado por el legislador.

2º) Cuando el bien, actividad o servicio que da lugar a la obligación de pagar la contraprestación económica sea objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares.

3º) Cuando la contraprestación económica derive de la utilización de bienes, servicios o actividades prestados o realizados por entes públicos en régimen de monopolio de hecho o de derecho.

Frente a ello, es irrelevante el modo de gestión (pública o privada) del servicio o actividad por el que se exige la prestación económica y la condición (pública o privada) del sujeto que percibe la prestación. En este sentido, la STC 185/1995 (FJ 3) ya dijo que *“El sometimiento de la relación obligacional a un régimen de Derecho público no es suficiente por sí sólo para considerar que la prestación patrimonial así regulada sea una prestación de carácter público en el sentido del art. 31.3 C.E.”*. Ello se concretó todavía más en la posterior STC 182/1997, de 28 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional calificó de prestación patrimonial pública la obligación de los empresarios, impuesta por el Real Decreto Ley 5/1992, de abonar al trabajador la prestación por incapacidad laboral transitoria en caso de enfermedad común o de accidente no laboral, pues a pesar de que la relación entre empresario y trabajador era de naturaleza jurídico-privada, se trataba de una prestación económica impuesta por el poder público a los empresarios, sin el concurso de la voluntad de éstos, y por ello era coactiva. En definitiva, para que exista una prestación patrimonial pública, vino a decir el Tribunal Constitucional, es irrelevante que la relación entre el sujeto obligado al pago y el sujeto que lo recibe sea privada, pues lo relevante es que la prestación sea impuesta coactivamente por el poder público.



La citada STC 182/1997 fue muy relevante porque, además de permitir afirmar que la consideración de una contraprestación económica como prestación patrimonial pública era independiente de la condición (pública o privada) del sujeto que percibe la prestación, permitió también identificar otra de las notas características de las prestaciones patrimoniales públicas, cual es la concurrencia de una finalidad pública a la hora de imponer una prestación coactiva de naturaleza económica.

Se puede decir, en definitiva, que el Tribunal Constitucional ha optado por un concepto material de la coactividad. Como subraya Lozano Serrano<sup>702</sup>, es irrelevante la existencia de un régimen jurídico-público para calificar un ingreso como una prestación patrimonial pública, sino que lo importante es que por los datos fácticos y por las circunstancias concurrentes en la prestación del servicio, el ingreso sea coactivo.

Así pues, tras la STC 185/1995 quedaron sentadas las bases para poder determinar cuándo se está ante una prestación patrimonial de carácter público, ya sea por la utilización de determinados bienes o por la prestación o realización de determinados servicios o actividades:

1º) En el caso de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, el Tribunal Constitucional considera que se está ante una situación de monopolio porque si un particular quiere realizar una actividad sobre estos bienes, forzosamente debe acudir a los mismos. Por ello, el pago por el uso de los bienes demaniales se considera una prestación patrimonial de carácter público sujeta a reserva de ley, porque si el particular quiere usarlos para realizar una actividad, no tiene otra alternativa que no sea obtener una concesión o una autorización y pagar la contraprestación económica establecida de manera unilateral por el poder público<sup>703</sup>.

---

<sup>702</sup> Lozano Serrano, C., "Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público", en *Revista española de Derecho Financiero*, nº 97, 1998, p. 41.

<sup>703</sup> Esta es la situación en la que se encuentran las infraestructuras de transporte que son bienes de dominio público.

2º) En el caso de prestación de servicios o realización de actividades, el Tribunal Constitucional precisa que sólo se admite el pago de precios públicos –y, por consiguiente, la exclusión del régimen de las prestaciones patrimoniales de carácter público– si se cumplen tres condiciones: en primer lugar, que los dos requisitos, la voluntariedad y el no monopolio del sector público, se den de forma cumulativa y no alternativa; en segundo lugar, que la solicitud de prestación del servicio o actividad sea efectivamente libre, esto es, que no sea impuesta legalmente ni se trate de servicios o actividades imprescindibles; y en tercer lugar, que el servicio o actividad no se preste en posición de monopolio. Por consiguiente, todos aquellos servicios o actividades que no sean voluntarios para el particular, o que sean prestados por la Administración en régimen de monopolio, o que sean objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares, darán lugar a una contraprestación económica coactiva que deberá calificarse de prestación patrimonial pública<sup>704</sup>.

La STC 185/1995, en definitiva, tuvo una gran trascendencia porque estableció como criterio delimitador que toda contraprestación económica exigida por un poder público que reuniese la nota de la coactividad debía calificarse –con independencia del *nomen iuris* utilizado– de prestación patrimonial de carácter público y, por mandato del artículo 31.3 de la Constitución, su creación y la determinación de sus elementos esenciales debía establecerse mediante ley<sup>705</sup>. Se impedía así que se pudiese prescindir de la reserva de ley exigida a

---

<sup>704</sup> Esta es la situación en la que todavía se encuentran algunos de los servicios o actividades prestados o realizados en exclusiva por el gestor de las infraestructuras portuarias, ferroviarias y aeroportuarias (directa o indirectamente) que no han sido liberalizados o que, a pesar de haber sido liberalizados, los gestores de estas infraestructuras los asumen ante la falta de concurrencia de la iniciativa privada. Por el contrario, muchos de los servicios o actividades, que antaño eran monopolizados por el poder público, han sido liberalizados y están abiertos a la libre competencia.

<sup>705</sup> Una de las primeras consecuencias de la STC 185/1995 fue la aprobación del Real Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero, sobre determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público gestionadas por la Administración General del Estado y los entes públicos de ella dependientes (BOE de 27 de enero de 1996), con el que se calificaron determinados precios públicos como prestaciones patrimoniales de carácter público, entre ellos los que debían abonarse por la prestación de servicios gestionados por AENA y por la ocupación o aprovechamiento especial del dominio público portuario. Posteriormente, la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público (BOE de 14 de julio de 1998), incluyó en la categoría de prestaciones patrimoniales de carácter público las prestaciones que debían pagarse por la utilización del dominio público aeroportuario y por la prestación de servicios por AENA, y en

las prestaciones patrimoniales públicas por el simple hecho de haberse calificado como precios públicos lo que en realidad eran contraprestaciones económicas coactivas, ni tan siquiera al amparo de una cobertura legal abstracta y genérica<sup>706</sup>. Si una contraprestación económica establecida por el poder público reunía la nota de la coactividad, necesariamente debía ser considerada como una prestación patrimonial de carácter público y sujetarse a la reserva de ley dispuesta en la Constitución (art. 31.3).

## 2. La especial incidencia de la STC 185/1995 en el sector portuario

La doctrina establecida por la STC 185/1995 ha sido reiterada por posteriores sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre; 83/2014, de 29 de mayo; 44/2015, de 5 de marzo; 62/2015, de 13 de abril; 139/2016, de 21 de julio), pero donde ha tenido una especial incidencia por el tema aquí tratado ha sido en el sector portuario, como lo demuestran las diversas sentencias pronunciadas en relación con la ocupación del dominio público portuario y la prestación de servicios portuarios (SSTC 63/2003, de 27 de marzo; 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo; y 101/2009, de 27 de abril).

Siguiendo la tesis establecida en la STC 185/1995, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el canon por la ocupación del dominio público portuario o determinadas tarifas por la prestación de servicios portuarios tienen la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público, sujetas como tales a reserva de ley<sup>707</sup>.

---

general por cualquier utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal.

<sup>706</sup> Para el Tribunal Constitucional, las cosas son lo que son y no lo que se dice que son. No importa el *nomen iuris* atribuido —en este caso, el de precio público—, pues las categorías tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con la configuración y estructura que reciben en el régimen jurídico a que vengan sometidas (STC 296/1994).

<sup>707</sup> Véase en este sentido a González Sanfiel, A.M., “La financiación de la infraestructura portuaria”, comunicación presentada en el XI Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Barcelona-Girona del 26 al 28 de septiembre de 1996, Cedecs, Barcelona, 1998.

El primer pronunciamiento en este sentido se produjo con la STC 63/2003, de 27 de marzo. El asunto tuvo su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con el canon de concesión administrativa para la ocupación del dominio público portuario por considerar que se vulneraba el principio de reserva de ley, dado que la normativa legal aplicable contenía una remisión en blanco a los reglamentos del Gobierno y a las decisiones ministeriales en lo que se refiere a la fijación de las cuantías<sup>708</sup>. El objeto de discusión se centró en determinar si los cánones por ocupación del dominio público portuario (o cánones por concesiones administrativas), calificados como precios públicos por la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989, tenían o no la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público. Y frente al criterio que consideraba que se trataba de precios públicos por basarse en una *“relación contractual y voluntaria”*, el Tribunal Constitucional concluyó que se trataba de verdaderas prestaciones patrimoniales públicas sujetas a reserva de ley, porque se estaba ante una utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público que requería la obtención de una concesión o una autorización otorgada *“en exclusiva”* por un ente público, por lo que la situación debía calificarse de un *“monopolio”*.

La STC 63/2003, en definitiva, valoró que el particular no tenía alternativa: o pagaba la contraprestación económica al ente público gestor del puerto para poder usar el dominio público, o se abstenía de realizar la actividad que se proponía sobre los bienes portuarios, y esta abstención, recuerda el Tribunal Constitucional, no puede equipararse a una *“libre voluntariedad en la solicitud”*. Para el Tribunal, no había voluntariedad en el pago de los cánones por

---

<sup>708</sup> Artículo 9 y disposición transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos (BOE de 3 de julio de 1985), y Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. En particular, el artículo 9 de la Ley 18/1985 dispuso lo siguiente:

*“Las tarifas por servicios generales y específicos y los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas se fijarán y actualizarán anualmente con sujeción a la política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno, y a la normativa general y objetivos anuales de gestión que, en ejecución de esa política, se establezcan por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, tanto para el conjunto del sistema portuario como para cada una de sus Entidades. El citado Departamento establecerá los límites máximos y mínimos de las tarifas correspondientes, con informe preceptivo de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Transportes, Turismo y Comunicaciones. Estos informes serán emitidos en el plazo de un mes, pasado el cual se entenderán evacuados en sentido favorable”.*

ocupación del dominio público portuario, pues se trataba de una situación de monopolio, y por ello calificó estos cánones como prestaciones patrimoniales públicas sujetas a reserva de ley, que si bien era una reserva relativa y admitía la colaboración del reglamento, ello no se podía traducir en una remisión en blanco a la norma reglamentaria, sin fijación alguna de criterios idóneos para cuantificarlos.

El conflicto se volvió a repetir con las SSTC 102/2005, de 20 de abril, 121/2005, de 10 de mayo, y 101/2009, de 27 de abril, aunque en estos casos el objeto de debate no fue el canon por el uso del dominio público portuario, sino las tarifas por la prestación de servicios portuarios y su adecuación al principio de reserva de ley. El Tribunal Constitucional volvió a prescindir del nombre utilizado para estos ingresos –en esta ocasión, una tarifa– y se centró en analizar sus características, en especial, si se daba o no la nota de la coactividad.

En el caso de la STC 102/2005, el asunto también tuvo su origen en una cuestión de inconstitucionalidad, planteada en esta ocasión por el Tribunal Supremo. Al respecto, la redacción originaria de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante<sup>709</sup>, atribuía a las tarifas por la prestación de servicios portuarios<sup>710</sup> la naturaleza de precios privados<sup>711</sup> y facultaba al Ministerio de Obras Públicas y Transportes para

---

<sup>709</sup> BOE de 25 de noviembre de 1992.

<sup>710</sup> Los servicios portuarios a los que se aplicaban las tarifas del artículo 70 de la Ley 27/1992 eran los descritos en el artículo 66 (apartados 1 y 3) de dicha ley, esto es: el practicaje; el remolque portuario; la disponibilidad de las zonas de fondeo y la asignación de puestos de fondeo; el amarre y desamarre de los buques, atraque y, en general, los que afecten al movimiento de las embarcaciones; el accionamiento de esclusas; la puesta a disposición de espacios, almacenes, edificios e instalaciones para la manipulación y almacenamiento de mercancías y vehículos y para el tránsito de éstos y de pasajeros en el puerto; la puesta a disposición de medios mecánicos, terrestres o flotantes para la manipulación de mercancías en el puerto; el suministro a los buques de agua y energía eléctrica y de hielo a los pesqueros; la recogida de basuras y la recepción de residuos sólidos y líquidos contaminantes procedentes de buques, plataformas u otras instalaciones fijas situadas en la mar; los servicios contra incendios, de vigilancia, seguridad, policía y protección civil portuarios, sin perjuicio de los que correspondan al Ministerio del Interior o a otras Administraciones Públicas; y el servicio de señalización marítima.

<sup>711</sup> Antiguamente, la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles (BOE de 29 de enero de 1966), calificaba como tarifas los ingresos que debían percibirse por la prestación de servicios portuarios, regulando alguno de sus elementos esenciales, pero remitiéndose para su fijación a una Orden del Ministerio de Obras Públicas (art. 11). Posteriormente, la aprobación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 comportó que muchos de los ingresos por la prestación de servicios portuarios pasasen a ser

establecer por Orden los límites mínimos y máximos de estas tarifas (art. 70)<sup>712</sup>. El objeto de discusión se centró en determinar si las tarifas por la prestación de servicios portuarios, calificadas como precios privados, tenían o no la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público –con independencia del *nomen iuris* utilizado por el legislador–, sujetas por ello a reserva de ley.

Siguiendo la doctrina sentada por la STC 185/1995, el Tribunal Constitucional recordó una vez más que se estaba ante prestaciones patrimoniales públicas en dos supuestos: en el caso de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público; y en el caso de prestación de servicios o la realización de actividades cuando concurrían alguna de las circunstancias antes citadas: que fuesen de solicitud o recepción obligatoria; que fuesen realizadas por el poder público en régimen de monopolio de hecho o de derecho; o que fuesen objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares, de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar.

La STC 102/2005 concluyó que las tarifas por la prestación de servicios portuarios, a pesar de haber sido calificadas de precios privados por el legislador, eran prestaciones patrimoniales públicas cuando se trataba de servicios monopolizados por la Administración, en los que el particular sólo tenía la opción de no recibir el servicio o pagar la tarifa impuesta unilateralmente para recibirlo. Además, tuvo en cuenta que algunas de las

---

precios públicos, y finalmente la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante de 1992 los calificó de precios privados.

<sup>712</sup> El artículo 70 de la Ley 27/1992 dispuso lo siguiente:

*“1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados.*

*2. El Ministro de Obras Públicas y Transportes establecerá, a propuesta de Puertos del Estado y oídas las Asociaciones de usuarios de ámbito estatal directamente afectadas, los límites mínimos y máximos de las tarifas por los servicios portuarios prestados en puertos de competencia del Estado a que se refiere el apartado anterior.*

*3. Las tarifas por los servicios portuarios que presten las Autoridades Portuarias se actualizarán con periodicidad anual, de acuerdo con la evolución de los diferentes componentes del coste de los servicios y con los criterios de política portuaria que se establezcan.*

*4. El tráfico portuario que utilice instalaciones en régimen de concesión administrativa construidas o no por particulares, estará sujeto al pago a la Autoridad Portuaria correspondiente de las tarifas que se establezcan en las cláusulas concesionales, con las bonificaciones y exenciones que vengan determinadas en las mismas”.*

tarifas por la prestación de estos servicios implicaban el ejercicio de autoridad (señalización marítima, servicios generales de policía) o el uso del dominio público portuario (señalización marítima nuevamente, aguas del puerto, zonas de fondeo, lugares de atraque, muelles, dársenas, etc.).

Por ello, al tratarse de prestaciones patrimoniales públicas, el modelo de tarifas por la prestación de servicios portuarios diseñado por la Ley 27/1992 (art. 70) se consideró contrario al principio de reserva de ley, dado que no se establecía en la ley ningún criterio para cuantificar estas tarifas, ni límites máximos o mínimos, sino que se dejaba a la entera libertad del Ministerio.

A la misma conclusión llegó el Tribunal Constitucional en su STC 121/2005, que tuvo que pronunciarse sobre la nueva redacción del artículo 70 de la Ley 27/1992 dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre<sup>713</sup>, al plantearle la Audiencia Nacional una cuestión de inconstitucionalidad. En la medida en que el precepto mantuvo el mismo régimen jurídico de las tarifas aplicables a los servicios portuarios, persistiendo en el error de no regular en la ley los elementos esenciales de las mismas –continuaba remitiéndose a lo que estableciese el Ministerio–, la STC 121/2005 declaró su inconstitucionalidad por no respetar el principio de reserva legal exigible a las prestaciones patrimoniales públicas. El Tribunal reiteró que es irrelevante el nombre que se le quiera dar a la contraprestación económica (tarifa en este caso), sino que lo relevante es su naturaleza y para ello volvió a recordar los criterios

---

<sup>713</sup> BOE de 30 de diciembre de 1997. El artículo 70 quedó redactado así:

*“1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados y deberán garantizar el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas.*

*El Ministro de Fomento definirá los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario, así como sus elementos esenciales.*

*2. Las Autoridades Portuarias aprobarán sus tarifas conforme a los criterios de rentabilidad que se establezcan, que en cualquier caso será positiva, y a las estrategias comerciales de cada Autoridad Portuaria.*

*Dichas tarifas se actualizarán con periodicidad anual, de acuerdo con la evolución de los diferentes componentes del coste de los servicios y con los criterios de política portuaria que se establezcan.*

*3. El tráfico portuario que utilice instalaciones en régimen de concesión administrativa construidas o no por particulares estará sujeto al pago a la Autoridad Portuaria correspondiente de las tarifas que se establezcan en las cláusulas concesionales, con las bonificaciones y exenciones que vengan determinadas en las mismas”.*

mencionados para determinar cuándo se está ante una prestación patrimonial pública, en particular, la nota de la coactividad.

Finalmente, la STC 101/2009 reiteró una vez más que las tarifas por servicios portuarios eran prestaciones patrimoniales públicas cuando dichos servicios se prestan en régimen de monopolio o cuando comportan la utilización u ocupación de los bienes o instalaciones portuarias. El caso tuvo su origen en una nueva cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en esta ocasión en relación con las tarifas por servicios portuarios generales –la otra cuestión planteada por el mismo Tribunal, resuelta por la citada STC 63/2003, se refería al canon de concesión administrativa para la ocupación del dominio público portuario. Como ya había dicho la STC 102/2005, estas tarifas se referían a servicios que implicaban el ejercicio de autoridad o el uso del dominio público portuario. Se daba, en definitiva, una situación de monopolio de derecho a favor del Estado, en la que el particular no tenía otra opción que pagar la contraprestación económica impuesta unilateralmente para poder recibir el servicio o bien abstenerse de recibirlo, lo cual, a criterio reiterado del Tribunal, no supone una libertad “*real y efectiva*” porque en realidad no se tiene alternativa donde escoger.

### **3. Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la reserva relativa de ley**

Las prestaciones patrimoniales públicas pueden tener naturaleza tributaria o no tributaria. El artículo 31.3 de la Constitución se refiere a ambas al ocuparse de las prestaciones patrimoniales públicas con carácter general, mientras que los artículos 31.1 y 133.1 del mismo texto se refiere a una modalidad de aquéllas como son los tributos. Como ya dijo la STC 185/1995, “*la aplicación de un criterio de interpretación sistemático tendente a evitar la redundancia del constituyente, lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión “tributos” del art. 133.1 C.E. y la más genérica de “prestaciones patrimoniales de carácter público” del art. 31.3 C.E.*”. Así pues, dentro del concepto de prestaciones patrimoniales públicas del artículo 31.3 de la



Constitución se incluyen las que tienen naturaleza tributaria (tasas, contribuciones especiales e impuestos) y las que no tienen tal naturaleza (STC 63/2019, de 9 de mayo).

Por lo que se refiere a las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, la STC 182/1997 ya apuntó algunas de sus características. Según esta sentencia, las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias se caracterizan, como las tributarias, por ser coactivas y por perseguir una finalidad pública, y se diferencian en que, por contraposición con las de carácter tributario, no tienen por finalidad contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

En estén sentido, la STC 167/2016, de 6 de octubre, recordó que *“calificada una determinada prestación como patrimonial de carácter público, además, tendrá naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, “se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 6), “sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica” (SSTC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4)”*. Por el contrario, refiriéndose a las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, esta STC 167/2016 indicó que *“hemos manifestado que “no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando con ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación” (STC 83/2014, FJ 3), sino que nos hallamos ante una medida adoptada por el Estado al margen de su poder tributario (art. 133.1 CE) cuyos destinatarios son llamados a su cumplimiento no como contribuyentes (en el seno de una relación jurídico tributaria), sino en el marco, al que antes hemos hecho referencia, de su relación económica con el Estado dentro de un sector regulado (...), relación de la que pueden surgir tanto derechos como cargas que asumir”*.

Ambos tipos de prestaciones patrimoniales públicas (tributarias y no tributarias) deben establecerse por ley por mandato expreso del artículo 31.3 de la Constitución, que no distingue en este extremo. Sin embargo, existe un matiz importante: el artículo 31.3 de la Constitución establece que las prestaciones patrimoniales públicas deberán establecerse *“con arreglo a la ley”*, mientras que, en el caso de los tributos, el nivel de exigencia es mayor al prever el artículo 133.1 de la Constitución que su establecimiento debe hacerse *“mediante ley”*.

Esto es importante y ha dado lugar a que la doctrina y el Tribunal Constitucional hayan matizado la exigencia de reserva de ley en función de si se trata de prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza tributaria o no tributaria, e incluso se ha dicho que, dentro de las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza tributaria, la exigencia de reserva de ley no es la misma según se esté ante un tributo o una tasa (STC 63/2019). Se trata, en definitiva, de una reserva de ley relativa que varía en función del tipo de prestación patrimonial pública. En este sentido, Aguallo Avilés<sup>714</sup> ya apuntó que no existe una reserva de ley única, de idéntico alcance, cualquiera que sea la prestación patrimonial pública.

Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución es relativa (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 6/1983, de 4 de febrero; y 19/1987, de 17 de febrero). En la STC 185/1995 se puso de manifiesto que *“es ya una doctrina consolidada en la jurisprudencia del Tribunal la de que la reserva que resulta del art. 31.3 C.E. es una reserva relativa de Ley que no puede ser equiparada a la que deriva del art. 133.1 C.E., siendo su alcance mucho más reducido puesto que, como es evidente, la vinculación que para el legislador deriva de la fórmula “mediante ley” del art. 133.1 C.E. es mucho más intensa que la resultante de la de “con arreglo a la Ley” del art. 31.3 C.E.”*.

---

<sup>714</sup> Aguallo Avilés, A., *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, op. cit., pp. 300-306.

Se exige, en cualquier caso, que la creación de las prestaciones patrimoniales públicas y la determinación de sus elementos esenciales se contenga en la ley, ya sean de naturaleza tributaria o no tributaria. Así, la STC 185/1995, refiriéndose a las prestaciones patrimoniales públicas tributarias, ya apuntó que *“la reserva de ley en materia tributaria exige que “la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo” debe llevarse a cabo mediante una ley (SSTC 37/1981, 6/1983, 179/1985, 19/1987)”*, añadiendo que *“se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que “sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley” y siempre que la colaboración se produzca “en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad” (entre otras, SSTC 37/1981, 6/1983, 79/1985, 60/1986, 19/1987, 99/1987)”*.

En definitiva, se admite la colaboración del reglamento para especificar los factores técnicos de las prestaciones patrimoniales públicas, que puede incluso concretar las cuantías de cada prestación por estar éstas estrechamente vinculadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades (STC 73/2011, de 19 de mayo), y esta colaboración, como remarcó la STC 185/1995, puede variar en función del tipo de prestación patrimonial pública: *“El alcance de la colaboración estará en función de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas (SSTC 37/1981 y 19/1987)”*.

En cualquier caso, la colaboración del reglamento no puede suponer una degradación de la reserva que la Constitución realiza a favor del legislador en esta materia, por lo que la colaboración admitida del reglamento debe producirse, como se advertía, *“en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad”* (SSTC 185/1995 y 150/2003, de 15 de junio). Ello se traduce, por un lado, en la necesidad de que la ley fije en todo momento los criterios o límites que debe respetar el reglamento con el fin de impedir que la actuación de la Administración sea libre, y por el otro, en la obligación de

respetar el principio de reserva de ley en lo que se refiere a la creación *ex novo* de las prestaciones patrimoniales públicas y a la regulación de sus elementos esenciales (el hecho imponible, la base imponible, el tipo aplicable, los sujetos activo y pasivo, las exenciones y el procedimiento de liquidación y recaudación).

En particular, por lo que se refiere a las cuantías de las prestaciones patrimoniales públicas, el Tribunal Constitucional ha destacado que cuando se refieren a relaciones de carácter sinalagmático, como serían los cánones por la utilización del dominio público o la prestación de un servicio o actividad administrativa, la colaboración del reglamento puede ser más intensa: *“En el supuesto de las contraprestaciones fruto de la utilización de un bien de dominio público o de la prestación de un servicio o actividad administrativa, esta colaboración puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías -estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades- y de otros elementos de la prestación dependientes de las específicas circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades”* (STC 185/1995). La cuantía, insiste esta sentencia, *“constituye un elemento esencial de toda prestación patrimonial con lo que su fijación y modificación debe ser regulada por ley”*, pero añade que *“Ello no significa, sin embargo, que siempre y en todo caso la ley deba precisar de forma directa e inmediata todos los elementos determinantes de la cuantía”*.

Lo que en cualquier caso se prohíben, según la STC 185/1995, son remisiones a normas reglamentarias que vacíen de contenido la competencia del legislador: *“la reserva establecida en el art. 31.3 C.E. no excluye la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, siempre que tales remisiones no provoquen, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador (STC 19/1987)”*. Por ello, el Tribunal Constitucional exige que la ley establezca *“los criterios o límites (...) que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en actuación libre o no sometida a límite”* (STC 185/1995), o, en otras palabras, se trata de que la actuación de la Administración no sea *“el*

*resultado de una decisión antojadiza, caprichosa, en definitiva, arbitraria” (STC 233/1999). Para el Tribunal Constitucional, el establecimiento de criterios idóneos garantiza que la Administración va a adoptar “una decisión suficientemente predeterminada” (STC 102/2005).*

Así pues, como recordó la STC 63/2003, *“el hecho de que la ley permita que normas reglamentarias fijen la cuantía de la prestación patrimonial de carácter público no vulnera por sí misma el principio de reserva de ley”,* si bien, la ley debe fijar *“los criterios idóneos para cuantificar las prestaciones tributarias”,* que pueden ser unos límites máximo y mínimo (STC 233/1999). Según reiteró la STC 63/2003, *“la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley”.*

Por otro lado, la STC 167/2016 ha dejado entrever que la reserva de ley es todavía más relativa en el caso de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias. En este sentido, el Tribunal manifestó que *“El hecho de que la prestación regulada en la norma controvertida no tenga carácter tributario excluye que deba analizarse a la luz de los principios del art. 31.1 CE, en cuanto recoge los “criterios inspiradores del sistema tributario siendo exigibles, aunque con diferente intensidad, respecto de las prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria, y no, en consecuencia, de cualquier prestación patrimonial” (STC 83/2014, FJ 6)”.*

### **III. El sistema de ingresos portuarios, ferroviarios y aeroportuarios vigente en España por el uso de las infraestructuras de transporte**

Los ingresos que se perciben por el acceso y utilización de las infraestructuras portuarias, ferroviarias y aeroportuarias siguen el modelo de las prestaciones patrimoniales públicas. Ello es así porque confluyen dos elementos fundamentales: un monopolio público sobre los bienes y una imposición coactiva de los precios a pagar por el acceso y utilización de los mismos.

Así, en primer lugar, los precios que se pagan por el acceso y utilización de las infraestructuras de transporte se refieren a unos bienes que o son dominio público (caso de los bienes portuarios y ferroviarios) o, a pesar de no serlo, son igualmente un monopolio en manos del poder público a través de una sociedad mercantil estatal (caso de los bienes aeroportuarios). Se trata, además, de unos bienes que son indispensables e imprescindibles para que se puedan desarrollar las actividades de transporte, pues estas actividades necesariamente deben realizarse sobre estos bienes y no existen alternativas a los mismos.

En segundo lugar, los precios que se pagan por el acceso y utilización de las infraestructuras de transporte resultan ser una imposición coactiva del poder público sobre el usuario. Se crean por la ley y su actualización o modificación sigue fórmulas predeterminadas en la ley, de modo que el administrador de la infraestructura prácticamente se limita a liquidarlos y cobrarlos, sin ninguna capacidad para negociarlos con sus usuarios o de adaptarlos a las necesidades de explotación comercial de la infraestructura.

Sin embargo, lo anterior debe matizarse, pues mientras que en el caso de las infraestructuras ferroviarias y los puertos los precios que se pagan por el acceso y utilización son prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario (tasas), en el caso de los aeropuertos actualmente se han configurado como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias. Ambos tipos de prestaciones patrimoniales están sujetas a reserva relativa de ley, si bien en el caso de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias esta relatividad es mayor, según se vio, al referirse a relaciones de carácter sinalagmático.

Las líneas que siguen analizan los ingresos portuarios, ferroviarios y aeroportuarios vigentes en España por el acceso y uso de las infraestructuras de transporte, aunque para tener una visión de conjunto de todo el sistema de ingresos, también se dan algunas pinceladas sobre los ingresos por la prestación de servicios en estas infraestructuras.

## 1. Los ingresos del gestor portuario

### 1.1 Antecedentes

La percepción de contraprestaciones económicas por el uso de los puertos es tan antigua como la existencia misma de estas infraestructuras. Según se apuntó en el capítulo primero al hablar de los puertos en el Derecho romano, junto a la obligación de todos los ciudadanos de contribuir a las obras de reparación o construcción de puertos, murallas y acueductos de las ciudades, se previó asimismo que las autoridades romanas cobrasen un impuesto sobre la pesca y las mercancías descargadas en los puertos, denominado *portorium*<sup>715</sup>, que se concibió como el pago por el uso público de estos bienes, destinado a financiar las obras de mantenimiento y reparación.

Durante la Edad Media, época en la que los puertos se consideraban regalías de la Corona, la construcción y mantenimiento de las escasas infraestructuras iba a cargo de los municipios, a los que la Corona les otorgaba el privilegio de establecer determinados tributos para financiarlas (derechos de anclaje, diezmo real, almirantazgo)<sup>716</sup>.

Fue a partir del siglo XVI que el Estado empezó a incrementar paulatinamente su intervención en los puertos, hasta ese momento bajo el control de los entes locales, con el fin de dotarse de unas infraestructuras mejores que garantizaran la protección militar de las costas y el comercio con América, y ello se concretó en una mayor intervención pública no sólo en su construcción y administración, sino también en la prestación de determinados servicios a sus usuarios. Esta mayor intervención estatal en los puertos exigía a cambio el cobro de determinadas prestaciones económicas, si bien el modelo que se consolidó se basó en un conjunto de disposiciones particulares, privilegios y concesiones reales a favor de ciudades, juntas de comercio locales o gremios, entre otras corporaciones.

---

<sup>715</sup> Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, *op. cit.*, pp. 204.

<sup>716</sup> *Ibid.*, pp. 90-131.

El incremento de la intervención estatal fue especialmente significativo a partir del siglo XVIII cuando se aprobaron la Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718<sup>717</sup> y la Real Orden de 8 de febrero de 1781<sup>718</sup>, que impusieron la proyección y dirección facultativa de las obras portuarias por parte de los ingenieros estatales, incluso si las obras portuarias eran financiadas por las corporaciones locales<sup>719</sup>.

El Real Decreto de 17 de diciembre de 1851<sup>720</sup> trató de poner fin a la situación de dispersión que se ha descrito y unificar el sistema financiero de los puertos al prever que, como contrapartida por su administración, la prestación de servicios y la realización de obras de conservación y mantenimiento, el Estado o los municipios (según fuesen puertos de interés general o de interés local) podían percibir dos únicos impuestos, el de fondeadero y el de carga y descarga<sup>721</sup>, que se unían a otro impuesto existente como era el impuesto de

---

<sup>717</sup> *Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718, para los Ingenieros, y otras personas, dividida en dos partes: En la primera se trata de la formación de Mapas, o Cartas Geográficas de Provincias, con observaciones y notas sobre los Ríos que se pudieran hacer navegables, Cequias para Molinos, Batanes, Riegos, y otras diversas diligencias dirigidas al beneficio universal de los Pueblos; y asimismo al reconocimiento y formación de Planos, y Relaciones de Plazas, Puertos de Mar, Bahías, y Costas, y de los reparos, y nuevas obras que necesitaren, con el tanteo de su coste; En la segunda se expresan los reconocimientos, tanteos y formalidades con que se han de proponer, determinar y executar las obras nuevas, y los reparos que fueren precios en las Fortificaciones, Almacenes, Cuarteles, Muelles y otras Fábricas Reales, y sobre conservación de las Plazas, y Puertos de Mar.* Puede consultarse en la *Colección general de las ordenanzas militares, sus innovaciones y aditamentos, dispuesta en diez tomos, con separación de clases, por don Joseph Antonio Portugués*, Tomo VI (Artilería e Ingenieros), Madrid, 1765, pp. 753-792.

<sup>718</sup> Real Orden de 8 de febrero de 1781, que aprobó las *Reglas que se han de observar en las obras de los puertos marítimos a costa de los Propios y Arbitrios de los pueblos.*

<sup>719</sup> Según relata Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 133-137, hasta la segunda mitad del siglo XVIII eran los entes locales los que asumían la administración y la prestación de servicios en los puertos y los que aportaban recursos para su financiación, pero sus escasos recursos impedían que pudieran asumir las obras de construcción, conservación y mejora, lo que se substituyó con las aportaciones que hicieron organizaciones de tipo corporativo (gremios, colegios de mercaderes, etc.). Era un sistema dualista porque el sostenimiento económico no recaía en exclusiva sobre las rentas que pagaban los usuarios del puerto, sino también sobre la Hacienda Pública, que se nutría especialmente de las imposiciones establecidas sobre la población donde radicaba el puerto.

<sup>720</sup> Gaceta de Madrid de 25 de diciembre de 1851.

<sup>721</sup> Las modalidades de impuestos fueron variando en años sucesivos, pero en general trataron de gravar la carga y descarga de mercancías y el embarque y desembarque de pasajeros. Poco después de aprobarse el Real Decreto de 17 de diciembre de 1851, el Decreto-ley de 22 de noviembre de 1868 (véase a Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, op. cit., pp. 148) substituyó los impuestos de fondeadero y de carga y descarga por un único impuesto de descarga y añadió otro impuesto sobre el



faros<sup>722</sup>. Es lo que Trias Prats<sup>723</sup> define como el paso de un modelo de administración local, caracterizado por la existencia de una amplia variedad de impuestos o arbitrios locales, a un modelo de administración estatal con dos únicos impuestos generales para todos los puertos, aunque, de manera incongruente con el modelo diseñado, se admitía la posibilidad de establecer nuevos impuestos especiales en cada localidad.

La Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880<sup>724</sup>, en paralelo a la consolidación de la intervención del Estado en este sector, dio un mayor protagonismo a la financiación de las obras portuarias a través de los Presupuestos Generales del Estado, aunque también reiteró la posibilidad de establecer impuestos especiales en las localidades donde se ubicaban los puertos con el fin de financiar las obras (arts. 25 y 26). Y en cuanto a los servicios, la Ley se remitía al Reglamento de servicio y policía que debía ser aprobado por el Ministerio de Fomento para cada puerto (art. 35). Posteriormente, el Reglamento general para la organización y régimen de las Juntas de obras de puertos de 11 de enero de 1901<sup>725</sup> precisó que eran estas Juntas de obras –con posterior aprobación del Gobernador Civil– las que se encargaban de establecer y modificar en el puerto que administraban las distintas tarifas que se iban a aplicar por la ocupación de superficies portuarias o por la prestación de servicios (art. 24). En la práctica, la prestación de servicios corría a cargo mayoritariamente de la iniciativa privada, pero existía una intervención pública encaminada a reglamentar estos servicios, autorizar su prestación y sujetarlos a la potestad tarifaria de la Administración, intervención pública que con los años se fue ampliando al asumir la Administración, a través de los

---

transporte de viajeros. Luego la Ley de 20 de marzo de 1900 (Gaceta de Madrid de 25 de marzo de 1900) unificó los impuestos de carga y descarga y embarque y desembarque en un único impuesto de transportes, que gravaba los pasajeros y las mercancías, al que posteriormente se añadió el impuesto sobre el tonelaje creado por la Ley de 14 de junio de 1909 (Gaceta de Madrid de 17 de junio de 1909).

<sup>722</sup> Tras la aprobación del *Plan general de alumbrado marítimo de las costas y puertos de España e islas adyacentes* (Real Decreto de 13 de septiembre de 1847, publicado en la Gaceta de Madrid de 16 de septiembre de 1847), la Ley de 11 de abril de 1849 (Gaceta de Madrid de 15 de abril de 1849) implantó el impuesto de faros en substitución de los arbitrios de fanal y linterna.

<sup>723</sup> Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, *op. cit.*, pp. 32 y 145.

<sup>724</sup> Gaceta de Madrid de 8 de mayo de 1880.

<sup>725</sup> Real Decreto de 11 de enero de 1901 (Gaceta de Madrid de 12 de enero de 1901).

Reglamentos de servicios de cada puerto, la explotación de estos servicios, por los que percibía distintas tarifas<sup>726</sup>.

En definitiva, tras la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, se impuso un sistema dual que combinaba, por un lado, la financiación de las infraestructuras portuarias a cargo de los Presupuestos Generales del Estado o los impuestos especiales, y por el otro, el pago de tarifas por la prestación de servicios a los usuarios del puerto, que continuaban siendo distintas en cada puerto. A pesar del intento del citado Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 de poner fin al modelo heterogéneo de tarifas vigente en cada puerto, lo cierto es que a principios del siglo XX se mantenía una falta de uniformidad del sistema tarifario aplicable en los puertos españoles. Así lo atestigua la Ley de Juntas de obras de puertos de 7 de julio de 1911<sup>727</sup>, que se hizo eco de esta problemática y trató de remediarla encomendando al Ministerio de Fomento una revisión de todo el sistema tarifario vigente en cada puerto, *“a fin de evitar las desigualdades que resulten en beneficio de alguno, con perjuicio de los demás”* (art. 8).

La Ley de Puertos de 19 de enero de 1928<sup>728</sup> no alteró el esquema descrito: continuó vigente el sistema dual que combinaba la financiación de las obras portuarias a través de los Presupuestos Generales del Estado y la previsión de distintas tarifas en cada puerto por la prestación de servicios<sup>729</sup>.

De hecho, la unificación del sistema tarifario de los puertos que había sido anunciada en la Ley de Juntas de obras de puertos de 7 de julio de 1911 no se consiguió hasta la aprobación años más tarde del Decreto de 12 de noviembre

---

<sup>726</sup> Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>727</sup> Gaceta de Madrid de 8 de julio de 1911.

<sup>728</sup> Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928 (Gaceta de Madrid de 20 de enero de 1928).

<sup>729</sup> En el marco de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 se aprobó la Orden de 10 de noviembre de 1928 (véase Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, *op. cit.*, pp. 119-121). La Orden previó que los entes portuarios ponían a disposición de los usuarios las obras e instalaciones portuarias y prestaban determinados servicios, pero además admitió la concurrencia de las empresas privadas –previa habilitación para ocupar el dominio público– en la prestación de servicios portuarios –salvo exclusión de la iniciativa privada para determinados servicios–, que quedaban sujetas a la potestad tarifaria de la Administración.

de 1948<sup>730</sup>, que según su exposición de motivos, pretendía sustituir el sistema heterogéneo de tarifas existentes y unificarlas para evitar diferencias entre puertos de la misma zona. La norma reglamentaria estableció que, a partir de ese momento, las tarifas portuarias por la utilización de infraestructuras serían las de embarque y desembarque de pasajeros, uso general del puerto, muellaje (carga y descarga de mercancías), arbitrio sobre el valor de la pesca, petróleos y arbitrio sobre lavado de minerales y carbones. El Decreto de 12 de noviembre de 1948, en definitiva, fue el primer intento de unificación del sistema tarifario aplicado en los puertos, aunque parcial porque se limitaba a las tarifas por la utilización de las infraestructuras portuarias, quedando excluidas las tarifas por la prestación de servicios, que se continuaron rigiendo por el Reglamento de servicios de cada puerto.

Con la aprobación de la Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de las tasas y exacciones parafiscales, no sólo se definieron como tasas los ingresos exigidos por el Estado a los ciudadanos por la utilización del dominio público, la prestación de un servicio público o la realización por la Administración de una actividad que les beneficiaba (art. 1)<sup>731</sup>, sino que además se obligó a convalidar por Decreto, en un plazo transitorio de seis meses, todas aquellas tasas establecidas con anterioridad sin cobertura legal, transcurrido el cual sin aquella convalidación quedarían automáticamente suprimidas (disposiciones transitorias 1ª y 2ª)<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> Decreto de 12 de noviembre de 1948, por el que se aprueban las tarifas que se transcriben y el repertorio de mercancías anexo a las mismas por servicios indirectos en los puertos administrados por Juntas de Obras y Servicios o por Comisiones Administrativas de Puertos (BOE de 24 de noviembre de 1948).

<sup>731</sup> El mismo esquema se iba repetir en el artículo 26.1.a) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y en el artículo 1 del Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de Tasas Fiscales.

<sup>732</sup> Sin ánimos de ser exhaustivos, en 1960 se publicaron varios Decretos que convalidaron distintas tasas relacionadas con la actividad portuaria: Decreto 134/1960, de 4 de febrero, por el que se convalida el canon de ocupación o aprovechamiento (BOE de 5 de febrero de 1960); Decreto 138/1960, de 4 de febrero, por el que se convalida la tasa por explotación de obras y servicios (BOE de 5 de febrero de 1960); Decreto 307/1960, de 25 de febrero, por el que se convalida la exacción denominada "*Canon sobre la exportación al interior de pescado fresco*" (BOE de 2 de marzo de 1960); Decreto 313/1960, de 25 de febrero, por el que se convalida la exacción denominada "*Sexto de Practicajes*" (BOE de 2 de marzo de 1960). No obstante, la convalidación a la que hacía referencia la Ley de 26 de diciembre de 1958 no abarcaba las tasas y exacciones parafiscales cuya creación se había amparado en una previsión legal. Aquí se incluían las tarifas por servicios indirectos (uso de infraestructuras), las tarifas por servicios directos (prestación de servicios) y el impuesto especial de carga y descarga, que se habían creado al amparo de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 (arts. 26 y 35), la Ley de Juntas

Con este nuevo marco jurídico, se aprobó la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, que no sólo unificó en una única norma las distintas tasas (cánones) y tarifas que se podían percibir por la utilización de las infraestructuras portuarias y por la prestación de servicios, sino que, además, por primera vez se previó en nuestro país una regulación detallada de los servicios que se prestaban en los distintos puertos y las tarifas correspondientes. Hasta la aprobación de esta Ley, distintas normas se habían ocupado de las contraprestaciones económicas a pagar por el uso de infraestructuras (denominados servicios indirectos), pero las tarifas por la prestación de servicios (servicios directos), o incluso la concreción de cuáles eran estos servicios, era una cuestión que históricamente se había dejado en manos del Reglamento de servicios de cada puerto.

Esta Ley se propuso que los ingresos obtenidos por la prestación de servicios directos e indirectos y el impuesto especial de carga y descarga cubriesen los gastos de explotación y conservación de los puertos, la depreciación y un rendimiento razonable de las inversiones<sup>733</sup>. Se imponía así que el conjunto de tarifas por la prestación de servicios y cánones por la ocupación del dominio público respondiera al principio de rentabilidad (art. 3), esto es, que sirviesen para costear los gastos de explotación y conservación y al mismo tiempo generasen un beneficio razonable, aunque se mantuvo el sistema dual vigente

---

de obras de puertos de 7 de julio de 1911 (arts. 4 y 8) y la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 (art. 24). La cuestión se clarificó tras la reforma del sistema tributario operada por la Ley 41/1964, de 11 de junio (BOE de 13 de junio de 1964), que obligó (art. 224) a adaptarlas, antes del 1 de enero de 1965, al régimen de la Ley de 26 de diciembre de 1958, lo cual tuvo lugar mediante la aprobación del Real Decreto 4231/1964, de 17 de diciembre, de regulación de las tasas denominadas "*Tarifas por servicios indirectos. Tarifas por servicios directos e Impuesto especial a carga y descarga*" aplicadas en los puertos españoles (BOE de 11 de enero de 1965).

<sup>733</sup> Si, tras cubrir los gastos del puerto, había excedentes en los fondos recaudados en cada puerto, éstos debían integrarse en dos fondos creados por la Ley, en el porcentaje que determinase el Gobierno para cada puerto: el Fondo de regulación, destinado a atender la insuficiencia del rendimiento de la explotación, y el Fondo para reparaciones extraordinarias e imprevistas. Dichos Fondos fueron substituidos en la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985 (BOE de 31 de diciembre de 1984) por el Fondo de Regulación y Administración General del Sistema Portuario y por el Fondo de Compensación, que se nutrían con la aplicación de los porcentajes que determinase el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Por otro lado, los excedentes en los fondos también podían ser destinados, en aplicación de la Ley 1/1966, a la ampliación y mejora de las instalaciones hasta el límite de inversión fijado por el Gobierno en el Plan financiero, y el resto de excedentes –si había– se ingresaba en el Tesoro Público.

hasta ese momento porque la financiación de nuevas infraestructuras (creación, ampliación y mejora de puertos) iba a cargo no sólo de los recursos propios de los gestores portuarios, sino también –y principalmente– de los Presupuestos Generales del Estado (art. 5).

La Ley 1/1966 distinguió entre tarifas por servicios prestados por los organismos portuarios, que podían ser servicios generales<sup>734</sup> y servicios específicos<sup>735</sup>, y cánones por concesiones y autorizaciones administrativas<sup>736</sup>. Los servicios generales y específicos (entrada de buques, atraque, embarque,

---

<sup>734</sup> En el caso de los servicios generales (arts. 7.A y 8), las tarifas que se podían percibir eran la tarifa de entrada y estancia de barcos en los puertos, que grababa la utilización de señales marítimas y balizamiento, canales de acceso, esclusas y puentes móviles, obras de abrigo y zonas de fondeo (Tarifa G-uno); la tarifa de atraque, que grababa la utilización de las obras de atraque y los elementos fijos de amarre y defensa (Tarifa G-dos); la tarifa de embarque, desembarque y transbordo de mercancías y pasajeros, que grababa la utilización de las estaciones marítimas, las zonas de manipulación y dársenas, con sus servicios generales de policía (Tarifa G-tres); la tarifa de pesca marítima, que grababa la entrada, estancia, atraque, embarque, desembarque y transbordo en dársenas y zonas de manipulación en muelles pesqueros o habilitados con sus servicios generales de policía (Tarifa G-cuatro); y la tarifa de vehículos industriales, que grababa la utilización de zonas portuarias por estos vehículos con medios propios de manipulación de mercancías (Tarifa G-cinco). Algunas de estas tarifas fueron modificadas por la Ley 18/1985, de 1 de junio, por la que se modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles (BOE de 3 de julio de 1985). A partir de esta reforma, las tarifas por servicios generales fueron la tarifa de entrada y estancia de barcos en los puertos (Tarifa G-uno); la tarifa de atraque (Tarifa G-dos); la tarifa de mercancías y pasajeros (Tarifa G-tres); la tarifa de pesca fresca (Tarifa G-cuatro); y la tarifa de embarcaciones deportivas y de recreo (Tarifa G-cinco).

<sup>735</sup> En el caso de los servicios específicos (arts. 7.B y 8), las tarifas que se podían percibir eran la tarifa de equipo, que grababa la utilización de los distintos elementos, maquinaria, instalaciones y material diverso que constituyen el utillaje del organismo portuario (Tarifa E-uno); la tarifa de almacenes, locales y edificios, que grababa la utilización de explanadas, cobertizos, tinglados, almacenes, depósitos locales y edificios con sus servicios generales de policía, no explotados en régimen de concesión (Tarifa E-dos); la tarifa de suministros, que grababa el valor de los productos de energía suministrados y la utilización de las instalaciones para la prestación de los mismos (Tarifa E-tres); la tarifa de instalaciones para la reparación de embarcaciones, que grababa la utilización de los elementos, maquinarias y servicios de la instalación (Tarifa E-cuatro); la tarifa de servicios diversos habituales, que grababa la prestación de los restantes servicios habituales, especificados en las tarifas de cada puerto (Tarifa E-cinco); la tarifa de servicios eventuales, que grababa la prestación de otros servicios no enumerados (Tarifa E-seis); y la tarifa de embarcaciones deportivas y cruceros turísticos, que grababa la prestación de servicios generales a yates de recreo, embarcaciones deportivas y cruceros turísticos (Tarifa especial). Algunas de estas tarifas fueron modificadas por la Ley 18/1985, de 1 de junio, por la que se modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles (BOE de 3 de julio de 1985). A partir de esta reforma, las tarifas por servicios específicos fueron la tarifa de grúas de pórticos (Tarifa E-uno); la tarifa de almacenes, locales y edificios (Tarifa E-dos); la tarifa de suministros (Tarifa E-tres); y la tarifa de servicios diversos (Tarifa E-cuatro).

<sup>736</sup> En el caso de los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas (art. 14), se grababa la concesión o autorización para la ocupación de superficie de dominio público en las zonas portuarias, el derecho de utilización de instalaciones portuarias en circunstancias especiales, la prestación de servicios públicos, así como el ejercicio de actividades comerciales e industriales en la zona portuaria por personas y entidades ajenas a sus organismos gestores.

desembarque, transbordos, uso de espacios e instalaciones portuarias, suministros, etc.) englobaban aquellos servicios típicamente portuarios, que eran esenciales para permitir la explotación del puerto y la realización de actividades portuarias, y cuya prestación requería como contrapartida el pago de una tarifa. Las demás actividades no comprendidas en estos servicios prestados por los organismos portuarios, que se podían desarrollar por particulares dentro del puerto, requerían la obtención de una concesión o autorización para ocupar el dominio público portuario a cambio de pagar un canon. Sobre estos servicios prestados por particulares, debe significarse que era precisamente la ocupación del dominio público lo que brindaba a la Administración un título de intervención sobre las actividades que sobre él se desarrollaban<sup>737</sup>, que incluía la potestad de la Administración de fijar las tarifas que los concesionarios podían percibir.

Así pues, la retribución que diseñó la Ley 1/1966 por el acceso a las infraestructuras portuarias y por la prestación de determinados servicios vinculados a dicho acceso pivotaba sobre dos ejes fundamentales: la utilización del dominio público portuario y la prestación de servicios públicos, exigiéndose, respectivamente, el pago de cánones y tarifas.

Pero, a pesar de la terminología utilizada –cánones y tarifas–, quedaba claro que ambos ingresos sometidos al Derecho público eran tasas, en aplicación de la Ley reguladora de las tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958, la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y el Texto refundido de Tasas Fiscales de 1 de diciembre de 1966, que incluían en esta categoría los ingresos exigidos por el Estado a los ciudadanos por la utilización del dominio público, por la prestación de un servicio público o por la realización por la Administración de una actividad que les beneficiaba.

Sin embargo, la Ley 1/1966 no concretaba las cuantías de las tarifas o cánones que se podían percibir. En el caso de las tarifas por servicios generales y específicos, su concreción debía hacerse por resolución del Ministerio de

---

<sup>737</sup> Véase en este sentido a Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, op. cit., pp. 222-223.

Obras Públicas o por Orden del Consejo de Ministros, en función, respectivamente, de si todos los informes emitidos eran favorables o si había alguna discrepancia (art. 12)<sup>738</sup>. Y en el caso de los cánones, su concreción debía hacerse en el acto de concesión o autorización como una de sus condiciones que se imponían, atendiendo al valor del suelo o instalaciones, a la utilidad que representase para el puerto y al beneficio que la actividad desarrollada representaba para el concesionario o la persona autorizada (art. 15).

El anterior sistema cambió tras modificarse la Ley 1/1966 por la Ley 18/1985<sup>739</sup>, que previó (arts. 9 y 10) que las tarifas por servicios generales y específicos y los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas se fijarían y actualizarían anualmente, atribuyéndose al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo la facultad de establecer los límites máximos y mínimos de las tarifas y cánones, dentro de los cuales posteriormente se debían concretar para cada puerto. En el caso de los puertos gestionados por una Junta de Puerto o por una Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, esta concreción iba a cargo del propio Ministerio, a propuesta de la Junta de Puerto o de la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos (salvo en el caso de las tarifas E-tres y E-cuatro, que eran directamente aprobadas por estos organismos). Y en el caso de los puertos gestionados en régimen de Estatuto de Autonomía, su concreción correspondía a su Consejo de Administración.

A partir de esta reforma operada por la Ley 18/1985 sobre la Ley de régimen financiero de los puertos españoles de 1966, y teniendo en cuenta que la Constitución de 1978 había impuesto la reserva de ley para las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3), se inició una larga conflictividad

---

<sup>738</sup> Orden de 23 de diciembre de 1966 sobre aplicación de las nuevas tarifas por Servicios Generales en los Puertos y Orden de 23 de diciembre de 1966 sobre aplicación en los puertos de las nuevas tarifas por servicios específicos (BOE de 27 de enero de 1967). A partir de la Orden de 4 de mayo de 1976 (BOE de 3 de junio de 1976) se impuso la revisión anual de las tarifas por servicios generales y específicos.

<sup>739</sup> Ley 18/1985, de 1 de junio, por la que se modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles. La norma fue desarrollada por el Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre, sobre política económico-financiera del sistema portuario dependiente de la Administración del Estado (BOE de 4 de enero de 1986).

judicial en materia de cánones y tarifas portuarias<sup>740</sup>, que se agravó todavía más tras la calificación de determinadas tasas y tarifas primero como precios públicos (Ley de tasas y precios públicos de 1989) y luego como precios privados (Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992)<sup>741</sup>, conflicto que perduró hasta que finalmente la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general<sup>742</sup>, restableció su calificación como tasas y reguló por ley todos sus elementos esenciales.

En efecto, dado que la Ley 1/1966, tras modificarse por la Ley 18/1985, no determinaba las cuantías de las tasas y tarifas, sino que se remitía a lo que se concretase por la Administración, todas las Órdenes ministeriales que se aprobaron para concretar las tarifas por la prestación de servicios portuarios fueron sistemáticamente declaradas nulas de pleno derecho porque al tratarse de prestaciones patrimoniales públicas, debían respetar el principio de reserva de ley. Y lo mismo ocurrió en el caso de los cánones fijados como contrapartida por la utilización del dominio público portuario.

La problemática, según se ha apuntado, se agravó tras la aprobación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989, que con el fin de permitir que la Administración fijase de manera más ágil las tarifas portuarias, las calificó como precios públicos y derivó su concreción a una Orden ministerial. Lo que hizo esta Ley, en definitiva, fue excluir determinadas tarifas de la categoría tributaria de las tasas, que pasaron a integrarse en la nueva categoría de precios públicos, con el fin de que no les fuese aplicable el principio de reserva de ley.

---

<sup>740</sup> Esta conflictividad judicial comportó la anulación de las Órdenes ministeriales y las liquidaciones de cánones y tarifas portuarias practicadas a su amparo, con importantes pérdidas económicas para las Autoridades Portuarias. Según estimaciones de Pérez del Val Sheriff, V., *La regulación tarifaria en el sistema portuario estatal*, Organismo Público Puertos del Estado, 2014, p. 171, el perjuicio para las Autoridades Portuarias que supuso el conflicto tarifario ascendió a más de 300 millones de euros.

<sup>741</sup> Véase en este sentido a Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, op. cit., pp. 267-272, y a Pérez del Val Sheriff, V., *La regulación tarifaria en el sistema portuario estatal*, op. cit., pp. 151-154.

<sup>742</sup> BOE de 27 de noviembre de 2003.



Según se vio al iniciar este capítulo, en la redacción originaria de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 (art. 24) se consideraban precios públicos las contraprestaciones económicas por la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que no fuesen de solicitud o recepción obligatoria por los administrados o que pudiesen ser prestados o realizados por el sector privado, así como las contraprestaciones económicas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. Además, la ley no fijaba las cuantías de los precios públicos, sino que se remitía para su fijación o modificación a lo que se determinase por Orden ministerial o, en algunos casos, a lo que determinasen los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial o financiero, previa autorización del Ministerio del que dependían (art. 26).

Y, por si no fuera poco, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, acabó por complicar todavía más las cosas al prever que las tarifas por los servicios prestados por las autoridades portuarias pasaban a tener la consideración de precios privados, manteniéndose los cánones por concesiones y autorizaciones en la condición de precios públicos que derivaba de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989.

En el caso de los cánones por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, por la prestación de servicios al público o por el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el ámbito portuario, calificados como precios públicos, la Ley 27/1992 se remitía a una Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para determinar sus características, cuantía y condiciones (art. 69.3). Así pues, se mantenía su concepción como ingresos de Derecho público, pero la determinación de sus elementos esenciales no se establecía en la ley, sino que se remitía a la vía reglamentaria.

Y en el caso de las tarifas por servicios portuarios<sup>743</sup>, calificadas como precios privados, la Ley 27/1992 encomendaba a dicho Ministerio establecer los límites

---

<sup>743</sup> Los servicios portuarios, sujetos al Derecho privado, eran según el artículo 66.1 los siguientes: el practicaaje; el remolque portuario; la disponibilidad de las zonas de fondeo y la asignación de puestos de fondeo; el amarre y desamarre de los buques, el atraque y, en

mínimos y máximos de las tarifas que podían percibir las Autoridades Portuarias cuando prestasen estos servicios de forma directa (art. 70.2), mientras que en el caso de servicios portuarios prestados de forma indirecta se habilitaba a la Autoridad Portuaria para establecer tarifas máximas de obligado cumplimiento (art. 72.1).

Con esta decisión de configurar los ingresos portuarios por la prestación de servicios como precios privados, junto con el nuevo modelo de gestión de los puertos a través de las Autoridades Portuarias que se creaban, se pretendía instaurar un modelo de carácter empresarial, más eficiente, ágil y flexible, según relata el Preámbulo de la Ley 27/1992, que atendiese a los requerimientos de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de noviembre de 1988, sobre política portuaria europea, de dotarse de un sistema portuario basado en la autonomía de gestión, la competencia entre puertos y la cobertura de costes por transferencia a los usuarios, sin recabar con ello en el carácter de prestaciones patrimoniales públicas de estos ingresos, con independencia del *nomen iuris* utilizado.

La decisión del legislador estatal en materia de ingresos portuarios parecía, en principio, lógica con la privatización de la gestión portuaria. En la sistemática de la Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía<sup>744</sup>, las Juntas de Puertos y las Comisiones Administrativas de Grupos de Puertos eran organismos autónomos cuya actuación se sujetaba al Derecho público (sólo los grandes puertos gestionados en régimen de Estatuto de Autonomía se regían por el Derecho privado). Con la sistemática de la Ley 27/1992, las Autoridades Portuarias (que asumen la gestión de todos los

---

general, los servicios que afectasen al movimiento de las embarcaciones; el accionamiento de esclusas; la puesta a disposición de espacios, almacenes, edificios e instalaciones para la manipulación y almacenamiento de mercancías y vehículos y para el tránsito de éstos y de pasajeros en el puerto; la puesta a disposición de medios mecánicos, terrestres o flotantes para la manipulación de mercancías en el puerto; el suministro a los buques de agua y energía eléctrica y de hielo a los pesqueros; la recogida de basuras y la recepción de residuos sólidos y líquidos contaminantes procedentes de buques, plataformas u otras instalaciones fijas situadas en la mar; y los servicios contra incendios, de vigilancia, seguridad, policía y protección civil portuarios, sin perjuicio de los que correspondan al Ministerio del Interior o a otras Administraciones Públicas (en el caso de los servicios de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías, la Ley se remitía a su normativa específica).

<sup>744</sup> BOE de 21 de junio de 1968.

puertos de competencia del Estado, extendiendo el modelo vigente de puertos gestionados en régimen de Estatuto de Autonomía) pasan a actuar con sujeción al ordenamiento jurídico-privado (salvo en lo que se refiere al ejercicio de funciones públicas, sujetas al Derecho público) y, siguiendo esta lógica, el legislador calificó las tarifas por servicios portuarios como precios privados. Sin embargo, era precios privados *sui generis* porque las Autoridades Portuarias no los fijaban según las reglas del mercado, sino que estaban sujetos a la amplia intervención pública, en la medida en que, en última instancia, era el Ministerio quien los establecía<sup>745</sup>, y además no existía una concurrencia de las Autoridades Portuarias con otros operadores privados a la hora de fijar los precios.

En cualquier caso, lo realmente relevante es que la regulación de los cánones y tarifas portuarias se hacía por norma reglamentaria y no por ley, a pesar de ser precios coactivos para quien debía pagarlos.

Con estos antecedentes, llegó la citada STC 185/1995, cuya doctrina fue posteriormente confirmada por las SSTC 63/2003, 102/2005, 121/2005 y 101/2009, a las se hacía amplia referencia al inicio de este capítulo. Estas sentencias reconocieron la naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas de los cánones por la utilización del dominio público y las tarifas portuarios por la prestación de servicios que reuniesen la nota de la coactividad, porque en palabras de la STC 185/1995 (FJ 3), existía una *“imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla”*. Y esta es la clave de todo el sistema.

Según se expuso en líneas anteriores, la STC 185/1995 concluyó que cuando mediase la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, la contraprestación económica a pagar tenía siempre la naturaleza de prestación patrimonial pública sujeta al principio de reserva de ley, porque se

---

<sup>745</sup> Esta situación ha llevado a Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, op. cit., pp. 324-325, a calificar estas tarifas como *“precios intervenidos”*.

estaba ante una situación de monopolio de los bienes: si un particular quiere realizar una actividad sobre los bienes demaniales, no tiene otra alternativa que no sea obtener una concesión o una autorización y pagar la contraprestación económica establecida de manera unilateral por el poder público. Y en el caso de los servicios o actividades prestados por la Administración en régimen de monopolio, o que no sean voluntarios para el particular, o que sean objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares, la STC 185/1995 también concluyó que las contraprestaciones económicas a satisfacer eran coactivas y, por ello, debían calificarse de prestaciones patrimoniales públicas.

La situación creada por la STC 185/1995 trató de reconducirse con distintas medidas legislativas, con escaso éxito en el caso particular de las tarifas por servicios portuarios.

En primer lugar, el Real Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero<sup>746</sup>, calificó determinados precios públicos como prestaciones patrimoniales de carácter público, entre ellos los que debían abonarse por la ocupación o aprovechamiento especial del dominio público portuario, pero sin más precisiones (Anexo A). Por otro lado, nada se decía de las tarifas por la prestación de servicios portuarios, cuyo régimen jurídico se mantuvo.

Luego vino la Ley 62/1997, de 26 de diciembre<sup>747</sup>, que dio una nueva redacción a los preceptos de la Ley 27/1992 dedicados a los cánones y tarifas portuarias. En el caso de los cánones por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, por la prestación de servicios al público o por el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el ámbito portuario (art. 69 y 69 bis) se suprimió su calificación como precios públicos, por lo que se deducía que volvían a considerarse tasas, y se regularon en la ley sus elementos esenciales, de modo que se adaptaban a la STC 185/1995. Éste no fue el caso

---

<sup>746</sup> Real Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero, sobre determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público gestionadas por la Administración General del Estado y los entes públicos de ella dependientes (BOE de 27 de enero de 1996).

<sup>747</sup> Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 30 de diciembre de 1997).

de las tarifas por servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias, respecto de las cuales se mantuvo su calificación como precios privados y su determinación a cargo de dichas Autoridades, según la estructura tarifaria y los elementos esenciales fijados por el Ministerio de Fomento. En definitiva, se persistió en el mismo error de no regular en la ley todos los elementos esenciales de estas prestaciones patrimoniales públicas por la prestación de servicios.

Finalmente, la Ley 25/1998, de 13 de julio<sup>748</sup>, modificó la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 e incluyó en la categoría de tasas no sólo los ingresos obtenidos por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal<sup>749</sup>, sino también los ingresos obtenidos por la prestación de servicios en régimen de Derecho público que no fuesen de solicitud voluntaria para los administrados o no fuesen prestados por el sector privado (en caso contrario, se consideraban precios públicos). La reforma de 1998, no obstante, no incluía ninguna precisión respecto de los servicios portuarios.

Lo cierto es que, a pesar de estas reformas legislativas, el Tribunal Constitucional continuó reiterando su doctrina sentada en la STC 185/1995 en las sucesivas sentencias que dictó, con especial incidencia en los cánones y tarifas portuarias.

Según se expuso anteriormente, la STC 63/2003 concluyó que el régimen jurídico diseñado por Ley 18/1985 (de modificación de la Ley 1/1966) para el canon por la ocupación del dominio público portuario era contrario a las previsiones del artículo 31.3 de la Constitución, porque la concreción de este canon se hacía por Orden ministerial. El legislador, no obstante, cuando se

---

<sup>748</sup> Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público (BOE de 14 de julio de 1998).

<sup>749</sup> Sin embargo, el artículo 61.2, dedicado a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal, determinaba su inaplicación en aquellos casos ya previstos en otras normas, que era el caso de los cánones por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, ya previstos en la 62/1997, de 26 de diciembre.

dictó la STC 63/2003 ya se había adaptado a la STC 185/1995 con las citadas reformas legislativas –especialmente con la Ley 62/1997.

Dos años después, la STC 102/2005, al juzgar la calificación como precios privados atribuida por la Ley 27/1992 a las tarifas por la prestación de servicios portuarios y la facultad del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para establecer por Orden los límites mínimos y máximos de estas tarifas, también concluyó que se conculcaba el artículo 31.3 de la Constitución porque al tratarse de servicios monopolizados por la Administración, en los que el particular sólo tenía la opción de no recibir el servicio o pagar la tarifa impuesta unilateralmente para recibirlo, los precios a pagar debían tratarse como prestaciones patrimoniales públicas.

Y ese mismo año el Tribunal Constitucional dictó la STC 121/2005, que al juzgar la nueva redacción del artículo 70 de la Ley 27/1992 dada por la Ley 62/1997, llegó a la misma conclusión respecto de las tarifas por servicios portuarios (doctrinó que volvería a reiterar con la STC 101/2009).

Tras este fracasado intento del legislador de quitar los cánones y tarifas portuarias de la órbita de las prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, la situación se quiso reconducir definitivamente con la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

En efecto, la exposición de motivos de la Ley 48/2003 es toda una declaración de intenciones cuando afirma que tiene por objeto adaptar el régimen tarifario a la doctrina sobre las prestaciones patrimoniales públicas sentada por la STC 185/1995.

En desarrollo de este enunciado, la ley califica como tasas (art. 14) las prestaciones económicas que se perciben por la ocupación privativa del dominio público portuario (los cánones en la anterior legislación), la utilización especial de las instalaciones portuarias (tasa de buque, tasa de embarcaciones deportivas y de recreo, tasa de pasaje, tasa de mercancía y tasa de pesca

fresca) y el aprovechamiento especial del dominio público portuario para el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, y además se determinan sus elementos esenciales. El mismo trato jurídico reciben las prestaciones patrimoniales exigibles por los escasos servicios obligatorios, no comerciales, que se prestan por las Autoridades Portuarias sin la concurrencia del sector privado, esto es, aquellos servicios normalmente vinculados al ejercicio de funciones públicas, como son los servicios portuarios generales (ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, balizamiento, alumbrado, limpieza, emergencias, etc.)<sup>750</sup> y el servicio de señalización marítima<sup>751</sup>. La Ley 48/2003, en definitiva, elimina la categoría de los precios públicos y devuelve todos estos ingresos a la órbita de las tasas al tratarse de prestaciones económicas coactivas. Supuso, en palabras de Acero Iglesias<sup>752</sup>, una vuelta a un sistema de ingresos de Derecho público, que era el sistema vigente hasta la aprobación de la Ley 27/1992.

Por lo que se refiere a la prestación de servicios portuarios básicos (remolque, amarre, desamarre, embarque, desembarque, carga, descarga, etc.), que se prestan en régimen de libre competencia (salvo el servicio de practica)<sup>753</sup>, la Ley 48/2003 previó la libertad tarifaria, consustancial a la libertad de empresa, aunque las Autoridades Portuarias podían fijar tarifas máximas al tratarse de

---

<sup>750</sup> La tasa por servicios generales fue suprimida por la disposición final sexta, apartado segundo, de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE de 31 de octubre de 2007), que se compensó con un incremento del 20% de los tipos aplicables a las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario, según relata Pérez del Val Sheriff, V., *La regulación tarifaria en el sistema portuario estatal*, op. cit., p. 254.

<sup>751</sup> La disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera (BOE de 18 de julio de 2006) también calificó como tasas las tarifas por determinados servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias (grúas de pórtico, almacenaje y suministros).

<sup>752</sup> Acero Iglesias, P., *“Incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general”*, en VVAA, *La nueva legislación portuaria (Comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General)*, Atelier-Consorcio Zona Franca de Vigo, 2004, p. 111.

<sup>753</sup> La Ley 48/2003 supuso un cambio substancial respecto a la anterior Ley 27/1992 en lo que se refiere a la prestación de servicios portuarios. En la Ley 27/1992 los servicios portuarios eran de titularidad pública, y en muchos casos de gestión directa (art. 67). En la Ley 48/2003 se puso fin a este monopolio, liberalizando y abriendo a la libre competencia los servicios portuarios –salvo el servicio de practica (art. 57.2)–, aunque los bienes que servían de soporte a la prestación de estos servicios –las infraestructuras portuarias– se mantuvieron bajo la titularidad pública en régimen de dominio público.

actividades de prestación de interés general (arts. 7.2 y 57). Asimismo, se previó que las Autoridades Portuarias podían asumir la prestación de estos servicios portuarios básicos en los casos de ausencia o insuficiencia de iniciativa privada, en cuyo caso las tarifas aplicables debían ser aprobadas por Puertos del Estado (art. 60.4 y 76.1.h).

Y en el caso de servicios comerciales, la Ley 48/2003 reconoció también la misma libertad tarifaria no sólo para los prestadores privados, sino también para las Autoridades Portuarias que los prestasen en concurrencia con la iniciativa privada (arts. 7 y 31). Sin embargo, en el caso de la Autoridades Portuarias, su libertad tarifaria en materia de servicios comerciales estaba limitada por determinados principios, en particular, la obligación de evitar prácticas abusivas con tráficos cautivos y actuaciones discriminatorias y la prohibición con carácter general de fijar tarifas inferiores al coste del servicio.

Estos son, en definitiva, los antecedentes históricos del sistema de ingresos portuarios con los que se llegan al régimen jurídico vigente, cuya exposición se deja para el siguiente apartado para un análisis más detallado.

## **1.2 El régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas portuarias**

El régimen tarifario vigente en los puertos de interés general gestionados por las Autoridades Portuarias se contiene en el Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM)<sup>754</sup>, que substancialmente reproduce las previsiones de la Ley 48/2003 incorporando todas aquellas modificaciones introducidas por la Ley 33/2010, de 5 de agosto<sup>755</sup>.

Esta ley contiene una regulación de los precios a pagar por el uso de las infraestructuras portuarias y por la prestación de servicios a sus usuarios que

---

<sup>754</sup> Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 2011).

<sup>755</sup> BOE de 7 de agosto de 2010. Con el fin de flexibilizar el modelo tarifario y permitir que cada Autoridad Portuaria lo adaptase a su realidad económica y a las exigencias de la competitividad, la Ley 33/2010, de 5 de agosto, estableció algunas mejoras en el régimen de bonificaciones y coeficientes correctores.



se ajusta a la doctrina constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas, regulándose en el texto legal todos los elementos esenciales de aquellas prestaciones económicas establecidas unilateralmente por el poder público y que, por consiguiente, revisten la nota característica de la coactividad.

Pero antes de adentrarse en el estudio del régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas portuarias, conviene detener-se en el análisis de dos aspectos básicos que inciden en el nuevo marco jurídico tarifario de los puertos de interés general: la naturaleza demanial de los bienes e instalaciones y la liberalización de los servicios portuarios.

El primero y fundamental aspecto a considerar es que las Autoridades Portuarias limitan hoy su actividad prácticamente a gestionar unos bienes e instalaciones portuarias que forman parte del dominio público portuario y que, por sus características, tienen la condición de monopolio en manos del Estado. La función básica de las Autoridades Portuarias es poner a disposición de los usuarios del puerto los bienes e instalaciones portuarias (*landlord*) para que aquéllos puedan desarrollar sus actividades, ya sean de transporte o de prestación de servicios asociados al transporte, en régimen de libre competencia. Ello incluye no sólo el mantenimiento y ampliación de las instalaciones portuarias, sino también la zonificación de los usos admitidos dentro del puerto –dado el carácter limitado de las infraestructuras portuarias– a través de la elaboración de la propuesta de Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios –a aprobar por Orden del Ministerio de Fomento–, y el otorgamiento de los títulos habilitantes para la utilización y ocupación del dominio público (autorizaciones y concesiones) y para la prestación de servicios portuarios y comerciales (licencias y autorizaciones).

No existe, pues, una concurrencia de bienes portuarios ofrecida por distintos titulares que permita a las navieras o a los prestadores de servicios escoger en función del precio o de otros elementos. Todos ellos tienen que pasar indefectiblemente por el dominio público portuario gestionado por las Autoridades Portuarias si quieren realizar sus actividades de transporte o de

prestación de servicios en el puerto. Por ello, los puertos se consideran un monopolio en manos del poder público.

El segundo aspecto básico a considerar en el sistema portuario vigente, que arranca con la Ley 48/2003, se refiere al hecho de que los servicios portuarios se han liberalizado mayoritariamente y se prestan en régimen de libre competencia. Esta liberalización se une a la que años atrás se había acometido en el caso de la actividad de transporte marítimo<sup>756</sup>, por lo que la realidad actual de los puertos de interés general es la existencia de unas actividades de transporte y de prestación de servicios que se rigen por el principio de libre concurrencia, pero que para su desarrollo requieren el uso de unos bienes de dominio público que son un monopolio en manos del Estado.

En este entorno de liberalización, las Autoridades Portuarias tan sólo se reservan la prestación de los denominados servicios generales (art. 106 y 107 LPEMM)<sup>757</sup>. Se admite, no obstante, la prestación indirecta de estos servicios, salvo que impliquen el ejercicio de autoridad o pongan en riesgo la seguridad.

Por el contrario, la gran mayoría de servicios portuarios se han liberalizado (con la excepción del servicio portuario de practicaaje, que la ley impone un único prestador en cada área portuaria), sin perjuicio, por un lado, de la intervención

---

<sup>756</sup> Reglamento (CEE) nº 4055/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (DOCE de 31 de diciembre de 1986), y Reglamento (CEE) nº 3577/92 de Consejo de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios de transporte marítimo dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DOCE de 12 de diciembre de 1992).

<sup>757</sup> Los servicios generales prestados por las Autoridades Portuarias en la zona de servicio del puerto son: a) El servicio de ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, tanto marítimo como terrestre; b) El servicio de coordinación y control de las operaciones asociadas a los servicios portuarios, comerciales y otras actividades; c) Los servicios de señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación que sirvan de aproximación y acceso del buque al puerto, así como su balizamiento interior; d) El servicio de policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras administraciones; e) El servicio de alumbrado de las zonas comunes; f) El servicio de limpieza habitual de las zonas comunes de tierra y de agua. No se incluyen en este servicio la limpieza de muelles y explanadas como consecuencia de las operaciones de depósito y manipulación de mercancías; y g) Los servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación (art. 106 LPEMM).

pública para regularlos, dado el interés general que los mismos revisten<sup>758</sup> y, por el otro, de la prestación subsidiaria por las Autoridades Portuarias cuando falla la iniciativa privada<sup>759</sup>. Se trata de servicios que se prestan por la iniciativa privada en un marco de libre y leal competencia, respecto de los cuales se garantiza la libertad de acceso a su prestación, previa obtención de una licencia (arts. 104 y 109.1 LPEMM).

Dentro de estos servicios portuarios liberalizados, que permiten que se realice el tráfico marítimo en los puertos en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, se incluyen los servicios técnico-náuticos (remolque, amarre y desamarre), el servicio al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros, carga y descarga de equipaje y de vehículos en régimen de pasaje), el servicio de recepción de desechos generados por los buques y el servicio de manipulación de mercancías (carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y transbordo de mercancías).

Se ha pasado así de un modelo de servicios públicos gestionados, directa o indirectamente, en régimen de monopolio por las Autoridades Portuarias, a un

---

<sup>758</sup> Ya no se está ante servicios públicos prestados, directa o indirectamente, por las Autoridades Portuarias, sino ante servicios liberalizados prestados por la iniciativa privada, aunque ello no impide su consideración como servicios de interés económico general, sujetos como tales a regulación con el fin de garantizar el derecho de acceso a la prestación de estos servicios y los derechos de los usuarios del puerto. El derecho de acceso se garantiza con el reconocimiento de la iniciativa privada y el principio de libre concurrencia en la prestación de los servicios portuarios, así como con el carácter reglado de la licencia exigida para su prestación (arts. 104 y 109 LPEMM). Los derechos de los usuarios del puerto se garantizan con la imposición de obligaciones de servicio público portuario a los prestadores de servicios portuarios (art. 110 LPEMM). La prestación de servicios portuarios (entrada y salida del puerto, atraque y desatraque, carga y descarga, estiba y desestiba, suministro de carburantes, recepción de residuos, etc.) es esencial para que los buques mercantes puedan acceder a las infraestructuras portuarias y desarrollar su actividad de transporte marítimo en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación. Por ello, se trata de servicios de interés económico general sujetos a una intervención pública a través de la regulación, que se concreta con la imposición de obligaciones de servicio público portuario a los prestadores de servicios portuarios, como son, entre otros, la cobertura universal, la garantía de continuidad y regularidad de los servicios y el sometimiento a la potestad tarifaria de la Autoridad Portuaria, cuando proceda (art. 110 LPEMM).

<sup>759</sup> Con el fin de garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios portuarios en el puerto, las Autoridades Portuarias pueden asumir, previo informe favorable de Puertos del Estado, la prestación directa o indirecta de un servicio portuario ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada para atender toda la demanda existente en el puerto con los indicadores de calidad exigidos (art. 109.3 LPEMM). Esto hace que el papel de las Autoridades Portuarias sea controvertido en estos supuestos, porque no pueden actuar como reguladores y a la vez prestar servicios portuarios. Por ello, se impone en estos casos que las competencias reguladoras del servicio sean asumidas por Puertos del Estado.

modelo de actividades liberalizadas abiertas a la libre competencia, en el que debe garantizarse el derecho de acceso y los derechos de los usuarios del puerto. Las Autoridades Portuarias ya no organizan ni gestionan los servicios portuarios, sino que se limitan a actuar como reguladores de estos servicios y a gestionar las instalaciones portuarias, poniéndolas a disposición de aquellos que quieran utilizarlas para prestar servicios en régimen de concurrencia. Y sólo en determinadas circunstancias de falta o insuficiencia de competencia asumen el papel de prestadores de servicios portuarios. Pero pese a haber abandonado la función de prestación de servicios portuarios, las Autoridades Portuarias no se desdican totalmente de los mismos, sino que los sujetan a una intensa regulación por el interés general que representan –especialmente a través de la aprobación de las Prescripciones Particulares de cada servicio portuario–, y dentro de esta regulación se incluye el sometimiento a la potestad tarifaria de las Autoridades Portuarias, a pesar de no tener los servicios portuarios la naturaleza de servicios públicos.

Hechas estas dos apreciaciones, se está en condiciones de analizar los distintos ingresos que se perciben por el uso de las infraestructuras portuarias y por la prestación de servicios. En puridad, los ingresos que se refieren específicamente al derecho de acceso a las infraestructuras portuarias –no expresamente previsto como tal en la LPEMM– son las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, porque son los ingresos que los usuarios de estas infraestructuras (navieras y prestadores de servicios) deben pagar por su uso. Se trata, pues, de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario. Los demás ingresos, esto es, las tarifas por la prestación de servicios portuarios y los precios privados por la prestación de servicios comerciales no son ningún pago por el acceso y uso de las infraestructuras portuarias, sino que se refieren a los ingresos que los prestadores de estos servicios, una vez instalados en las infraestructuras portuarias, pueden percibir de los distintos usuarios. No obstante, para tener una visión global de todo el régimen vigente de ingresos portuarios, también se hará una exposición de las tarifas por la prestación de servicios portuarios y los precios privados por la prestación de servicios comerciales. No puede olvidarse que el derecho de acceso a las infraestructuras portuarias incluye también las

condiciones en que se accede a las mismas, lo cual obliga a tener que hacer alguna referencia a los servicios que se prestan a los buques mercantes para que puedan realizar sus actividades de transporte (servicios portuarios, servicio de señalización marítima y, en menor medida, servicios comerciales), por lo que es importante conocer el precio que se les va a cobrar.

### **1.2.1 Tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público**

A diferencia de los sectores ferroviario y aeroportuario, en el sector portuario no existe una regulación detallada del derecho de acceso a las infraestructuras y del precio a pagar por ello, a modo y semejanza de lo que ocurre en otros sectores liberalizados sujetos a regulación económica. La legislación portuaria sigue el modelo clásico de regular el uso y aprovechamiento del dominio público y las tasas a pagar por ello.

En este modelo, los ingresos a pagar por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público tienen la naturaleza de tasas portuarias, por lo que, como toda prestación patrimonial pública de carácter tributario, sus elementos esenciales están previstos en la ley. Por otro lado, su actualización sigue también el criterio tradicional de realizarse a través de la ley, generalmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La LPEMM distingue tres tipos de tasas portuarias: la tasa de ocupación, la tasa de actividad y las tasas de utilización (art. 161).

La tasa de ocupación grava la ocupación privativa del dominio público portuario (y del vuelo y el subsuelo del mismo) en virtud de una concesión o autorización (art. 173 LPEMM). Toda ocupación del dominio público portuario inferior a tres años (con o sin muebles o instalaciones desmontables) requiere el otorgamiento de una autorización de la Autoridad Portuaria, y la misma ocupación con obras o instalaciones no desmontables o para usos por plazo superior a tres años requiere una concesión (arts. 74 y 81 LPEMM), y como

contrapartida por esta ocupación de las infraestructuras portuarias de dominio público debe pagarse una tasa.

La tasa de actividad grava el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario (art. 183 LPEMM). Si el uso del dominio público portuario para realizar estas actividades implica además su ocupación (sujeta a autorización o concesión), se deberá abonar también la tasa de ocupación.

Finalmente, las tasas de utilización gravan la utilización especial de las instalaciones portuarias (art. 193 LPEMM), y aquí se incluyen la tasa del buque<sup>760</sup>, la tasa del pasaje<sup>761</sup>, la tasa de la mercancía<sup>762</sup>, la tasa de la pesca fresca<sup>763</sup>, la tasa de las embarcaciones deportivas y de recreo<sup>764</sup> y la tasa por la utilización especial de la zona de tránsito<sup>765</sup>.

---

<sup>760</sup> La tasa del buque grava la utilización por los buques de las aguas de la zona de servicio del puerto y de las obras e instalaciones portuarias que permiten el acceso marítimo al puesto de atraque o de fondeo que les haya sido asignado y la estancia en los mismos en las condiciones que se establezcan. Asimismo, la tasa grava la prestación de servicios comunes al buque, de los que se benefician sin necesidad de solicitud (art. 194 LPEMM).

<sup>761</sup> La tasa del pasaje grava la utilización por los pasajeros, por su equipaje y por los vehículos que embarquen o desembarquen en régimen de pasaje, de las instalaciones de atraque, accesos terrestres, vías de circulación y otras instalaciones portuarias. Asimismo, la tasa grava la prestación de servicios comunes a los pasajeros, de los que se benefician sin necesidad de solicitud (art. 205 LPEMM).

<sup>762</sup> La tasa de mercancía grava la utilización por las mercancías de entrada o salida marítima, o que se transborden o efectúen tránsito marítimo o terrestre, así como de sus elementos de transporte, de las instalaciones de atraque, zonas de manipulación asociados a la carga y descarga de buque, accesos y vías de circulación terrestres viarios y ferroviarios, y otras instalaciones portuarias, incluyendo su estancia en las áreas de la zona de servicio habilitadas como zona de tránsito por la Autoridad Portuaria. Asimismo, la tasa grava la prestación de servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud (art. 211 LPEMM).

<sup>763</sup> La tasa de la pesca fresca grava la utilización por los buques o embarcaciones pesqueras en actividad, de las aguas de la zona de servicio del puerto y de las obras e instalaciones portuarias, que permiten el acceso marítimo al puesto de atraque o de fondeo que les haya sido asignado y su estancia en los mismos. También grava la utilización por la pesca fresca, la refrigerada y sus productos, que accedan al recinto portuario por vía marítima, en barco de pesca o mercante, o por vía terrestre, de las instalaciones de atraque, zonas de manipulación y de venta, accesos, vías de circulación, zonas de estacionamiento y otras instalaciones portuarias. Asimismo, la tasa grava la prestación de servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud (art. 218 LPEMM).

<sup>764</sup> La tasa de las embarcaciones deportivas y de recreo grava la utilización por los buques y embarcaciones deportivas o de recreo, de las aguas de la zona de servicio del puerto, de las redes y tomas de servicios y de las obras e instalaciones portuarias que permiten el acceso marítimo al puesto de atraque o de fondeo asignado, así como la estancia en éste. También grava la utilización de los muelles y pantanales, accesos terrestres, vías de circulación y otras instalaciones portuarias por los tripulantes y pasajeros de las embarcaciones. Asimismo, la tasa

Las tasas descritas son prestaciones patrimoniales públicas porque presentan la nota característica de la coactividad al ser establecidas unilateralmente por el poder público y referirse a unos bienes que son un monopolio en manos públicas.

Todo este conjunto de tasas –junto con los demás ingresos portuarios que perciben las Autoridades Portuarias– debe contribuir a la autosuficiencia económica del sistema portuario en su conjunto y de cada una de las Autoridades Portuarias (art. 156 LPEMM). En este sentido, no sólo se exige que cada Autoridad Portuaria acuerde con Puertos del Estado los objetivos de rentabilidad anual (art. 156.3 LPEMM), sino que además las Autoridades Portuarias deben realizar aportaciones económicas<sup>766</sup> a un Fondo de Compensación Interportuario administrado por Puertos del Estado, concebido como un sistema de redistribución de los recursos económicos para ser destinados, entre otros fines, a sufragar inversiones en infraestructuras portuarias y en señalización marítima, o en actuaciones medioambientales y de seguridad (art. 159 LPEMM).

Además, las tasas descritas deben ajustarse al principio de equivalencia con los costes y deben incluir un rendimiento razonable para hacer frente a la financiación de nuevas inversiones (art. 163 LPEMM). Se persigue con ello garantizar la autosuficiencia económica del sistema portuario en su conjunto y de cada una de las Autoridades Portuarias, que se concreta con la fijación de

---

grava la prestación de servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud (art. 223 LPEMM).

<sup>765</sup> La tasa por la utilización especial de la zona de tránsito grava la utilización de estas zonas especialmente habilitadas como tales por la Autoridad Portuaria, y excepcionalmente de las zonas de maniobra, por las mercancías y elementos de transporte. Estas zonas de tránsito sirven de espacio de almacenamiento o depósito temporal de mercancías y elementos de transporte. Asimismo, la tasa grava la prestación de servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud (art. 231 LPEMM).

<sup>766</sup> Cada Autoridad Portuaria debe aportar anualmente al Fondo de Compensación Interportuario el 80% de los ingresos devengados por la tasa de ayudas a la navegación y entre el 4 y el 12% del resultado del ejercicio (art. 159.3 LPEMM).

los objetivos de rentabilidad anual en los Planes de Empresa de cada Autoridad Portuaria<sup>767</sup>.

Con este marco jurídico descrito, se constata fácilmente la limitada intervención de las Autoridades Portuarias en la determinación de las tasas que deben pagarse por el acceso u ocupación de las infraestructuras portuarias<sup>768</sup>, pues sus elementos esenciales están fijados en la ley y su actualización se realiza a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La intervención de las Autoridades Portuarias prácticamente se reduce a la aplicación de determinadas bonificaciones y coeficientes correctores de las tasas (arts. 165 y 166 LPEMM), de acuerdo con en el Plan de Empresa de cada una de ellas (art. 55 LPEMM).

Además, la intervención de las Autoridades Portuarias en lo que se refiere a las bonificaciones también es muy limitada, pues la LPEMM prevé con detalle los supuestos y requisitos que permiten la aplicación de bonificaciones sobre las tasas de ocupación, de actividad y de utilización (arts. 181, 182 y 245 LPEMM). No se deja, pues, ningún margen a las Autoridades Portuarias para configurar estas bonificaciones u otras distintas.

Y por lo que se refiere a los coeficientes correctores, cada Autoridad Portuaria puede proponer, en el marco del Plan de Empresa anual, tres coeficientes correctores a aplicar sobre las cuantías básicas de las tasas de buque, pasaje y mercancía, con los límites establecidos en la ley (art. 166 LPEMM), pero dichos coeficientes correctores deben, en cualquier caso, ser aprobados por ley, generalmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

---

<sup>767</sup> En relación con esta exigencia de rentabilidad, Menéndez Rexach considera que los puertos no son una fuente de “rentabilidad” del Estado, pues esto es propio de los bienes patrimoniales, no del dominio público. Su gestión, según el autor, debe hacerse con criterios de rentabilidad para garantizar el cumplimiento del mandato de autofinanciación, pero no con “ánimo de lucro” para obtener la máxima rentabilidad posible, pues si éste fuese el objetivo, lo mejor sería que dejasen de ser dominio público e incluso que se privatizasen. Véase en este sentido a Menéndez Rexach, A., “El régimen del dominio público portuario en la nueva Ley”, en VVAA, *La nueva legislación portuaria (Comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General)*, Atelier-Consorcio Zona Franca de Vigo, 2004, p. 65.

<sup>768</sup> Véase en este sentido a Eguinoa de San Román, R., “Reflexiones para una reforma de la legislación de puertos de interés general”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 56, 2021.



En definitiva, las bonificaciones y los coeficientes correctores de las tasas son los únicos elementos que permiten a las Autoridades Portuarias promover cierta competitividad entre puertos, aunque de forma controlada porque no sólo sus elementos esenciales están predeterminados en la ley, sino que además se prohíbe la competencia desleal entre puertos y las prácticas abusivas o discriminatorias (art. 163 LPEMM).

### **1.2.2 Tasas por la prestación de servicios**

La LPEMM prevé la prestación de servicios generales por las Autoridades Portuarias, que son obligatorios y están vinculados al ejercicio de funciones públicas y por ello se prestan sin la concurrencia del sector privado.

En la sistemática de la Ley 48/2003, la prestación de estos servicios generales por la Autoridades Portuarias generaba la obligación de pagar la tasa por servicios generales (art. 29).

Esta tasa por servicios generales, sin embargo, desapareció tras la aprobación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre<sup>769</sup>, por lo que actualmente, por la prestación de servicios generales, las Autoridades Portuarias no perciben ninguna tasa.

Sólo se conserva una tasa por la prestación de un servicio obligatorio relacionado con el ejercicio de funciones públicas, cual es la tasa por el servicio de señalización marítima. Este servicio prestado por cada Autoridad Portuaria en su zona geográfica tiene por objeto la instalación, mantenimiento, control e inspección de dispositivos visuales, acústicos, electrónicos o radioeléctricos, activos o pasivos, destinados a mejorar la seguridad de la navegación y los movimientos de los buques en el mar litoral español y, en su caso, confirmar la

---

<sup>769</sup> Disposición final sexta, apartado segundo, de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE de 31 de octubre de 2007).

posición de los buques en navegación (art. 137 LPEMM), y su prestación genera la obligación de pagar la tasa de ayudas a la navegación (art. 237 LPEMM).

Dado el carácter obligatorio de este servicio, el precio a pagar debe ser una tasa, con todos sus elementos definidos en la ley.

### **1.2.3 Regulación de las tarifas por la prestación de servicios portuarias**

Los servicios portuarios se prestan por la iniciativa privada en régimen de libre concurrencia y, por ello, corresponde a cada prestador de servicios establecer los precios a pagar por ellos –que reciben la denominación de tarifas– por ser la fijación de precios una facultad inherente a la libertad de empresa.

Sin embargo, según se decía, estos servicios presentan un notable interés general y, por consiguiente, no sólo se sujetan a la regulación prevista en la propia LPEMM y en las Prescripciones Particulares de cada servicio aprobadas por las Autoridades Portuarias (art. 113 LPEMM), sino que además se pueden imponer obligaciones de servicio público, entre las que se incluyen el sometimiento a la *“potestad tarifaria”* de la Autoridad Portuaria, *“cuando proceda”* (art. 110.e LPEMM).

Debe significarse, al respecto, que no se está ante la potestad tarifaria que ejercen las Administraciones Públicas sobre sus servicios públicos, sino ante una potestad de regulación de los precios propia de las actividades liberalizadas.

Esta regulación o potestad tarifaria de las tarifas por la prestación de servicios portuarios liberalizados supone el establecimiento por parte de cada Autoridad Portuaria de la estructura tarifaria, las tarifas máximas y los criterios de actualización, revisión e incluso fijación, y ello se acomete a través de la aprobación de los Pliegos de Prescripciones Particulares de cada servicio portuario y en el contenido de la propia licencia (arts. 113.4.h y 117.1.j

LPEMM). Asimismo, esta potestad tarifaria incluye una función de control de la transparencia de las tarifas y de los conceptos que se facturan (art. 125.2.d LPEMM).

No obstante, esta potestad tarifaria de las Autoridades Portuarias no alcanza los supuestos de prestación de servicios portuarios restringidos al ámbito geográfico de una estación marítima de pasajeros o de una terminal de mercancías dedicadas al uso particular (art. 116 LPEMM), ni obviamente cuando el concesionario o titular de una de estas terminales de pasajeros o de mercancías dedicada al uso particular se presta a sí mismo los servicios al pasaje o de manipulación de mercancías (régimen de autoprestación, art. 133 LPEMM) o los servicios técnico-náuticos (régimen de integración de servicios, art. 134 LPEMM).

Incluso en determinados servicios la potestad tarifaria de las Autoridades Portuarias va más allá y llega al establecimiento de la tarifa concreta que se aplica. Tal es el caso de las tarifas que pueden percibir los prestadores de servicios cuando intervienen en servicios de emergencia, extinción de incendios, salvamento o lucha contra la contaminación (art. 113.4.i LPEMM), o las tarifas que las Autoridades Portuarias abonan al titular de la licencia por los servicios de recepción de desechos generados por buques (arts. 113.4.j, 117.1.ñ y 132 LPEMM).

En cualquier caso, la cuestión trascendental en estas tarifas por servicios portuarios liberalizados es la de determinar “*cuando proced[e]*” que las Autoridades Portuarias ejerzan la potestad tarifaria, esto es, si pueden en cualquier caso ejercer esta potestad como si todavía estuviéramos en presencia de servicios públicos sujetos a dicha potestad, o si por el contrario sólo es admisible en determinadas circunstancias como consecuencia de la imposición de obligaciones de servicio público sobre actividades liberalizadas.

La LPEMM parece ser que se decanta por la segunda opción al establecer que corresponde a las Autoridades Portuarias aprobar las tarifas máximas –con la excepción, según se ha dicho, de las terminales marítimas de pasajeros y de

mercancías dedicadas al uso particular– “cuando el número de prestadores del servicio esté limitado<sup>770</sup> o sea insuficiente para garantizar la competencia” (art. 125.2.d). Sólo en estos supuestos, en definitiva, procedería el ejercicio de la potestad tarifaria por las Autoridades Portuarias.

Por otro lado, presenta serias dudas que, en el caso de servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias en situaciones de ausencia de competencia, puedan las tarifas exigibles por estos servicios eludir el régimen jurídico de las prestaciones patrimoniales públicas. La LPEMM prevé que, para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios públicos en el puerto, las Autoridades Portuarias pueden asumir la prestación, directa o indirecta, de algún servicio portuario en caso de ausencia (o insuficiencia) de la iniciativa privada (art. 109.3). Y, paralelamente, se prevé que Puertos del Estado –que asume la competencia reguladora (art. 109.3)– ejerza la potestad de aprobar las tarifas por estos servicios prestados tan sólo por las Autoridades Portuarias (art. 125.1.d), con el fin de evitar que se confundan en dichas Autoridades Portuarias la prestación de servicios portuarios y la facultad de regularlos. Sea como fuere, se está ante servicios portuarios excepcionalmente prestados de forma monopolística por las Autoridades Portuarias, por lo que, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las prestaciones patrimoniales públicas, la fijación de las correspondientes tarifas debería hacerse por ley al estar presente la nota de la coactividad.

Las mismas dudas se presentan en el caso del servicio de practicaaje, que en algunos puertos puede ser un servicio obligatorio por decisión de la Administración marítima y además el número de prestadores se limita a un único prestador en cada área portuaria (art. 126 LPEMM), por lo que para quien recibe la prestación de este servicio, el precio a pagar es coactivo.

---

<sup>770</sup> La LPEMM permite que una Autoridad Portuaria limite en el puerto el número máximo de posibles prestadores de un servicio portuario, atendiendo únicamente a razones de disponibilidad de espacios, de capacidad de las instalaciones, de seguridad, de normas medioambientales o por otras razones objetivas relacionadas con las condiciones de competencia y, en todos los supuestos, debe estar debidamente motivado (art. 111).

En otro orden de cosas, debe significarse la existencia de un Comité de servicios portuarios del que forman parte los usuarios de servicios o sus organizaciones representativas y las organizaciones sectoriales de trabajadores y prestadores de servicios, en el que cada Autoridad Portuaria “*consulta*”, al menos una vez al año, sobre las condiciones de prestación de los servicios, esto es, las tarifas que se van a exigir por los servicios portuarios abiertos al uso general y la calidad y organización de estos servicios, así como el establecimiento, mantenimiento o revisión de la limitación del número de prestadores de servicios (art. 124 LPEMM). Se trata, pues, de un mero organismo en el que se pueden llevar a cabo consultas, un ámbito en el que se puede intercambiar información, pero no es un organismo en el que se puede llegar a acuerdos entre el titular de la infraestructura y sus usuarios sobre las tarifas portuarias que se van a aplicar.

#### **1.2.4 Precios privados por la prestación de servicios comerciales**

La LPEMM permite que en los puertos se presten servicios comerciales, esto es, servicios o actividades que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, están vinculados a la actividad portuaria (art. 138).

Las Autoridades Portuarias pueden prestar servicios comerciales en concurrencia con los particulares, aunque la LPEMM lo limita a aquellos casos en que exista una deficiencia de la iniciativa privada (art. 140).

La prestación de servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias genera el pago de tarifas, que tienen la naturaleza de precios privados (arts. 140 y 246 LPEMM). Estas tarifas son libremente aprobadas por el Consejo de Administración de cada Autoridad Portuaria, aunque la Ley impone determinados límites, como son la obligación de contribuir al objetivo de autofinanciación y de evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos y actuaciones discriminatorias, así como la prohibición de aprobar tarifas inferiores al coste del servicio, salvo en los casos de ausencia de concurrencia de particulares.

En el caso de servicios comerciales prestados por la iniciativa privada, aquí rige la plena libertad de los prestadores para fijar los precios privados, sin que la LPEMM haya previsto ninguna potestad tarifaria sobre los mismos.

A modo de conclusión, se puede decir que el papel de las Autoridades Portuarias en lo que se refiere a los ingresos portuarios tiene distinta intensidad en función del tipo de ingreso de que se trate.

En el caso de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, que es el tema que nos ocupa en esta tesis, las Autoridades Portuarias se limitan a recaudarlas, sin capacidad alguna para incidir sobre ellas, pues tan sólo se prevé un escaso margen de intervención a través de la aplicación de bonificaciones y coeficientes correctores definidos en la ley. La LPEMM no sólo no regula como tal el derecho de acceso a las infraestructuras portuarias, tratando la cuestión como un caso más de uso del dominio público, sino que además la intervención de las Autoridades Portuarias en la determinación del precio a pagar por este uso es prácticamente nula.

Tampoco tienen las Autoridades Portuarias ninguna intervención en la determinación de las tasas por la prestación del servicio de señalización marítima, a pesar de ser un servicio prestado por ellas mismas.

En el caso de los servicios portuarios, la LPEMM atribuye una potestad tarifaria a las Autoridades Portuarias para intervenir en determinados supuestos sobre las tarifas que pueden exigir los prestadores privados a sus usuarios. Esta misma potestad tarifaria se atribuye a Puertos del Estado en los casos excepcionales de prestación de alguno de los servicios portuarios por parte de las Autoridades Portuarias.

Y en el caso de los servicios comerciales, la intervención de las Autoridades Portuarias es máxima si son éstas quienes los prestan, dado que se las faculta

para aprobar libremente los precios privados exigibles por estos servicios. Por el contrario, no se prevé intervención alguna sobre los precios privados exigidos por los prestadores privados de estos servicios.

## **2. Los ingresos del gestor ferroviario**

### **2.1 Antecedentes**

Las Leyes de ferrocarriles de 1855<sup>771</sup> y 1877<sup>772</sup> no tuvieron la necesidad de ocuparse del acceso a las infraestructuras ferroviarias y del precio a pagar por ello, porque el modelo se basaba fundamentalmente en infraestructuras de propiedad de las concesionarias que las construían y explotaban en exclusiva, y que sólo pasaban al dominio del Estado una vez expiraba la concesión, aunque también es cierto que se previó la posibilidad de infraestructuras construidas y explotadas por el Estado. Ante este monopolio de cada concesionario sobre su infraestructura, ambas leyes sólo contenían referencias a las tarifas de peaje y transporte que debían pagar los usuarios de los ferrocarriles, sin ninguna referencia al acceso de terceros a las infraestructuras para realizar otras actividades de transporte y pagar un precio por ello. El titular de cada línea ferroviaria explotaba unitariamente su infraestructura y el servicio de transporte.

La misma situación se dio con la aprobación de la Ley de bases de ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941<sup>773</sup>, que nacionalizó toda la red ferroviaria de vía ancha y creó un monopolio público en manos del Estado para la prestación del servicio público de transporte ferroviario a través de RENFE. A partir de esta Ley, se implantó un modelo basado en la unidad de explotación pública de las infraestructuras y el transporte ferroviario mediante RENFE –salvo los ferrocarriles de vía estrecha, según se vio, en manos de particulares en virtud de las concesiones otorgadas

---

<sup>771</sup> Ley de 3 de junio de 1855 (Gaceta de Madrid de 6 de junio de 1855).

<sup>772</sup> Ley de 23 de noviembre de 1877 (Gaceta de Madrid de 24 de noviembre de 1877).

<sup>773</sup> BOE de 28 de enero de 1941.

al amparo de las Leyes de ferrocarriles secundarios. Por ello, el Decreto de 11 de julio de 1941, sobre organización y administración de la Red Nacional de los Ferrocarriles de España<sup>774</sup>, tan sólo se ocupó de las tarifas exigibles al transporte de viajeros y mercancías, sin ninguna previsión sobre el acceso de terceros a las infraestructuras para realizar otras actividades de transporte sobre ellas ni sobre el pago por este acceso.

El anterior modelo de explotación unitaria de la infraestructura y el transporte ferroviario se mantuvo en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres<sup>775</sup>, aunque se permitió también la gestión indirecta mediante concesionario. RENFE continuó explotando unitariamente el servicio público ferroviario (infraestructuras y transporte) que formaba parte de la Red Nacional Integrada (art. 156), y si bien se previó que las líneas ferroviarias que no formaban parte de dicha Red podían ser explotadas directamente por RENFE o indirectamente por un concesionario (arts. 158 y 159), todo el modelo se basaba en el principio de unidad de explotación “*camino-vehículo*” (art. 1).

Este modelo basado en la unidad de explotación de las infraestructuras y el transporte ferroviario se empezó a resquebrajar tras la incorporación de España a las Comunidades Europeas, que obligó a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 91/440/CEE, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios<sup>776</sup>, lo cual tuvo lugar mediante la aprobación primero del Real Decreto 121/1994, de 28 de enero, por el que se aprueba el Estatuto de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE)<sup>777</sup>, y muy especialmente después con la aprobación de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>778</sup> (art. 104), y en desarrollo de la misma, el Real Decreto 2111/1998, de 2 de octubre, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias<sup>779</sup>.

---

<sup>774</sup> BOE de 26 de julio de 1941.

<sup>775</sup> BOE de 31 de julio de 1987. El Reglamento que desarrolló la Ley fue aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE 8 de octubre de 1990).

<sup>776</sup> DOCE nº L 237 de 24 de agosto de 1991.

<sup>777</sup> BOE de 11 de febrero de 1994.

<sup>778</sup> BOE de 31 de diciembre de 1997.

<sup>779</sup> BOE de 19 de octubre de 1998.



En efecto, según se vio en el anterior capítulo, la Directiva 91/440/CEE permitió, con alcance limitado, el acceso y el tránsito por las redes ferroviarias de los Estados miembros. En concreto, la norma comunitaria previó el acceso y el tránsito por dichas redes a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias y a las empresas ferroviarias de transportes combinados internacionales de mercancías, a cambio del pago al administrador de la infraestructura de un canon no discriminatorio. Ello supuso no sólo la separación entre la gestión de la infraestructura ferroviaria y la explotación de los servicios ferroviarios, sino también el reconocimiento del derecho a acceder a la infraestructura ferroviaria, con la contrapartida de tener que pagar un canon por ello.

Esto es lo que parcialmente y de forma escueta trató de prever el citado Real Decreto 121/1994 (disposición adicional única). La norma se limitó a disponer que RENFE exigiría a las empresas explotadoras de servicios ferroviarios que se sirviesen de la infraestructura cuya administración y mantenimiento tenía encomendadas un canon por la utilización de dicha infraestructura, que se consideraba un precio público. Nada más se regulaba sobre este canon –y mucho menos sobre el ejercicio del derecho–, en especial en lo que se refiere a su cálculo, sino que la norma se remitía a la cuantía que aprobase el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente en función de los kilómetros recorridos, la composición del tren, la velocidad, el periodo de uso de la infraestructura y otros factores.

Hubo que esperar, pues, a la Ley 66/1997 (art. 104) y al Real Decreto 2111/1998, antes citados, para disponer de una regulación más completa. Ambas normas no sólo regularon detalladamente el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias para las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias establecidas en la Unión Europea y las empresas ferroviarias de transportes combinados internacionales de mercancías, sino también el canon que podía percibir de forma no discriminatoria el administrador de la infraestructura ferroviaria<sup>780</sup> por su utilización. No obstante, ambas normas no

---

<sup>780</sup> En ese momento, el administrador de infraestructuras ferroviarias era el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), previsto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medias

concretaban ni la cuantía del canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias ni las modalidades de abono (cuantía única o periódica), haciéndose una remisión a lo que determinase el Ministerio de Fomento.

La Ley 66/1997 y el Real Decreto 2111/1998 tampoco decían nada sobre la naturaleza jurídica del canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias, aunque visto el precedente del citado Real Decreto 121/1994, es fácil pensar que se trataba de un precio público. Además, aunque no se insistirá mucho sobre la cuestión, ya se vio anteriormente que la Ley de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril de 1989 (art. 24) calificó de precio público la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, por lo que el canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias entraría en la órbita de los precios públicos. No obstante, tras la modificación de la Ley de Tasas y Precios Públicos por la Ley 25/1998, de 13 de julio, ninguna duda cabía ya sobre la naturaleza de tasa del canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias, no sólo porque se restablecía dentro del concepto de tasa la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, sino también porque de manera expresa se citaba como tasa vigente el canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias creado por la Ley 66/1997 (disposición final primera de la Ley 25/1998)<sup>781</sup>.

La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF de 2003)<sup>782</sup>, consagró la separación de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios ferroviarios, atribuyendo la primera actividad al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y la segunda a RENFE-Operadora. Además, previó una progresiva apertura del

---

Fiscales y del Orden Social (art. 160) (BOE de 31 de diciembre de 1996), y en el Real Decreto 613/1997, de 25 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) (BOE de 29 de abril de 1997).

<sup>781</sup> Rozas Valdés, J.A., "*Naturaleza jurídica del canon de infraestructuras*", en Montoro Chiner, M.J. (coordinadora), *Las Infraestructuras Ferroviarias del III Milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999, criticó la configuración del canon ferroviario como tasa en la disposición final primera de la Ley 25/1998, porque para la determinación de su cuantía se tenía en cuenta, entre otros parámetros, la situación de mercado. Según el autor, si es una tasa y, por ello, existe una imposición coactiva para contribuir al sostenimiento de los gastos de la infraestructura, no puede basarse su fijación en el mercado porque no hay mercado cuando se trata de un monopolio y porque el dominio público está fuera del comercio (p. 108).

<sup>782</sup> BOE de 18 de noviembre de 2003.

transporte ferroviario a la competencia, lo que exigía el establecimiento de un procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias (asignación por parte de ADIF de franjas horarias o surcos definidos en la *Declaración sobre la red*) y el pago de un canon por el acceso a dicha infraestructura.

Este canon de acceso a las infraestructuras ferroviarias, que se concebía como una tasa, era el pago que las empresas ferroviarias debían realizar por la utilización de las infraestructuras de la RFIG, las estaciones y demás instalaciones ferroviarias (art. 73 LSF de 2003). En puridad, la Ley 39/2003 contemplaba dos cánones derivados del acceso a las infraestructuras ferroviarias: el canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG (art. 74) y el canon por la utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias (art. 75), cada uno de ellos con distintas modalidades<sup>783</sup>.

La Ley 39/2003 recogió los criterios de cuantificación de estos cánones, pero la concreción de las cuantías se derivaba a una Orden ministerial<sup>784</sup> y su actualización a la Ley de Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, a otra Orden ministerial (art. 77), aunque la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto<sup>785</sup>, luego reiterada por la Ley 1/2014, de 28 de

---

<sup>783</sup> En el caso del canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG (art. 74), se previeron cuatro modalidades: el canon de acceso (Modalidad A), que grababa el derecho de utilización con carácter general de la RFIG o de parte de ella; el canon por reserva de capacidad (Modalidad B), que grababa la disponibilidad del trayecto solicitado; el canon de circulación (Modalidad C), que grababa la utilización efectiva de la capacidad reservada; y el canon por tráfico (Modalidad D), que grababa el tráfico producido sobre la infraestructura ferroviaria. En el caso del canon por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias (art. 75), se previeron cinco modalidades: el canon por la utilización de estaciones por parte de los viajeros (Modalidad A); el canon por el estacionamiento y la utilización de andenes en las estaciones (Modalidad B); el canon de paso por cambiadores de ancho (Modalidad C); el canon por la utilización de vías de apartado (Modalidad D); y el canon por la prestación de servicios que precisen de autorización para la utilización del dominio público ferroviario (Modalidad E).

<sup>784</sup> Orden FOM/898/2005, de 8 de abril, por la que se fijan las cuantías de los cánones ferroviarios establecidos en los artículos 74 y 75 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE de 9 de abril de 2005).

<sup>785</sup> Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013).

febrero<sup>786</sup>, acotó la cuestión y obligó a realizar dicha actualización sólo mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado. El administrador de infraestructuras ferroviarias, en definitiva, se limitaba a proponer la modificación y actualización de los cánones ferroviarias y a su cobro (arts. 21.1.I, 76 y 77 LSF de 2003), sin ninguna capacidad de decisión al respecto, pues era el legislador quien aprobaba los cánones<sup>787</sup>. Tampoco se reconocía al administrador de infraestructuras ferroviarias capacidad alguna para adaptar los cánones a lo que en cada momento exigiesen las necesidades de explotación de la infraestructura. De hecho, a pesar de que el citado Real Decreto-ley 11/2013 introdujo en la Ley 39/2003 (art. 73.6) un sistema de bonificaciones e incentivos (penalizaciones, compensaciones y primas), estos debían ser desarrollados y actualizados mediante Orden del Ministerio de Fomento<sup>788</sup>.

La Ley 39/2003 también contemplaba la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares, imprescindibles para facilitar el funcionamiento del sistema ferroviario (art. 39). En la redacción originaria de la Ley 39/2003 se podían prestar directamente por el administrador de infraestructuras ferroviarias o por terceros con título habilitante (art. 40) y se previó que por estos servicios debían pagarse tarifas, que tenían la naturaleza de precios privados aprobados anualmente por el administrador de infraestructuras ferroviarias, aunque el Ministerio de Fomento podía introducir exenciones o bonificaciones obligatorias, compensándose al administrador por la disminución de ingresos (arts. 78 y 79). También el uso comercial de instalaciones y espacios generaba la obligación de pagar tarifas.

---

<sup>786</sup> Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 1 de marzo de 2014).

<sup>787</sup> La modificación del artículo 77 de la Ley del Sector Ferroviario de 2003 mediante la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE de 17 de septiembre de 2014) no alteró esta regla.

<sup>788</sup> Orden FOM/189/2015, de 11 de febrero, por la que se desarrollan principios básicos de aplicación de incentivos en el sistema de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias, establecidos en el artículo 73 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE de 12 de febrero de 2015), modificada por la Orden FOM/642/2018, de 13 de junio (BOE de 15 de junio de 2018).

Sin embargo, tras las modificaciones en la Ley 39/2003 introducidas por las Leyes 25/2009, de 22 de diciembre<sup>789</sup>, y 2/2011, de 4 de marzo<sup>790</sup>, se redujo la apertura a la competencia en lo que se refiere a la prestación de servicios, al preverse que la prestación de servicios adicionales en la RFIG y sus zonas de servicio sería realizada siempre por el administrador de infraestructuras ferroviarias, por los que percibía las correspondientes tarifas, que tenían la naturaleza de precios privados a pesar de que, por falta de competencia, eran precios coactivos impuestos unilateralmente por el poder público –eran aprobados por el Ministerio de Fomento a propuesta, no vinculante, del administrador de infraestructuras ferroviarias.

En cambio, en el caso de los servicios complementarios, la citada reforma previó que podían prestarse por el propio administrador de infraestructuras ferroviarias (con sus propios medios o indirectamente a través de empresas contratistas con título habilitante), directamente por empresas prestadoras a su riesgo y ventura (provistas también de título habilitante) y por las propias empresas ferroviarias en régimen de autoprestación. También la prestación de estos servicios complementarios daba lugar a la percepción de una tarifa. Si la prestación de los servicios tenía lugar sobre la RFIG y sus zonas de servicio administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, eran aprobados por el Ministerio de Fomento a propuesta de dicho administrador, con independencia de quien prestase el servicio. Por el contrario, si estos servicios eran prestados en zonas de servicio no administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, las tarifas se fijaban libremente por la empresa prestadora.

Y en el caso de los servicios auxiliares sobre la RFIG y sus zonas de servicio administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, estos se prestaban libremente en régimen de Derecho privado (admitiéndose también la autoprestación), y el precio a pagar era libremente acordado por las partes.

---

<sup>789</sup> Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE de 23 de diciembre de 2009).

<sup>790</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo de 2011).

Finalmente, debe hacerse referencia al Comité de Regulación Ferroviaria, adscrito al Ministerio de Fomento, que fue creado por la Ley 39/2003 (art. 82)<sup>791</sup>, y cuyas funciones en lo que se refiere a los cánones se limitaron en su redacción originaria a “velar” por que cumplieran dicha ley y no fueran discriminatorios (art. 83.1.c). Sólo en el caso de las tarifas se previó inicialmente que le correspondía resolver los conflictos entre el administrador de infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias en lo que se refiere a la cuantía, la estructura o la aplicación de las tarifas exigibles (art. 83.1.d). Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible, estas funciones se aplicaban indistintamente a cánones y tarifas ferroviarias.

## **2.2 El régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas ferroviarias**

El régimen tarifario vigente aplicable por el uso de las infraestructuras ferroviarias y por la prestación de servicios a sus usuarios se contiene en la Ley del sector ferroviario de 2015 (LSF de 2015)<sup>792</sup>, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre<sup>793</sup>, régimen que al igual que ocurre en el sector portuario, trata de ajustarse a la doctrina constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas, regulándose en la ley todos los elementos esenciales de aquellas prestaciones económicas que son de carácter coactivo por ser establecidas unilateralmente por el poder público.

La regulación ferroviaria coincide con el sector portuario en la existencia de unos bienes e instalaciones de naturaleza demanial que son construidos y

---

<sup>791</sup> La CNMC sustituyó al Comité de Regulación Ferroviaria tras la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio (BOE de 5 de junio de 2013), que con carácter transitorio previó (disposición adicional decimosexta) que, hasta la puesta en funcionamiento de la CNMC, el Comité de Regulación Ferroviaria pasaba a denominarse Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria y ejercía no sólo las funciones hasta ese momento atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria, sino también las funciones de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria creada por el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto (BOE de 30 de agosto de 2011).

<sup>792</sup> Ley 38/2015, de 29 de septiembre (BOE de 30 de septiembre de 2015).

<sup>793</sup> Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (BOE de 27 de diciembre de 2018).

gestionados por la Administración y, en menor medida, en el hecho de haberse liberalizado la prestación de determinados servicios. Sin embargo, a diferencia de los puertos, la legislación ferroviaria contiene una detallada regulación del derecho de acceso a la infraestructura y el precio a pagar por ello.

Los distintos ingresos que percibe el administrador de infraestructuras ferroviarias se refieren al uso de las mismas y a la prestación de servicios. A diferencia del sector portuario, la LSF de 2015 no sólo se refiere a la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público con el correspondiente pago de una tasa, sino que, a imagen y semejanza con el sector aeroportuario, contempla también una completa regulación del derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria –en forma de adjudicación de capacidad de infraestructura–, con la consiguiente obligación de pagar por este acceso un canon ferroviario que tiene la naturaleza de tasa y por ello se regula en la ley, en concreto, en un capítulo de la LSF de 2015 dedicado a las tasas ferroviarias. Se trata de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, y ello exige que su creación y sus elementos esenciales estén predeterminados en la ley.

Por el contrario, en el caso del acceso a los servicios básicos, complementarios y auxiliares, se prevé el pago de precios privados. Aunque estos ingresos no se refieren en puridad al pago por el acceso a las infraestructuras ferroviarias, se hará alguna referencia a los mismos para tener una visión global de todo el régimen vigente de ingresos ferroviarios y por estar estos servicios estrechamente vinculados con el acceso y uso efectivo de las infraestructuras ferroviarias<sup>794</sup>.

---

<sup>794</sup> La LSF de 2015 contempla otras tasas que se escapan al objeto de esta tesis, como son la tasa por licencia de empresa ferroviaria (art. 76), la tasa por otorgamiento de autorización de seguridad y de certificado de seguridad (art. 80), las tasas por homologación de centros, certificación de entidades y material rodante, otorgamiento de títulos y licencias y autorizaciones de entrada en servicio (art. 84) y la tasa por la prestación de servicios y realización de actividades en materia de seguridad ferroviaria (art. 88).

### **2.2.1 Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público**

El precio a pagar al administrador de infraestructuras ferroviarias por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público ferroviario se regula en la LSF de 2015 como una tasa, que debe ajustarse a la Ley General Tributaria y a la Ley de Tasas y Precios Públicos (disposición adicional segunda de la LSF de 2015).

Pero a diferencia del sector portuario, la LSF de 2015 no contiene una completa regulación de los títulos (concesiones y autorizaciones) que permiten la utilización del dominio público ferroviario, por lo que deberá estarse al régimen general previsto en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Sin embargo, sí contempla la tasa a pagar por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público ferroviario que se deriva del otorgamiento de estas concesiones y autorizaciones, aunque la LSF de 2015 se remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado en lo que se refiere a la determinación por primera vez de la cuantía a aplicar sobre la base imponible, a los efectos de calcular la cuota tributaria (arts. 93 y 95). Por el contrario, su posterior actualización se puede hacer por Orden del Ministerio de Fomento, extremo que reviste serias dudas de constitucionalidad a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas.

La tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público ferroviario, como cualquier tasa, presenta la nota característica de la coactividad propia de las prestaciones patrimoniales públicas, dado que se establece unilateralmente por el poder público y además se refiere a unos bienes que son un monopolio de titularidad pública. Por ello, al tratarse de una prestación patrimonial pública, sus elementos esenciales están previstos en la LSF de 2015 o, por remisión de ésta, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ninguna intervención se reconoce al administrador de la infraestructura ferroviaria a la hora de determinar la tasa por la utilización privativa o



aprovechamiento especial del dominio público ferroviario, limitándose a liquidarla y recaudarla (art. 94).

### **2.2.2 Canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias**

La LSF de 2015 regula detalladamente el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias, incluidas las instalaciones de servicios, diferenciando este derecho de lo que es la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público.

Como contrapartida al ejercicio de este derecho de acceso a las infraestructuras, la LSF de 2015 prevé el pago de distintas tasas, que reciben el nombre de cánones ferroviarios (art. 96.1) y, como tales, deben ajustarse a la Ley General Tributaria y a la Ley de Tasas y Precios Públicos (disposición adicional segunda de la LSF de 2015).

Estos cánones ferroviarios son las prestaciones económicas que el administrador de la infraestructura ferroviaria percibe de las empresas ferroviarias por la utilización de las líneas de la RFIG, las estaciones de transporte de viajeros, las terminales de transporte de mercancías y otras instalaciones de servicios.

La LSF de 2015 contempla dos cánones por el acceso a las infraestructuras ferroviarias: el canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG, que presenta tres modalidades (art. 97), y el canon por la utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, que tiene cinco modalidades (art. 98).

Empezando por el canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG, se trata de una tasa que se paga por el acceso a dichas líneas ferroviarias y por la prestación de servicios inherentes a dicha utilización, que debe ser pagado por las empresas ferroviarias que utilicen o sean adjudicatarias de capacidad para poder circular por la RFIG, así como por los

agentes de transporte, los cargadores y los operadores de transporte combinado que, sin ser empresas ferroviarias, obtengan la adjudicación de capacidad.

Este canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG presenta tres modalidades: el canon por adjudicación de capacidad (modalidad A); el canon por utilización de las líneas ferroviarias (modalidad B); y el canon por utilización de las instalaciones de transformación y distribución de la energía eléctrica de tracción (modalidad C).

El canon por adjudicación de capacidad (modalidad A) retribuye el servicio de asignación de franjas horarias a los candidatos, definidas en la *Declaración sobre la red*, con el fin de que un tren pueda circular entre dos puntos durante un periodo de tiempo determinado. Se pretende con este canon repercutir los costes del proceso de adjudicación de capacidad, así como los de gestión del tráfico, seguridad en la circulación y los de reposición de las instalaciones de seguridad y control del tráfico, directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario.

En cuanto al canon por utilización de las líneas ferroviarias (modalidad B), retribuye la acción y efecto de utilizar la línea ferroviaria. En particular, se repercuten los costes de mantenimiento y conservación de la infraestructura ferroviaria, directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario.

Y, finalmente, el canon por utilización de las instalaciones de transformación y distribución de la energía eléctrica de tracción (modalidad C), retribuye la acción y efecto de utilizar las instalaciones de electrificación de una línea ferroviaria. Ello incluye la repercusión de los costes de mantenimiento y conservación de las instalaciones de electrificación (subestaciones, edificios técnicos, catenaria, subestaciones móviles, etc.) y sus costes de reposición, directamente imputables a la explotación del servicio.

El cálculo de estas tres modalidades de cánones por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG está predeterminado por la ley, sin que el

administrador de la infraestructura ferroviaria tenga ningún margen sobre ello, que se limita a gestionarlos y recaudarlos (art. 99 LSF de 2015). En este sentido, la LSF de 2015 determina que la cuota íntegra de estos tributos se obtiene aplicando a la base imponible (tren kilómetro) la cantidad determinada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada tipo de línea, servicio o tracción, y posteriormente se obtiene la cuota líquida aplicando sobre la cuota íntegra determinadas adiciones<sup>795</sup> y bonificaciones<sup>796</sup>, que también están predeterminadas en la propia LSF de 2015 o, por remisión de ésta, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Por lo que se refiere al canon por la utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, se trata de una tasa que presenta cinco modalidades (A, B, C, D y E).

En primer lugar, se prevé un canon por la utilización de las estaciones de transporte de viajeros (modalidad A), que repercute los costes asociados al mantenimiento y conservación de las estaciones, a su reposición, a la prestación de los servicios básicos mínimos de las estaciones, a la prestación del servicio de vigilancia de las estaciones y el control de acceso de viajeros y sus equipajes y a determinados gastos financieros.

La segunda modalidad es el canon por el paso por cambiadores de ancho (modalidad B), que repercute los costes asociados directamente al mantenimiento y reposición de estas instalaciones.

---

<sup>795</sup> El artículo 97.5 LSF de 2015 prevé dos adiciones sobre la cuota íntegra para determinar la cuota líquida, según las cuantías fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado: una adición sobre el canon por adjudicación de capacidad (modalidad A) por el uso no eficiente de ésta, con el fin de optimizar la utilización de la red ferroviaria, incentivando las mejoras en los procesos de programación de trenes por parte de los operadores; y otra adición sobre el canon por utilización de las líneas ferroviarias (modalidad B) por el uso de redes de altas prestaciones o la explotación de servicios de ancho variable u otras situaciones de elevada intensidad de tráfico en determinados periodos horarios.

<sup>796</sup> El artículo 97.6 LSF de 2015 prevé tres bonificaciones: la bonificación para incentivar el crecimiento del transporte ferroviario, la bonificación para incentivar la implantación del sistema ERTMS y la bonificación para fomentar el aprovechamiento de la capacidad disponible de las infraestructuras.

En tercer lugar, se prevé el canon por la utilización de vías con andén en estaciones para estacionamiento de trenes de servicios comerciales de viajeros y otras operaciones (modalidad C), que grava los costes directamente asociados al mantenimiento y conservación de las instalaciones utilizadas para el estacionamiento de trenes para servicios comerciales de viajeros sin otras operaciones (tarifa C1) o el estacionamiento para otras operaciones, como son la limpieza del tren interior y/o exterior mínima, las operaciones de carga y descarga de servicios a bordo, la utilización de tomas de agua, la utilización de instalaciones de combustible, la utilización de tomas eléctricas, la utilización de instalaciones de vaciado WC y otras análogas (tarifa C2).

En cuarto lugar, se prevé la modalidad del canon por la utilización de vías en instalaciones de servicio de apartado, de formación de trenes y maniobras, de mantenimiento, de lavado y limpieza y de suministro de combustible (modalidad D), que repercute los costes directamente asociados al mantenimiento y conservación de las instalaciones utilizadas.

Y finalmente, se prevé el canon por la utilización de puntos de carga para mercancías (modalidad E), que repercute los costes directamente asociados al mantenimiento y reposición de las instalaciones utilizadas.

En cuanto a los obligados de este canon por la utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, debe ser pagado, según los casos, por las empresas ferroviarias que utilicen las instalaciones de servicio (modalidades A, B, C, D y E), los titulares de material rodante ferroviario que también las utilicen (modalidades D y E) y los agentes de transporte, cargadores y operadores de transporte combinado que utilicen los puntos de carga para mercancías (modalidad E).

Finalmente, por lo que se refiere al cálculo de estas cinco modalidades de cánones, también es un aspecto que está predeterminado por la ley, dado que las cuantías deben fijarse en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En definitiva, el administrador de la infraestructura ferroviaria no tiene ningún margen en la determinación de los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias, limitándose sus funciones a la mera gestión y recaudación de los mismos (art. 99 LSF de 2015). La cuantía de las tres modalidades de cánones por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG y de las cinco modalidades de canon por la utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias está predeterminada en la LSF de 2015 y, por remisión de ésta, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Por otro lado, si bien es cierto que se ha previsto un mecanismo de consulta a las empresas ferroviarias para la revisión de las cuantías de los cánones, e incluso la emisión de un informe por parte de la CNMC (art. 100 LSF de 2015), ni dichas consultas suponen una negociación entre el administrador de infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias para llegar a acuerdos sobre el precio a pagar por el acceso a las infraestructuras, ni el informe de la CNMC tiene carácter vinculante. Además, tras las citadas consultas y la emisión del informe de la CNMC, el administrador de la infraestructura ferroviaria se limita a realizar una “propuesta” de revisión de cánones<sup>797</sup>, correspondiendo en definitiva al legislador la decisión sobre las cuantías de los cánones de acceso mediante la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En esta tesitura, es fácil concluir que los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias tienen naturaleza coactiva al ser establecidos

---

<sup>797</sup> La LSF de 2015 (art. 96) trata de sujetar la fijación de los cánones ferroviarios a determinados principios generales (viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz, situación del mercado, equilibrio financiero, igualdad, transparencia y no discriminación) o que se tengan en cuenta determinados aspectos (costes medioambientales, congestión de la infraestructura, entre otros). Además, la facultad del administrador de infraestructuras ferroviarias de proponer las cuantías de los cánones de acceso está muy limitada en la propia LSF de 2015 (art. 100.3), que sólo le permite proponer una modificación o actualización de cánones que se ajuste a las previsiones de su programa de actividad, con incrementos que no superen el 5% sobre las cuantías indicadas en dicho programa (salvo causas excepcionales debidamente justificadas en la memoria económico financiera). La LSF de 2015 modifica (disposición final primera) la Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuyéndole funciones de supervisión del proceso de consultas y fijación de cánones o de resolución de reclamaciones en materia cánones, pero es en definitiva el legislador quien aprueba los cánones ferroviarios.

unilateralmente por el poder público, por lo que, así configurados, deben tratarse como prestaciones patrimoniales públicas.

### **2.2.3 Precios privados por la prestación de servicios básicos, complementarios y auxiliares**

La LSF de 2015 (art. 101 y 102) regula los precios privados por la prestación de servicios básicos, complementarios y auxiliares, cuyo régimen jurídico ha sido modificado por el citado Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre.

Con anterioridad a esta última reforma, se preveía el pago de tarifas por la prestación de servicios complementarios y auxiliares, que tenían la naturaleza de precios privados. En el caso de los servicios complementarios, la fijación de las tarifas se regulaba en la propia LSF de 2015 (art. 102), mientras que en el caso de los servicios auxiliares las tarifas se acordaban libremente por las partes, salvo en el caso de existir un único proveedor, en el que la LSF de 2015 (art. 101) imponía que el precio no superase el coste de su prestación más un beneficio razonable.

Con la regulación vigente, la posibilidad de acordar libremente los precios no sólo se prevé para los servicios auxiliares, sino que se amplía a los servicios complementarios, aunque en ambos supuestos se prevé que, de existir un único proveedor, el precio no puede superar el coste de su prestación más un beneficio razonable, obligación que también se prevé para los servicios básicos.

En conclusión, se puede decir que el papel del administrador de la infraestructura ferroviaria en lo que se refiere a sus ingresos tiene distinta intensidad en función del tipo de ingreso de que se trate.

Al igual que ocurre en el sector portuario, en el caso de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, el administrador de la infraestructura ferroviaria se limita a recaudarlas, sin capacidad alguna para incidir sobre ellas. Y lo mismo cabe decir de los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias, que están predeterminados en la ley, sin ningún margen de maniobra para el administrador de la infraestructura ferroviaria. Por el contrario, goza de más libertad en el caso de los precios privados por la prestación de servicios básicos, complementarios y auxiliares, limitados en los primeros y plenamente liberalizados en los demás.

El Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, ha tenido la oportunidad de adaptar los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias a las exigencias del Derecho de la Unión Europea con motivo de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias<sup>798</sup>. Pero no ha sido así. Las modificaciones introducidas en la Ley del Sector Ferroviario de 2015 han dejado intacto el sistema de cánones ferroviarios. Aunque el preámbulo de la norma dice que se refuerza la independencia e imparcialidad de los administradores de infraestructuras ferroviarias, ello se focaliza en la adopción de medidas de separación organizativa respecto de cualquier empresa ferroviaria, especialmente en vistas a la posible entrada, como administradores de infraestructuras, de empresas integradas verticalmente prevista en la citada Directiva, que son aquellas en las que en una misma empresa conviven un administrador de infraestructuras y un operador de servicios de transporte sin personalidad jurídica diferente.

A pesar de que la anterior reforma de la Ley del Sector Ferroviario de 2015 prevé que se garantiza la independencia del administrador de infraestructuras

---

<sup>798</sup> DOCE de 23 de diciembre de 2016.

ferroviarias en la toma de decisiones de sus funciones esenciales (art. 21.2), entre las que debería incluirse la fijación de los cánones, lo cierto es que en lo que atañe al modelo de cánones ferroviarios nada ha cambiado. Más bien lo contrario si tenemos en cuenta la nueva disposición adicional decimonovena incorporada en la Ley, relativa a las adiciones a los cánones ferroviarios, pues no sólo se delimitan los criterios para poder introducir adiciones, sino que además se prevé expresamente que el administrador de infraestructuras ferroviarias se limita a realizar una “*propuesta*” de adiciones.

#### **2.2.4 Especial referencia a las potestades de la CNMC sobre los cánones ferroviarios**

La Directiva 2012/34/UE de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, obliga a los administradores de infraestructuras ferroviarias a velar por que el sistema de cánones aplicado dé como resultado que las empresas ferroviarias que presten servicios de naturaleza semejante en una parte similar del mercado abonen cánones equivalentes y no discriminatorios (art. 29.3), y como garantía de esta obligación prevé que el organismo regulador para el sector ferroviario de cada Estado debe estar facultado, por un lado, para resolver los recursos que interpongan los candidatos, las empresas ferroviarias y los explotadores de instalaciones de servicio contra las decisiones del administrador de infraestructuras ferroviarias que supongan un trato injusto o discriminatorio, o les cause algún otro perjuicio, en relación con el sistema, la cuantía o la estructura de los cánones (art. 56.1); y, por el otro, para velar por que los cánones establecidos por el administrador de infraestructuras no sean discriminatorios (art. 56.6).

En desarrollo de las precisiones de la Directiva 2012/34/UE, la Ley 3/2013, de 4 de junio, atribuye a la CNMC, en primer lugar, la supervisión y control, por iniciativa propia, de las actividades de los administradores de infraestructuras ferroviarias y, cuando proceda, las de los explotadores de instalaciones de servicio y empresas ferroviarias, en relación con el sistema, la cuantía o la



estructura de los cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios (art. 11.2.b); y en segundo lugar, la supervisión y control del proceso de consulta previo a la fijación de cánones y tarifas entre empresas ferroviarias o candidatos y los administradores de infraestructuras, con posibilidad de intervenir cuando prevea que el resultado de dicho proceso puede contravenir las disposiciones vigentes (art. 11.2.d). Asimismo, se prevé que corresponde a la CNMC la resolución de las reclamaciones que versen sobre la cuantía, la estructura o la aplicación de los cánones, tarifas y precios (art. 12.1.f.3º).

También debe tenerse presente que la Ley del Sector Ferroviario de 2015 establece que la propuesta del administrador de infraestructuras ferroviarias de modificación o revisión de las cuantías del canon por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG y del canon por utilización de las instalaciones de servicio titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias (arts. 97 y 98) se someterá a informe de la CNMC (art. 100.1), aunque, según se apuntaba en líneas anteriores, no se prevé que dicho informe tenga carácter vinculante, ni mucho menos, como ocurren en otros sectores regulados, se prevé que sea la CNMC quien finalmente apruebe los cánones de acceso.

Por otro lado, la Ley 3/2013 reconoce a la CNMC la potestad de “*salvaguardar la pluralidad de la oferta*” en la prestación de los servicios sobre la RFIG y sus zonas de servicio ferroviario, así como velar por que estos sean prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (art. 11.1.a). Se trata de una potestad muy amplia que prácticamente permite a la CNMC desarrollar una intervención discrecional ilimitada, lo cual ha sido objeto de crítica por la doctrina. De hecho, esta disposición es la misma que en su día permitió a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una intervención *ex post* a fin de declarar la existencia de comportamientos anticompetitivos e imponer su cese, si bien dicha intervención venía amparada por un marco legal o reglamentario que le daba cobertura a la hora de imponer obligaciones concretas y vinculantes para los operadores<sup>799</sup>. Sin embargo, en el caso del

---

<sup>799</sup> Montero Pascual, J.J., Ramos Melero, R. y Ganino, M., *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte terrestre de viajeros*, op. cit., pp. 237-244.

sector ferroviario la amplitud de esta facultad de “*salvaguardar la pluralidad de la oferta*” no va acompañada de la previsión legal de las medidas concretas que puede adoptar la CNMC, por lo que al amparo de esta fórmula tan genérica se pueden llevar a imponer a los distintos operadores del sector ferroviario todas aquellas obligaciones que libremente se le ocurran.

Teniendo presente este marco normativo que se ha descrito sobre las potestades de la CNMC en materia de cánones ferroviarios, debe cuestionarse su reciente intervención en relación con la propuesta de cánones ferroviarios para el año 2019 elaborada por ADIF y ADIF Alta Velocidad, que fue sometida a informe de la CNMC en méritos de la Ley del Sector Ferroviario de 2015 (art. 100.1).

Al respecto, el 27 de septiembre de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó una Resolución sobre la propuesta de cánones de ADIF y ADIF Alta Velocidad para 2019, en la que se concluía que los cánones por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG (art. 97) no se adecuaban a los costes directos y se les requirió para que fuesen modificados. ADIF y ADIF Alta Velocidad entendieron que esta Resolución no era vinculante y finalmente los cánones fueron aprobados sin atender el requerimiento de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por ello, en marzo de 2019 la CNMC incoó un expediente sancionador a ambas entidades públicas empresariales al considerar que el incumplimiento de las indicaciones contenidas en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria suponía una infracción del artículo 107.Uno.2.2.1 de la Ley del Sector Ferroviario de 2015 (incumplimiento de las Resoluciones de la CNMC)<sup>800</sup>. Finalmente, ambos expedientes sancionadores terminaron con sendas Resoluciones de 30 de enero de 2020, que impusieron una sanción económica a ADIF y ADIF Alta Velocidad.

---

<sup>800</sup> La CNMC informó el 26 de marzo de 2019 (<https://www.cnmc.es/node/374153>) que se había incoado un expediente sancionador a ADIF y a ADIF Alta Velocidad (Exp. SNC/DTSP/041/19 y SNC/DTSP/042/19) por incumplir la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 27 de septiembre de 2018, relativa a la propuesta de cánones para el año 2019 (STP/DTSP/069/18) ([https://www.cnmc.es/sites/default/files/2161326\\_8.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2161326_8.pdf)).

Interesa destacar de las citadas Resoluciones sancionadoras los argumentos que utiliza la CNMC para justificar su competencia para conocer el asunto. Ambas Resoluciones razonaron que las facultades de la CNMC en materia de fijación de cánones no se agotan en la emisión del informe que prevé la Ley del Sector Ferroviario de 2015 (art. 100.1), sino que la CNMC también está facultada para intervenir sobre la base del artículo 11 de la Ley 3/2013, que le atribuye la potestad de supervisar y controlar los cánones, las tarifas y los precios ferroviarios. Por ello, viene a decir la CNMC, si el administrador de infraestructuras ferroviarias no atiende a las obligaciones *ex ante* que le impone en sus Resoluciones, como sería la obligación de adaptar los cánones ferroviarios propuestos a los criterios de la CNMC, se arriesga a ser sancionado.

La actuación de la CNMC es altamente discutible porque, por un lado, la ley no concreta qué obligaciones *ex ante* pueda imponer el organismo regulador al administrador de infraestructuras ferroviarias en materia de cánones ferroviarios, y por el otro, la CNMC tiene limitadas sus facultades a dos supuestos: la emisión de un informe no vinculante sobre la propuesta de cánones que le traslada el administrador de infraestructuras ferroviarias; y la resolución de las reclamaciones que se le formulen sobre la cuantía, la estructura o la aplicación de los cánones, las tarifas y los precios. **Nada** se prevé en la Ley 3/2013 ni en la Ley del Sector Ferroviario de 2015 que permita a la CNMC obligar al administrador de infraestructuras ferroviarias a alterar la propuesta de cánones ferroviarios, y mucho menos ello se puede amparar en la genérica facultad de *“salvaguardar la pluralidad de la oferta”*.

Cierto es que la CNMC está expresamente facultada para supervisar y controlar el correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios (art. 11.1), así como para supervisar y controlar la actividad de los administradores de infraestructuras ferroviarias, los explotadores de instalaciones de servicio y empresas ferroviarias en relación con el sistema, la cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios, o en

relación con el proceso de consulta previo a la fijación de cánones y tarifas (art. 11.2, letras b y d). Pero a estas facultades de supervisión y control no se anuda la facultad de la CNMC de poder imponer obligaciones *ex ante* en materia de cánones. La única previsión legal de intervención mediante resoluciones vinculantes se refiere, según se decía, a la resolución de las reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos en relación con la actuación del administrador de infraestructuras ferroviarias, los explotadores de instalaciones de servicio o prestadores de los servicios, así como las empresas ferroviarias y restantes candidatos, que versen, entre otros extremos, sobre la cuantía, la estructura o la aplicación de los cánones, tarifas y precios (art. 12.1.f.3º).

De hecho, cuando la ley ha querido que las decisiones de la CNMC sean vinculantes, lo ha dicho expresamente en cada supuesto concreto. Así, por ejemplo, volviendo a la resolución de las reclamaciones que versen sobre la cuantía, la estructura o la aplicación de los cánones, tarifas y precios en el sector ferroviario, la Ley 3/2013 establece que las Resoluciones de la CNMC tienen carácter vinculante (art. 12.2). Y en el sector aeroportuario se prevé que la CNMC puede declarar la inaplicación de las modificaciones tarifarias establecidas por la entidad gestora del aeropuerto cuando las modificaciones tarifarias se hayan realizado incumpliendo lo previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre (art. 10.2).

Por el contrario, si bien la Ley 3/2013 atribuye a la CNMC las facultades supervisión y control de los cánones, tarifas y precios ferroviarios (art. 11.2.b), e incluso del proceso de consulta previo seguido (art. 11.2.d), no le atribuye la posibilidad de imponer obligaciones *ex ante* con carácter vinculante, de modo que la CNMC no está expresamente habilitada por la ley para imponer determinados cánones ferroviarios al administrador de infraestructuras ferroviarias.

### **3. Los ingresos del gestor aeroportuario**

### 3.1 Antecedentes

La Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de las tasas y exacciones parafiscales, que otorgaba la condición de tasas a las *“prestaciones pecuniarias legalmente exigibles por la Administración del Estado, organismos autónomos, entidades de derecho público, funcionarios públicos o asimilados como contraprestación de un servicio, de la utilización del dominio público o del desarrollo de una actividad que afecta de manera particular al obligado”*, otorgó un plazo transitorio de seis meses para que se convalidasen mediante Decreto las tasas establecidas con anterioridad sin cobertura legal, transcurrido el cual sin aquella convalidación quedarían automáticamente suprimidas.

Al amparo de dicha Ley, se aprobó el Decreto 479/1960, de 17 de marzo, por el que se convalida la tasa de derechos aeroportuarios de los aeropuertos nacionales<sup>801</sup>. La tasa, que incluía los denominados *“derechos aeroportuarios de los aeropuertos nacionales”*, era gestionada en aquel momento por el Ministerio del Aire<sup>802</sup> y grababa la utilización del dominio público aeroportuario y la prestación de determinados servicios<sup>803</sup>.

Posteriormente, la Ley 37/1963, de 2 de marzo, por la que se crea la exacción denominada *“Tasas de salida de los aeropuertos nacionales en tráfico internacional”*<sup>804</sup>, incorporó una nueva tasa al catálogo de *“derechos aeroportuarios de los aeropuertos nacionales”*.

---

<sup>801</sup> BOE de 23 de marzo de 1960.

<sup>802</sup> Con posterioridad, la Ley 82/1965, de 17 de julio, sobre modificaciones en los derechos aeroportuarios de los aeropuertos nacionales (BOE de 21 de julio de 1965), especificó que la gestión de las tasas correspondía al organismo autónomo *“Aeropuertos Nacionales”*.

<sup>803</sup> En particular, la tasa grababa el aterrizaje y estacionamiento en los aeropuertos nacionales, el suministro de combustible y lubricantes a las aeronaves, la prestación de servicios en dichos aeropuertos (albergue en hangares y cobertizos, socorro, alquiler de locales para oficinas, alquiler de garaje-almacén, alquiler de tanques, servicios especiales, servicios telefónicos, telegráficos y radiotelegráficos y consignación y despacho de aviones) y la entrada de visitantes y aparcamiento de vehículos.

<sup>804</sup> BOE de 5 de marzo de 1963. Se trataba de una tasa que gravaba la utilización de instalaciones y servicios de los aeropuertos nacionales por los viajeros de tráfico internacional, que se imponía a los titulares de billetes para viajes entre un aeropuerto nacional y otro extranjero (derechos de salida).

La anterior regulación fue substituida por la Ley 15/1979, de 2 de octubre, sobre *Derechos aeroportuarios en los aeropuertos españoles*<sup>805</sup>, que ordenó las tasas gestionadas por Aeropuertos Nacionales.

La aprobación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril de 1989, según se vio, supuso un cambio de orientación en materia de tasas al crearse la figura de los precios públicos, y ello obviamente también afectó a las tasas aeroportuarias. Esta Ley obligó a modificar los “*derechos aeroportuarios en los aeropuertos españoles*”, porque parte de las tasas vigentes hasta ese momento (estacionamiento de aeronaves, suministro de combustible y lubricantes, aparcamiento de vehículos y salida de viajeros en tráfico internacional) gravaban la utilización del dominio público aeroportuario, y en méritos de dicha Ley, la utilización del dominio público debía retribuirse mediante precios públicos. La única tasa aeroportuaria que subsistió como tal fue la tasa de aterrizaje de aeronaves, y así se previó en el Real Decreto 1064/1991, de 5 de julio, sobre *Derechos Aeroportuarios en los Aeropuertos Nacionales*<sup>806</sup>. En el caso de la prestación de servicios en los aeropuertos, debían pagarse tarifas sujetas al régimen de precios públicos<sup>807</sup>.

Según se vio también, tras la STC 185/1995, la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, modificó la Ley de Tasas y Precios Públicos para adaptarla a la jurisprudencia constitucional, restituyendo dentro de la categoría de tasas la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público y regulando el amplio abanico de tasas vigentes (art. 4).

---

<sup>805</sup> BOE de 6 de octubre de 1979. Las tasas previstas en la Ley 15/1979 grababan el aterrizaje y estacionamiento, el suministro de combustible y lubricantes a las aeronaves, el aparcamiento de vehículos y la salida de viajeros en tráfico internacional.

<sup>806</sup> BOE de 9 de julio de 1991. El Real Decreto 1268/1994, de 10 de junio (BOE de 2 de julio de 1994) previó que las tasas de aterrizaje pasasen a ser gestionadas por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), creado por la Ley 4/1990, de 29 de junio (art. 82), en sustitución del organismo autónomo Aeropuertos Nacionales.

<sup>807</sup> Art. 55.3 del Estatuto de AENA, aprobado por Real Decreto 905/1991, de 14 de junio (BOE de 18 de junio de 1991).

La tasa de aterrizaje finalmente fue objeto de una nueva regulación mediante la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>808</sup> (art. 11), que previó que su hecho imponible lo constituía la utilización de las pistas de los aeropuertos y la prestación de los servicios precisos para dicha utilización (salvo los de asistencia en tierra).

Importa destacar que el precio que debía pagarse por el acceso a las infraestructuras (tasa de aterrizaje) tenía hasta este momento la naturaleza de prestación patrimonial pública de carácter tributario.

A los ingresos del gestor aeroportuario que se han descrito, relacionados con la utilización del dominio público aeroportuario y con la prestación por AENA de servicios vinculados con dicha utilización, deben añadirse otras tasas y tarifas previstas en normas aisladas. En particular, deben citarse las tarifas por el uso de la red de ayuda a la navegación aérea<sup>809</sup>, la tasa de seguridad aeroportuaria<sup>810</sup>, la tarifa de aproximación<sup>811</sup> y las tasas por prestación de servicios y realización de actividades en materia de navegación aérea<sup>812</sup>. Actualmente, ENAIRE percibe las tasas por el uso de instalaciones y servicios de navegación aérea, que incluyen la tasa de ruta de Eurocontrol y la tasa de aproximación<sup>813</sup>.

### **3.2 El régimen jurídico vigente de las tasas y tarifas aeroportuarias**

---

<sup>808</sup> BOE de 30 de diciembre de 2000.

<sup>809</sup> Art. 3 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público (BOE de 14 de julio de 1998).

<sup>810</sup> Art. 42 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996), que grava la prestación de los servicios de inspección y control de pasajeros y equipajes en los recintos aeroportuarios.

<sup>811</sup> Art. 22 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1997), que retribuye los servicios de navegación aérea prestados para seguridad de la circulación aérea y fluidez de sus movimientos en esta fase de vuelo.

<sup>812</sup> Art. 22 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que grava la prestación de diversos servicios o actividades relacionados con la expedición, renovación o modificación de licencias, certificados, títulos o autorizaciones o la realización de pruebas.

<sup>813</sup> Véase la *Guía de tasas de navegación aérea 2020* publicada por ENAIRE ([www.enaire.es](http://www.enaire.es)).

### **3.2.1 Las prestaciones patrimoniales públicas y los precios privados previstos en la Ley de Seguridad Aérea**

La regulación vigente de los ingresos aeroportuarios por el uso de las infraestructuras y por la prestación de servicios a sus usuarios se contiene fundamentalmente en dos normas de rango legal: por un lado, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (LSA)<sup>814</sup>, tras haberse incorporado un Título VI mediante la modificación operada por la Ley 1/2011, de 4 de marzo<sup>815</sup>, relativo a los ingresos de los gestores de aeropuertos, que ha sido objeto de constantes modificaciones, algunas de ellas substanciales; por el otro, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia<sup>816</sup>, que establece el nuevo marco regulador que complementa lo previsto en la Ley de Seguridad Aérea.

Esta regulación pivota sobre dos ideas fundamentales: en primer lugar, la distinción entre prestaciones patrimoniales públicas y precios privados, en consonancia con lo que ocurre en los sectores portuario y ferroviario; y, en segundo lugar, la sujeción de las tarifas aeroportuarias a un procedimiento de consulta y control para su actualización y modificación, que ha sido impuesto por la Directiva de tasas aeroportuarias<sup>817</sup>.

No obstante, existe un matiz importante. En los sectores portuario y ferroviario, los distintos precios a pagar por utilización de las infraestructuras están configurados como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, esto es, se establecen como tasas. Por el contrario, en el sector aeroportuario, tras la incorporación de un Título VI en la Ley de Seguridad Aérea mediante la

---

<sup>814</sup> BOE de 8 de julio de 2003.

<sup>815</sup> 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 (BOE de 5 de marzo de 2011).

<sup>816</sup> BOE de 17 de octubre de 2014. Con anterioridad se había aprobado con igual contenido el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014), que fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 10 de julio de 2014 (BOE de 19 de julio de 2014). A pesar de esta convalidación, se optó por tramitarlo también como proyecto de Ley, resultando finalmente aprobada la Ley 18/2014.

<sup>817</sup> Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias (DOUE de 14 de marzo de 2009).



Ley 1/2011, los precios de acceso se mantienen como prestaciones patrimoniales públicas, pero ya no tiene carácter tributario, pues en ningún momento se califican como tasas. De hecho, cuando la Ley de Seguridad Aérea regula cada una de las prestaciones patrimoniales públicas, no prevé los elementos esenciales propios de cualquier tributo (el hecho imponible, la base imponible, el tipo aplicable, los sujetos activo y pasivo). Es más, según especificó la disposición transitoria primera añadida a la Ley de Seguridad Aérea, mientras la entidad pública empresarial AENA continuase ejerciendo sus funciones, se mantendrían en vigor las “tasas” aeroportuarias existentes, esto es, las prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, pero a partir del momento en que empezase a operar AENA Aeropuertos SA, debían aplicarse las prestaciones patrimoniales públicas (no tributarias) previstas en el Título VI incorporado a la Ley de Seguridad Aérea.

Por otro lado, el nuevo marco regulador previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, no ha alterado el régimen jurídico de los precios de acceso a las infraestructuras aeroportuarias: se les atribuye expresamente la naturaleza jurídica de prestaciones patrimoniales públicas (art. 32), sin calificarlos como tasas.

Dicho esto, y dejando al margen la cuestión de la dudosa técnica legislativa de ordenar los ingresos de los gestores aeroportuarios en una Ley que tiene por objeto la seguridad operacional de las aeronaves, la investigación técnica de accidentes e incidentes aéreos civiles, la inspección aeronáutica, las obligaciones por razones de seguridad aérea y el régimen de infracciones y sanciones en materia de aviación civil, lo cierto es que la Ley de Seguridad Aérea prevé en su nuevo Título VI una regulación de los ingresos aeroportuarios que parte de la distinción entre prestaciones patrimoniales públicas (no tributarias) y precios privados<sup>818</sup>.

---

<sup>818</sup> Algunos autores han criticado esta distinción entre prestaciones patrimoniales públicas y precios privados porque el actual gestor aeroportuario (la sociedad estatal AENA SA) no es una entidad pública ni se está ante la prestación de un servicio público o ante el uso de bienes de dominio público. En este sentido, puede verse a Gómez Puente, M., “*La infraestructura aeroportuaria: regulación y competencia*”, en Carlón Ruiz, M. (directora), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y*

De este modo, la norma identifica, en primer lugar, la lista de ingresos de AENA Aeropuertos SA (actualmente AENA SA) y sus sociedades filiales gestoras de aeropuertos que se consideran prestaciones patrimoniales públicas (arts. 68.2 y 70.1), y luego prevé que todos sus demás ingresos, sujetos al Derecho privado, tienen la consideración de precios privados (arts. 68.1 y 70.1). Por el contrario, en el caso de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios<sup>819</sup>, se dispone que todos los ingresos por las actividades aeroportuarias que realicen tienen la naturaleza de precios privados (art. 71 LSA).

Dentro de las prestaciones patrimoniales de carácter público, la norma define (art. 68.2) los ingresos que perciben AENA SA y sus sociedades filiales por el uso de determinados bienes e instalaciones y por la prestación de determinados servicios que están directamente asociados a dicho uso, y determina sus elementos esenciales (arts. 72 a 90 LSA).

En el primer grupo de prestaciones patrimoniales públicas se incluyen todas aquellas contraprestaciones económicas que los usuarios de los aeropuertos deben pagar a AENA SA y a sus filiales por el acceso y utilización de sus bienes, tales como: la utilización de las pistas de los aeropuertos (letra a); la puesta a disposición de los pasajeros de las instalaciones aeroportuarias no accesibles a los visitantes en terminales, plataformas y pistas, necesarias para poder hacer efectivo su contrato de transporte aéreo (letra e); la utilización de

---

9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 533, y a Nieto Menor, M., "Modernización del sistema aeroportuario español: examen del Real Decreto Ley 13/2010", *op. cit.*, pp. 189-192.

<sup>819</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 (BOE de 3 de diciembre de 2010), previó (art. 10) la posibilidad de una gestión individualizada de cada aeropuerto no sólo mediante sociedades filiales de AENA SA, sino también a través de un contrato de concesión de servicios aeroportuarios. El Consejo de Ministros de 15 de julio de 2011 autorizó la constitución de dos sociedades concesionarias de los aeropuertos de Barcelona-El Prat y Madrid-Barajas, de las que en principio AENA Aeropuertos SA tenía el 100% del capital, y posteriormente el Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011 autorizó la licitación pública de la ampliación de capital de ambas sociedades concesionarias para dar entrada a nuevos socios privados en el capital de las sociedades concesionarias, pero la licitación no se llegó a realizar a causa de la situación de crisis económica y el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales de noviembre de 2011 paralizó el proceso en enero de 2012.

las zonas de estacionamiento de aeronaves habilitadas al efecto en los aeropuertos (letra g); la utilización de las instalaciones aeroportuarias para facilitar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros a las compañías aéreas a través de pasarelas telescópicas (letra h); la utilización del recinto aeroportuario para el transporte y suministro de combustibles y lubricantes (letra i); y la utilización del recinto aeroportuario para la prestación de servicios de asistencia en tierra (letra j)<sup>820</sup>.

Estas prestaciones patrimoniales públicas no retribuyen actualmente el uso del dominio público, pues según se dejó apuntado en el capítulo primero, la aprobación del 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, supuso que todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estaban afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, dejaran de tener naturaleza de bienes de dominio público (art. 9). De hecho, cuando la Ley de Seguridad Aérea regula (art. 68.2) las prestaciones patrimoniales públicas, no se refiere al uso del dominio público. Ello supone una clara diferencia respecto a las previsiones de la Ley 25/1998, de 13 de julio, en la que sí se previó (art. 4) el conjunto de tasas por la utilización del dominio público aeroportuario. Sin embargo, a pesar de que estas prestaciones patrimoniales públicas no gravan el uso del dominio público, no puede obviarse que el Estado, a través del ente público empresarial ENAIRE, mantiene el control de la sociedad mercantil estatal AENA SA y, por consiguiente, de los bienes aeroportuarios, al ser ENAIRE el titular del 51% del capital de AENA SA. A ello debe añadirse que la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre, concibe (art. 17) los aeropuertos de interés general como un monopolio en manos del Estado al disponer que éste continúa reservándose la gestión directa de estos aeropuertos. Por ello, ante esta situación de monopolio estatal sobre los bienes, y siguiendo la lógica de la STC 185/1995, estos ingresos reciben el

---

<sup>820</sup> En la redacción originaria del artículo 68.2 de la Ley de Seguridad Aérea se incluía también como prestación patrimonial pública relacionada con el uso de los bienes aeroportuarios la que se percibía por la utilización del recinto aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de mercancías, que fue suprimida por el artículo 53.9 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

trato de prestaciones patrimoniales públicas al estar presente la nota de la coactividad, pero de carácter no tributario al no referirse a bienes de dominio público.

Dentro del segundo grupo de prestaciones patrimoniales públicas, la norma prevé la retribución a AENA SA y sus filiales por la prestación en exclusiva de determinados servicios a los usuarios de los aeropuertos. Aquí se incluyen: los servicios para que las aeronaves puedan utilizar las pistas de los aeropuertos, distintos a los servicios de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías (letra a); los servicios de tránsito aéreo de aeródromo que facilite el gestor aeroportuario (letra b)<sup>821</sup>; los servicios de meteorología que facilite el gestor aeroportuario (letra c)<sup>822</sup>; los servicios de inspección y control de pasajeros y equipajes en los recintos aeroportuarios (letra d); y los servicios que permiten la movilidad general de los pasajeros y la asistencia necesaria a las personas con movilidad reducida (letra f). No se trata, obviamente, de contraprestaciones económicas que se pagan por la utilización de instalaciones aeroportuarias, sino por la prestación de servicios estrictamente vinculados a dicha utilización.

Todos estos supuestos de utilización de bienes aeroportuarios y de prestación de servicios vinculados al uso de las infraestructuras generan la obligación de pagar una prestación patrimonial pública no tributaria al gestor aeroportuario. En concreto, la Ley de Seguridad Aérea especifica que estas prestaciones son las siguientes<sup>823</sup>: por aterrizaje y servicios de tránsito de aeródromo; por salida de pasajeros, personas con movilidad reducida y seguridad; por la utilización de las zonas de estacionamiento de aeronaves; por suministro de combustibles y lubricantes; por uso de pasarelas telescópicas; por servicios de asistencia en tierra; y por servicios meteorológicos.

---

<sup>821</sup> Ello se entiende sin perjuicio de los servicios tránsito aéreo de aeródromo prestados a través de proveedores de estos servicios debidamente certificados que hubieren sido contratados por el gestor aeroportuario y designados al efecto por el Ministerio de Fomento.

<sup>822</sup> También en este caso se prevé que los servicios de meteorología sean prestados a través de los proveedores de servicios de meteorología debidamente certificados y designados al efecto por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

<sup>823</sup> La *Guía de Tarifas 2020* publicada por AENA SA ([www.aena.es](http://www.aena.es)) desarrolla las prestaciones patrimoniales públicas que percibe el gestor aeroportuario.

Asimismo, existe otra prestación patrimonial pública relacionada con el acceso a las infraestructuras aeroportuarias. Se trata de la tasa que se paga por los servicios prestados por la Asociación Española para la Coordinación y Facilitación de Franjas Horarias (AECFA) en el ejercicio de sus funciones de asignación de franjas horarias (*slots*) en los aeropuertos españoles<sup>824</sup>, cuya facturación es gestionada por AENA SA aunque esta tasa no forma parte de sus ingresos<sup>825</sup>.

Las demás contraprestaciones económicas que perciben AENA SA y sus sociedades filiales gestoras de aeropuertos tienen la naturaleza de precios privados fijados por el gestor aeroportuario según las reglas del libre mercado<sup>826</sup>. Se trata, según especifica la Ley de Seguridad Aérea (art. 69.1),

---

<sup>824</sup> Disposición adicional decimoséptima de la Ley de Seguridad Aérea, introducida por el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero (BOE de 25 de enero de 2014).

<sup>825</sup> AENA SA también gestiona la facturación de una tasa que remunera los servicios prestados por otra entidad y que, por consiguiente, no forma parte de sus ingresos. Según la *Guía de Tarifas 2020* publicada por AENA SA ([www.aena.es](http://www.aena.es)), se trata de la tasa de seguridad aérea que retribuye los servicios prestados por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) (disposición adicional decimosexta de la Ley de Seguridad Aérea, introducida por la Ley 9/2013, de 4 de julio, BOE de 5 de julio de 2013).

<sup>826</sup> La *Guía de Tarifas 2020* publicada por AENA SA ([www.aena.es](http://www.aena.es)) prevé los distintos precios y tarifas que percibe el gestor aeroportuario por la prestación de una gran variedad de servicios, en los que se incluyen los siguientes: por la utilización de mostradores de facturación; por la utilización de dispositivos *Self Bag Drop*; por la instalación y explotación de máquinas automáticas de facturación; por el uso de equipos e instalaciones del aeropuerto para el suministro a las aeronaves de energía eléctrica transformada a 400 Hz; por la presencia del servicio contra incendios; y por el acceso de vehículos a zonas restringidas (zonas de carga y descarga de mercancías, plataforma de estacionamiento de aeronaves, área de movimientos y vías de acceso restringido al uso público); por la utilización de los servicios de retirada de vehículos y carruajes por razones de seguridad; por la emisión de tarjetas de seguridad y demás acreditaciones; por la utilización de superficies para oficinas y locales de carácter preferente o no preferente; por la utilización de mostradores para actividades comerciales aeronáuticas distintas de las actividades de facturación; por la utilización de superficies del aeropuerto pavimentadas o sin pavimentar para usos varios (instalación de módulos desmontables, uso como aparcamiento de vehículos, escaleras, horquillas y otros útiles de *handling*, etc.); por la utilización de almacenes generales o especiales; por la utilización de hangares para albergue de aeronaves autorizadas; por la utilización de instalaciones de combustible de aviación; por la utilización de las zonas de aparcamiento de vehículos en el aeropuerto explotadas directamente por AENA SA; por la utilización de salas y zonas no delimitadas, no explotadas en régimen de alquiler; por la utilización de zonas del aeropuerto para realizar filmaciones y grabaciones cinematográficas y reportajes publicitarios y fotográficos; por la utilización de zonas e instalaciones de publicidad; por la utilización del recinto aeroportuario y sus instalaciones para realizar encuestas; por el Fast Lane y Fast Track; por paquete VIP; por Meet & Assist; por las consignas; por la utilización de zonas e instalaciones de publicidad disponibles dentro del recinto aeroportuario; por la utilización del recinto aeroportuario y de sus instalaciones al aire libre para realizar ensayos, pruebas, demostraciones y exhibiciones de carácter no aeronáutico y por otras utilizaciones distintas a las anteriores; por la prestación de suministros y otros servicios, materiales y productos y la utilización recinto aeroportuario en las instalaciones y equipos necesarios para la prestación de los mismos; por la facilitación de la instalación de sistemas de telecomunicaciones; por la

de unas contraprestaciones económicas cuya gestión y cobro se sujeta al Derecho privado y que son revisables ante la jurisdicción ordinaria. Pero la Ley no dice nada más.

No se insistirá mucho en esta cuestión de los precios privados, pero cuesta entender por qué por algunos usos de las instalaciones aeroportuarias se tiene que pagar una prestación patrimonial pública y por otros usos se tiene que pagar un precio privado, cuando la naturaleza jurídica de estos bienes y la situación de monopolio de AENA SA es la misma y el usuario no tiene donde escoger. No se entiende, por ejemplo, por qué la utilización de instalaciones aeroportuarias para el embarque y desembarque de pasajeros genera la obligación de pagar una prestación patrimonial pública y, por el contrario, la utilización de espacios para oficinas, almacenes o hangares obliga a pagar un precio privado. Siguiendo la lógica de la STC 185/1995, la situación de monopolio estatal sobre los bienes es la misma y, por consiguiente, la nota de la coactividad estaría presente en ambos supuestos, y ello es así porque todo aquel que pretenda un uso de estos bienes para realizar una actividad no tiene una oferta de mercado que le permita escoger (cuanto menos dentro del aeropuerto). No existe en cada aeropuerto una oferta privada de bienes concurrente con la oferta de AENA SA, por lo que los precios privados fijados por la sociedad estatal AENA SA por el uso de sus bienes deberían considerarse coactivos en los términos de la STC 185/1995. Tampoco las compañías aéreas pueden escoger entre una oferta de instalaciones tomando en consideración distintos aeropuertos próximos, pues todos ellos son gestionados de manera unitaria por AENA SA.

En otro orden de cosas, debe significarse que junto a los términos *“prestaciones patrimoniales públicas”* y *“precios privados”*, la Ley de Seguridad Aérea y el nuevo marco regulador previsto en la citada Ley 18/2014 utilizan también el término *“tarifa aeroportuaria”*, que asimismo se mezcla con el de

---

utilización de las instalaciones y servicios aeroportuarios para realizar explotaciones comerciales de cualquier naturaleza, como sería la instalación y explotación de aparatos expendedores automáticos o de terminales de autoservicios bancarios, la utilización de zonas y e instalaciones de publicidad, las tiendas libres de impuestos, los bares y restaurantes, las oficinas bancarias, las máquinas expendedoras, los coches de alquiler, las ventas al por menor, la telefonía móvil, entre otros.

“*tasa aeroportuaria*” utilizado por la Directiva 2009/12/CE. Ello puede conducir a confusiones.

En efecto, la Directiva 2009/12/CE utiliza el término *tasa aeroportuaria* y la define como *“toda exacción percibida en beneficio de la entidad gestora del aeropuerto y a cargo de los usuarios del aeropuerto, abonada a cambio del uso de las instalaciones y los servicios prestados exclusivamente por la entidad gestora del aeropuerto y relacionados con el aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de aeronaves, y el tratamiento de los pasajeros y la carga”* (art. 2). Así pues, según la Directiva de tasas aeroportuarias, debe abonarse una “*tasa*” por la utilización del aeropuerto o por la prestación de servicios por el propio gestor de esta infraestructura.

En parecidos términos se definían estas contraprestaciones económicas en la Ley de Seguridad Aérea tras la incorporación del Título VI por la Ley 1/2011 (art. 94, hoy derogado por la Ley 18/2014), aunque no se utilizaba el término *tasa aeroportuaria*, sino el de *tarifa aeroportuaria*. Decía este precepto que *“se entiende por tarifa aeroportuaria toda contraprestación que perciba el gestor aeroportuario de las compañías usuarias por el uso de las instalaciones aeroportuarias que gestiona y por los servicios prestados exclusivamente por la entidad gestora del aeropuerto relacionados con el aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de las aeronaves y el tratamiento de los pasajeros y la carga”*.

Posiblemente, en la decisión de nuestro legislador de utilizar el término “*tarifa*” aeroportuaria en vez del de “*tasa*” influyó el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico interno una *tasa* es un tributo, y en la sistemática de la Ley de Seguridad Aérea se quería utilizar un término más amplio como el de *tarifa* para referirse a los ingresos de distinta naturaleza percibidos por los gestores aeroportuarios (AENA SA, sus sociedades filiales y las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios).

Así pues, el término *tarifa aeroportuaria* utilizado en la Ley de Seguridad Aérea era inicialmente muy amplio porque incluía las prestaciones patrimoniales

públicas no tributarias de AENA Aeropuertos SA y sus filiales (arts. 94 y 97.1) y los precios privados de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios percibidos por el uso de las instalaciones aeroportuarias y por la prestación de servicios (art. 94), y todo ello con una finalidad bien clara: sujetar todas estas tarifas al procedimiento de transparencia, consulta y supervisión (art. 97.1 y 102.1).

La citada Ley 18/2014 también utiliza el término tarifa aeroportuaria, pero el nuevo marco regulador en materia aeroportuaria es más confuso. El problema deriva del hecho de que el legislador se ha limitado a establecer un marco jurídico completo para la red de aeropuertos de interés general gestionada por AENA SA (art. 16) y se ha olvidado por completo de establecer unas reglas claras para los aeropuertos gestionados por sociedades filiales de AENA SA o por sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, a pesar de haberse derogado numerosos preceptos de la Ley de Seguridad Aérea que se ocupaban de estos supuestos<sup>827</sup>.

La nueva Ley no define las tarifas aeroportuarias como lo hacía la Ley de Seguridad Aérea. Ahora se define la tarifa aeroportuaria (art. 32.1) como *“las contraprestaciones que tiene derecho a percibir AENA, SA por los servicios aeroportuarios básicos a que se refiere el artículo 30”*, esto es, *“los [servicios] referidos en las prestaciones patrimoniales públicas del artículo 68.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea”*.

El cambio es importante, pues parece ser que el legislador ha querido limitar el término tarifa aeroportuaria a las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias que percibe AENA SA al amparo del artículo 68.2 de la Ley de Seguridad Aérea.

---

<sup>827</sup> Parece ser que la nueva regulación aeroportuaria ha querido prescindir de las sociedades filiales y de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios que fueron ideadas por el Real Decreto-ley 13/2010 al prever expresamente la Ley 18/2014 (art. 17) que *“el Estado continúa reservándose la gestión directa de los aeropuertos de interés general”*. Todo parece indicar que no existe voluntad de gestionar algunos aeropuertos mediante sociedades filiales o sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, y precisamente por ello el marco regulador vigente se olvida por completo de establecer normas sobre sus ingresos.



Sin embargo, en la propia Ley 18/2014 se conciben como precios privados las contraprestaciones económicas a pagar por el uso de infraestructuras especializadas (art. 36.2).

Sea como fuere, existe cierta confusión al respecto, porque si se observa la *Guía de Tarifas 2020* publicada por AENA SA, se constata que bajo la denominación de tarifas se incluyen contraprestaciones económicas de distinta naturaleza, como son las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y los precios privados que percibe AENA SA.

### **3.2.2 El procedimiento de consulta y control para la actualización y modificación de las tarifas aeroportuarias previsto originariamente en la Ley de Seguridad Aérea**

La Ley 1/2011 introdujo un Título VI en la Ley de Seguridad Aérea (LSA) con el que no sólo se daba cumplimiento al principio de reserva legal para la creación de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias exigibles en los aeropuertos, sino que además incorporaba en nuestro derecho interno la Directiva 2009/12/CE (Directiva de tasas aeroportuarias), cuyos pilares básicos son la sujeción de las tarifas aeroportuarias –que la Directiva denomina tasas– a un procedimiento de consultas entre el gestor del aeropuerto y sus usuarios y el posterior control por una autoridad independiente.

La redacción originaria de este Título VI de la Ley de Seguridad Aérea previó que la actualización o modificación de las prestaciones patrimoniales públicas se hiciese anualmente a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (arts. 68.3 y 91), aplicando para ello la fórmula de actualización predeterminada en la propia ley (art. 92).

Sin embargo, antes de llegarse a la aprobación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de la actualización o modificación de las tarifas aeroportuarias, debía pasarse por un procedimiento de consulta y control que

tenía distintas fases (art. 97 LSA)<sup>828</sup>. Se empezaba con un periodo de consultas entre AENA Aeropuertos SA y las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias de los aeropuertos, tras el cual AENA Aeropuertos SA realizaba una “*propuesta*” de modificación y actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, que debía trasladar a la Autoridad Estatal de Supervisión para su control (art. 98), y tras este control se incluían en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 101).

Este periodo de consultas, en contra de lo que parece deducirse de la Directiva 2009/12/CE, se hacía en relación con el conjunto de aeropuertos gestionados por AENA Aeropuertos SA, no para cada aeropuerto considerado de forma individualizada. En este sentido, se previó (art. 97.3 LSA) que en el procedimiento de consulta y control, AENA Aeropuertos SA tenía la consideración de “*entidad gestora del aeropuerto*” a los efectos de la Directiva 2009/12/CE, decisión harto discutible porque si el procedimiento de consultas estaba orientado a la búsqueda de acuerdos sobre el nivel tasas que se iban a aplicar por el uso de las instalaciones y los servicios ofrecidos en cada aeropuerto, el ámbito de discusión debía debe tener lugar en cada aeropuerto, atendiendo a sus propias características y a su realidad.

En el caso de las tarifas de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios –precios privados, según se ha apuntado–, su actualización y modificación –sujeta a los límites del correspondiente pliego de la concesión– también estaba sujeta a un periodo de consultas que estas sociedades concesionarias debían entablar con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias del aeropuerto, tras el cual la sociedad concesionaria tomaba una “*decisión*” sobre las tarifas aeroportuarias que pretendía aplicar (art. 102), decisión que podía ser supervisada por la Autoridad

---

<sup>828</sup> El procedimiento de consulta y supervisión no era exigible a todas las prestaciones patrimoniales públicas establecidas en el artículo 68.2 LSA al quedar excluidas las prestaciones por la utilización del recinto aeroportuario para el transporte y suministro de combustibles y lubricantes y para la prestación de servicios de asistencia en tierra no gravados por otra prestación.

Estatal de Supervisión a petición de las compañías usuarias que estuvieran disconformes con dicha decisión (art. 103)<sup>829</sup>.

Concretando un poco más, se previó (art. 98 LSA) que, en el caso de las prestaciones patrimoniales públicas, AENA Aeropuertos SA (previa audiencia de sus filiales) debía realizar, al menos una vez al año, una consulta con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias de los aeropuertos, que debía versar sobre la funcionalidad del sistema de prestaciones patrimoniales públicas, el nivel de dichas prestaciones y la calidad de los servicios prestados. Y en el caso de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, las consultas que debían llevar a cabo una vez al año con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias del aeropuerto debían referirse al nivel de las tarifas en relación con la calidad de los servicios (art. 102 LSA).

En ambos casos, pues, el objetivo de las consultas no era otro que el de alcanzar acuerdos entre AENA Aeropuertos SA o las sociedades concesionarias y las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias de las instalaciones sobre el nivel de las tarifas aeroportuarias y la calidad de los servicios prestados<sup>830</sup>.

Para que este periodo de consultas fuese fructífero, se imponía un intercambio mutuo de información entre AENA Aeropuertos SA o las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, por un lado, y las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas o las compañías aéreas, por el otro. En este sentido, se previó (arts. 99 y 102.4 LSA) que AENA Aeropuertos SA o las sociedades concesionarias debían facilitar a las asociaciones u organizaciones

---

<sup>829</sup> También en los casos de aeropuertos autonómicos o de titularidad privada abiertos al tráfico comercial que superasen los cinco millones de pasajeros de tráfico anual se exigía el cumplimiento de este procedimiento de consultas y supervisión (art. 105 LSA).

<sup>830</sup> Junto a estos acuerdos se previó también que AENA Aeropuertos SA y las compañías aéreas usuarias y sus organizaciones y asociaciones podrían acordar la prestación de servicios personalizados o el uso de terminales o partes de terminales especializadas, que se retribuían mediante precios privados (art. 100 LSA). Si el número de compañías usuarias que querían acceder a estos servicios personalizados era superior al que resultase posible por las limitaciones de capacidad del aeropuerto, AENA Aeropuertos SA debía garantizar un régimen de concurrencia en el acceso a estos servicios, basado en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

de compañías aéreas o a las compañías aéreas toda la información sobre los elementos que se iban a utilizar para establecer las tarifas aeroportuarias (servicios e infraestructuras vinculados a las tarifas, metodología de cálculo, ingresos generados y costes totales, evolución del tráfico e inversiones previstas, etc.) y las compañías aéreas debían ofrecer determinada información a AENA Aeropuertos SA o a las sociedades concesionarias sobre sus previsiones (de tráfico, de composición de la flota, de desarrollo, etc.).

Una vez finalizado el periodo de consultas, el Consejo de Administración de AENA Aeropuertos SA realizaba una “*propuesta*” de modificación o actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, de la que se daba traslado a la Autoridad Estatal de Supervisión y a las citadas asociaciones u organizaciones de compañías aéreas (art. 98). En dicha propuesta, AENA Aeropuertos SA debía tomar en consideración los puntos de vista manifestados por las compañías usuarias y justificar sus decisiones en caso de desacuerdo, pero, en cualquier caso, para realizar la propuesta de actualización o modificación de las tarifas, AENA Aeropuertos SA debía aplicar sobre las tarifas vigentes en cada aeropuerto el porcentaje que resultase de la fórmula predeterminada en la ley (art. 92 LSA).

Las tarifas resultantes de este periodo de consultas podían variar según la clasificación de los aeropuertos, que se dividían en cinco grupos en función del número de pasajeros (art. 73)<sup>831</sup>, pero al margen de esta particularidad, el resultado final venía condicionado por la aplicación pura y simple de una fórmula de actualización predeterminada en la ley, que no sólo debía respetar AENA Aeropuertos SA (art. 98.2), sino también la Autoridad Estatal de Supervisión en la posterior fase de control. La Ley de Seguridad Aérea era muy clara sobre este extremo (art. 91): “*En todo caso, la propuesta de actualización de cuantías, incluida la que realice la Autoridad Estatal de Supervisión se*

---

<sup>831</sup> Los cinco grupos en que se clasificaban los aeropuertos eran: Grupo I, Aeropuerto de Madrid-Barajas y aeropuerto de Barcelona; Grupo II, Aeropuertos con un tráfico igual o superior a los 6.000.000 de pasajeros/año; Grupo III, Aeropuertos con un tráfico igual o superior a 2.000.000 e inferior a 6.000.000 de pasajeros/año; Grupo IV, Aeropuertos con un tráfico superior a 500.000 e inferior a 2.000.000 de pasajeros/año; y Grupo V, Aeropuertos con un tráfico hasta los 500.000 pasajeros/año.

*realizará conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente*”, que es el precepto que detalla la fórmula de actualización (art. 92).

La conclusión parece evidente: durante el periodo de consultas, el gestor de las infraestructuras y sus usuarios no podían pactar realmente la actualización de las tarifas porque éstas ya venían predeterminadas por la fórmula de actualización prevista en la ley. Por ello cabe pensar que lo único que se podía acordar en este trámite era la calidad de las instalaciones y los servicios en función del precio que se iba a pagar, lo cual no encaja precisamente con lo perseguido por la Directiva 2009/12/CE, que se inspira en la cultura del pacto en materia de tarifas aeroportuarias.

En el caso de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, la Ley de Seguridad Aérea previó que, tras el periodo de consultas, aquéllas no se limitaban a realizar una simple *“propuesta”* de actualización o modificación de las tarifas aeroportuarias, sino que directamente adoptaban la *“decisión”* sobre las tarifas que iban a aplicar, con la obligación de justificarla<sup>832</sup> (lo cual es importante a los efectos de su posterior control). Aquí sí cobraba pleno sentido la previsión del período de consultas entre las sociedades concesionarias y las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas, aunque el margen de discusión sobre las tarifas también estaba acotado al tener que producirse *“dentro de los límites marcados en el correspondiente Pliego”* (art. 102.1 LSA). A ello debe añadirse que antes de iniciar el periodo de consultas, la sociedad concesionaria debía solicitar el parecer a la sociedad que ejercía sobre ella las funciones de vigilancia y control en lo que se refiere a las modificaciones tarifarias que querían aplicar y a su adecuación al contrato de concesión (art.

---

<sup>832</sup> Igual que ocurre en el caso de AENA Aeropuertos SA y sus filiales, las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios también podían alcanzar acuerdos con las compañías aéreas usuarias para recibir la prestación de servicios personalizados o para el uso de terminales o partes de terminales especializadas, cuyos precios privados acordados quedaban al margen del procedimiento de consulta y supervisión (art. 104 LSA). En cualquier caso, si el número de compañías usuarias que querían acceder a estos servicios personalizados era superior al que resultase posible por las limitaciones de capacidad del aeropuerto, debía garantizarse también un régimen de concurrencia en el acceso a estos servicios, basado en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

102.5 LSA)<sup>833</sup>, por lo que el margen para la determinación de las tarifas era muy limitado.

Tras la “*propuesta*” tarifaria de AENA Aeropuertos SA o tras adoptarse la “*decisión*” de las tarifas a aplicar en el caso de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, debía iniciarse la fase de control a cargo de la Autoridad Estatal de Supervisión.

En el caso de la propuesta de modificación o actualización de las tarifas realizada por AENA Aeropuertos SA, una vez la Autoridad Estatal de Supervisión recibía la propuesta, este órgano designado por el Ministerio de Fomento (art. 96 LSA) debía comprobar si se garantizaba la sostenibilidad de toda la red aeroportuaria de interés general y la suficiencia de ingresos, si la propuesta estaba justificada en relación con determinados parámetros (planes directores aprobados, demandas de tráfico, requerimientos y necesidades de las compañías aéreas y estándares de calidad), si se aplicaba debidamente el porcentaje que resultaba de la fórmula prevista en el artículo 92 LSA y si se respetaban los criterios de no discriminación, objetividad y transparencia, y tras estas comprobaciones debía elevar la propuesta para su inclusión en el correspondiente anteproyecto de ley (art. 101 LSA), que en principio era la Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 91 LSA).

Así pues, la Autoridad Estatal de Supervisión no sólo estaba condicionada por la fórmula predeterminada por la ley en el momento de ejercer sus funciones de control, sino que además la decisión correspondía en último término al legislador.

Cierto es que la Ley de Seguridad Aérea imponía (art. 91) que la actualización de las tarifas a incorporar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado debía “*ajustarse*” a la propuesta que realizase la Autoridad Estatal de Supervisión, pero no podemos obviar que las Cortes Generales son soberanas

---

<sup>833</sup> El apartado 5 del artículo 102 LSA fue introducido por el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena (BOE de 30 de agosto de 2011).

y que sólo están sujetas a los límites impuestos por la Constitución, por lo que nada impedía que, a pesar de haberse seguido el procedimiento de consultas, haberse aplicado la fórmula matemática que prevé la Ley de Seguridad Aérea y haber pasado el filtro de la Autoridad Estatal de Supervisión, las Cortes Generales decidiesen en el último momento, de forma soberana y con criterios políticos, aprobar otras tarifas aeroportuarias o incluso congelar las existentes<sup>834</sup>. Aquí la discordancia del modelo tarifario diseñado por la Ley de Seguridad Aérea con las previsiones de la Directiva 2009/12/CE era mayúscula<sup>835</sup>.

---

<sup>834</sup> De hecho, así se viene a reconocer en la disposición transitoria cuarta, apartado cuarto, de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que se ocupa de la situación transitoria hasta la aprobación del primer *Documento de Regulación Aeroportuaria* (DORA). Dicha disposición, tras prever que la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año “podrá” modificar o actualizar las tarifas aeroportuarias de AENA SA, y que el Ministerio de Fomento debe incorporar al proyecto de ley la propuesta de la CNMC sobre la actualización o modificación de las tarifas de AENA SA “en sus estrictos términos”, admite luego que en la tramitación parlamentaria las enmiendas que se presenten pueden alterar la propuesta de modificación o actualización de las tarifas aeroportuarias. Por el contrario, esta problemática no era posible en el caso de las tarifas aprobadas por las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios –precios privados–, dado que no se exigía su incorporación en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

<sup>835</sup> En este sentido, debe traerse a colación el conflicto tarifario desatado en la Audiencia Nacional con motivo de las modificaciones introducidas en las tarifas aeroportuarias mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado sin haber seguido el procedimiento de consulta (ni haberse respetado el plazo de dos meses antes de su entrada en vigor). Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, recurso nº 140/2015) de 15 de febrero de 2016 anuló parcialmente una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central que había desestimado una reclamación formulada contra una liquidación practicada por AENA Aeropuertos SA contra una prestación patrimonial pública por estacionamiento y uso de pasarelas, por considerar que era disconforme a derecho la inclusión de una cuantía adicional resultante de la aplicación de la disposición final 21ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, que había modificado la Ley de Seguridad Aérea de 2003. La razón de ser de la Sentencia fue que se había vulnerado la exigencia del procedimiento obligatorio de consulta periódica entre el ente gestor del aeropuerto y sus usuarios en materia de tasas aeroportuarias que exige la Directiva 2009/12/CE (art. 6), al haberse subido las tasas aeroportuarias mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado sin haberse practicado el trámite de consultas y por no haberse respetado el periodo de *vacatio legis* de un mínimo de dos meses antes de la entrada en vigor. La Sentencia aplicó el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963 (asunto Van Gend end Loos), 15 de julio de 1964 (asunto Costa/Enel) y 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal), y STC 145/2012, de 2 de julio] y en base a ello inaplicó la subida de tasas ordenada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La misma tesis se repitió en numerosas Sentencias posteriores de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional que anularon otras liquidaciones de prestaciones patrimoniales públicas que habían incurrido en el mismo defecto, como son las prestaciones patrimoniales públicas de seguridad (inspección personal de personas y equipajes), aterrizaje y tránsito, pasajeros y personas con movilidad reducida, estacionamiento y uso de pasarelas. Al respecto, pueden citarse las Sentencias de 15 de febrero de 2016 (recursos nº 143/2015, 193/2015 y 250/2015), 22 de febrero de 2016 (recursos nº 198/2015 y 204/2015), 23 de febrero de 2016 (recurso nº 266/2015), 29 de febrero de 2016 (recursos nº 224/2015 y 253/2015), 7 de marzo de 2016 (recursos nº 203/2015, 251/2015, 252/2015 y 257/2015), 14 de marzo de 2016 (recursos nº 206/2015, 249/2015 y

En el caso de las tarifas aprobadas por las sociedades concesionarias, el control de la Autoridad Estatal de Supervisión sólo tenía lugar en caso de que las compañías aéreas usuarias de los aeropuertos recurriesen ante dicha Autoridad por no estar de acuerdo con las decisiones adoptadas (art. 103 LSA), pero aquí sí se permitía que la Autoridad Estatal de Supervisión revisase la justificación de las tarifas aprobadas, en particular en lo que se refiere al cumplimiento de determinados parámetros (planes directores aprobados, demandas de tráfico, requerimientos y necesidades de las compañías aéreas y cumplimiento de los criterios de no discriminación, objetividad y transparencia).

En definitiva, bajo el modelo previsto en la redacción originaria del Título VI de la Ley de Seguridad Aérea, la intervención de AENA Aeropuertos SA era de simple *“propuesta”* de la actualización y modificación de las prestaciones patrimoniales públicas, pues quien decidía era primero la Autoridad Estatal de Supervisión –que, no debe olvidarse, era un órgano dependiente del Ministerio de Fomento– y en último término las Cortes Generales al aprobar la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Además, la propuesta que podía realizar AENA Aeropuertos SA era muy limitada, dado que debía sujetarse a la fórmula de actualización predeterminada en la ley, fórmula que también debía respetar la Autoridad Estatal de Supervisión cuando revisaba la *“propuesta”* tarifaria de AENA Aeropuertos SA.

Sólo en el caso de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios existía aparentemente un mayor margen de maniobra al permitirse que éstas aprobasen directamente las tarifas aeroportuarias, sin sujeción a fórmulas de actualización matemáticas predeterminadas, si bien su decisión debía moverse dentro de los límites máximos previstos en los pliegos de la concesión y, además, se imponía que las sociedades concesionarias solicitasen el parecer de la sociedad que ejercía sobre ella las funciones de vigilancia y control en lo

---

262/2015), 28 de marzo de 2016 (recursos nº 196/2015, 199/2015, 207/2015 y 255/2015), 11 de abril de 2016 (recursos nº 194/2015, 202/2015 y 225/2015), 18 de abril de 2016 (recursos nº 197/2015, 254/2015, 259/2015 y 263/2015), 9 de mayo de 2016 (recurso nº 264/2015), 23 de mayo de 2016 (recursos nº 141/2015 y 230/2015), 27 de mayo de 2016 (recurso nº 256/2015), 30 de mayo de 2016 (recursos nº 195/2015 y 261/2015), 27 de junio de 2016 (recurso nº 205/2015) y 19 de septiembre de 2016 (recurso nº 265/2015).



que se refiere a las modificaciones tarifarias que se querían aplicar y a su adecuación al contrato de concesión.

Bajo este marco normativo descrito, parece claro que los distintos aeropuertos de AENA Aeropuertos SA o sus sociedades filiales no tenían la facultad de establecer su propia política comercial de precios. No sólo estaban gestionados de manera centralizada por AENA Aeropuertos SA y mantenían un sistema de caja única destinado a que los aeropuertos más rentables financiasen a los deficitarios<sup>836</sup>, sino que además, a pesar de haberse arbitrado un procedimiento de consultas con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias de los aeropuertos para –aparentemente– negociar las tarifas aplicables y la calidad de los servicios asociados, la última decisión sobre las tarifas aplicables estaba en manos primero del Ministerio de Fomento a través de la Autoridad Estatal de Supervisión, con sujeción en todo caso a una fórmula de actualización predeterminada por la ley, y luego del legislador. Y lo mismo se puede decir de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, cuyas decisiones en materia tarifaria venían muy condicionadas por los pliegos del contrato de concesión y por la vigilancia y control previo a la que estaban sometidas por la sociedad vigilante.

### **3.2.3 El procedimiento de consulta y control para la actualización de las tarifas aeroportuarias tras la creación de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

El modelo de actualización de las tarifas aeroportuarias que se ha descrito trató de mejorarse con la creación, en primer lugar, de la Comisión de Regulación

---

<sup>836</sup> El legislador español concibe los aeropuertos como un “*sistema aeroportuario en red*”, esto es, un sistema integrado por todos los aeropuertos de AENA Aeropuertos SA con una caja común de ingresos que permite sufragar los gastos de toda la red. Al respecto, la Ley de Seguridad Aérea previó originariamente que las prestaciones patrimoniales públicas debían contribuir al mantenimiento de toda la red aeroportuaria de AENA Aeropuertos SA (arts. 97.2 y 101.1). En la misma línea, previó la suscripción de un convenio de colaboración entre AENA Aeropuertos SA y cada sociedad filial en el que debía determinarse el porcentaje de ingresos que la sociedad filial debía abonar a AENA Aeropuertos SA para el mantenimiento de la red (art. 70.2 LSA).

Económica Aeroportuaria (CREA)<sup>837</sup> y, posteriormente, de la CNMC<sup>838</sup>, organismos públicos que vinieron a sustituir a la Autoridad Estatal de Supervisión prevista en la Ley de Seguridad Aérea.

En el caso de la CREA, este organismo regulador se creó expresamente con el objetivo de velar por la objetividad, no discriminación, eficiencia y transparencia en el establecimiento y revisión de las tarifas aeroportuarias. Ya no se trataba, como en el caso de la Autoridad Estatal de Supervisión prevista en la Ley de Seguridad Aérea, de un órgano designado por el Ministerio de Fomento, sino de un organismo público de los previstos en el Capítulo II del Título I de la Ley de Economía Sostenible<sup>839</sup>, con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y plena independencia en el cumplimiento de sus fines. Y lo más destacable como tal organismo regulador independiente eran sus facultades de control, que incidían en tres aspectos: el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta, la propuesta tarifaria de AENA Aeropuertos SA y las decisiones en materia tarifaria de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios.

En primer lugar, la CREA podía supervisar el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta seguido por AENA Aeropuertos SA para realizar su propuesta de modificación o actualización de las tarifas o el procedimiento seguido por cada sociedad concesionaria de servicios aeroportuarios para decidir las tarifas aeroportuarias que iban a aplicar. Si constataba que se había incumplido dicho procedimiento, debía inadmitir la propuesta de AENA Aeropuertos SA y otorgarle un plazo de subsanación, transcurrido el cual sin haberse subsanado correspondía a la CREA remitir una propuesta de modificación tarifaria razonable al órgano competente para su incorporación en el correspondiente anteproyecto de ley. Y en el caso de las tarifas decididas por las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, el

---

<sup>837</sup> El Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto (BOE de 30 de agosto de 2011), creó la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y previó que sustituiría a la Autoridad Estatal de Supervisión prevista en la Ley de Seguridad Aérea (disposición adicional segunda).

<sup>838</sup> La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, derogó el Real Decreto-ley 11/2011 y previó que el lugar de la CREA lo ocupase la CNMC (disposición adicional segunda).

<sup>839</sup> La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo de 2011).

incumplimiento del procedimiento de consulta comportaba que la CREA resolviera su inaplicación y determinara de manera justificada cuál debía ser la modificación tarifaria revisada.

En segundo lugar, la CREA podía supervisar si la propuesta de tarifas aeroportuarias de AENA Aeropuertos SA se ajustaba a la Ley de Seguridad Aérea (arts. 91 y 101). Si ello era así, debía remitirla al órgano competente para su incorporación en el correspondiente anteproyecto de ley, y en caso de que no fuese así, debía comunicar a AENA Aeropuertos SA cuál era la modificación tarifaria revisada u otorgarle un plazo y unos criterios para que presentase una nueva propuesta, transcurrido el cual, sin haberse subsanado, la CREA debía remitir la modificación tarifaria revisada al órgano competente para su incorporación en el correspondiente anteproyecto de ley.

No obstante, en lo que se refiere a este segundo aspecto, debe puntualizarse que a pesar de que la CREA supuso una mejora en el aspecto organizativo, al considerarse un organismo público de los previstos en el Capítulo II del Título I de la Ley de Economía Sostenible, lo cierto es que en su función de control de las tarifas de AENA Aeropuertos SA nada nuevo se aportó. El Real Decreto-ley 11/2011 por el que se creó la CREA continuó exigiendo (art. 12) que la modificación tarifaria revisada por este organismo público se ajustase al artículo 91 de la Ley de Seguridad Aérea, esto es, a la fórmula matemática predeterminada en la ley, sin ningún margen de apreciación o maniobra.

En definitiva, se continuó huyendo del modelo de pacto entre el gestor del aeropuerto y sus usuarios, con control posterior a cargo de una autoridad independiente, que es el modelo que exige la Directiva 2009/12/CE.

En tercer lugar, la CREA también podía controlar las decisiones sobre las tarifas aeroportuarias adoptadas por las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios y constatar si se ajustaban al contenido de la Ley de Seguridad Aérea (art. 103), estando facultada para determinar cuál debía ser la modificación tarifaria revisada. Este control tenía lugar si las decisiones de las sociedades concesionarias eran recurridas por las asociaciones u

organizaciones representativas de compañías usuarias del aeropuerto, o por las propias compañías (en este último caso, en los términos previstos reglamentariamente).

Al mismo objetivo respondió la creación de la CNMC, que vino a substituir a la CREA<sup>840</sup>, aunque de forma transitoria y hasta la puesta en funcionamiento de la CNMC, la Ley 3/2013 previó (disposición adicional decimosexta) que de forma temporal las funciones de supervisión de la CREA en materia de tarifas aeroportuarias las ejercería el Comité de Regulación Ferroviaria, que pasaba a denominarse Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

La CNMC se concibe en su Ley de creación como un organismo público que actúa para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado (art. 2.1). Y en cuanto a sus funciones, la Ley 3/2013 (art. 10) y la nueva disposición adicional decimocuarta introducida en la Ley de Seguridad Aérea reiteran el esquema dibujado en el caso de la CREA, esto es, se atribuye a la CNMC la función de controlar el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta y el ajuste de las tarifas aeroportuarias a la Ley de Seguridad Aérea, con las mismas facultades resolutorias.

La creación de la CNMC –como había ocurrido anteriormente con la CREA– permitió ciertamente que el modelo tarifario se dotase de un organismo de control independiente del Gobierno y de las Administraciones Públicas, pero no afrontó la problemática de fondo descrita. La intervención del gestor aeroportuario en la determinación de las tarifas aeroportuarias continuaba limitándose a una simple propuesta de actualización que, además, estaba mediatizada por la sujeción a la fórmula matemática predeterminada por la Ley de Seguridad Aérea, debiéndose finalmente incluir la propuesta tarifaria revisada por la CNMC en el anteproyecto de ley que correspondiese para su

---

<sup>840</sup> Al paralizar el Consejo de Ministros en 2012 la gestión de los aeropuertos de Barcelona-El Prat y Madrid-Barajas mediante sociedades concesionarias, también se paralizó la constitución de la CREA.

aprobación, en su caso, por las Cortes Generales (disposición adicional decimocuarta introducida en la Ley de Seguridad Aérea por la Ley 3/2013).

### **3.2.4 El marco jurídico para la revisión de las tarifas aeroportuarias previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, con especial referencia al Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)**

La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, establece el marco jurídico aplicable a la red de aeropuertos de interés general de AENA SA<sup>841</sup>.

La red aeroportuaria de AENA SA, integrada por 46 aeropuertos y 2 helipuertos<sup>842</sup>, se concibe como un servicio de interés económico general (art. 21). Ello es de una enorme trascendencia porque con esta declaración se justifica la sujeción de los aeropuertos de AENA SA a una regulación que, por un lado, garantiza en todo el territorio nacional la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, y por el otro, permite incidir en las tarifas que se van a percibir por el uso de los bienes y por la prestación de servicios.

En particular, la consideración de la red de aeropuertos de interés general de AENA SA como un servicio de interés económico general comporta que esta sociedad mercantil estatal esté obligada a cumplir determinados objetivos: debe mantener la actual red de aeropuertos de interés general, salvo que se le autorice el cierre o enajenación total o parcial de alguna instalación; debe asegurar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias, definiendo las condiciones mínimas necesarias en el *Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)*; debe garantizar la

---

<sup>841</sup> Con la aprobación de la Ley 18/2014, la sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA pasa a denominarse AENA SA (art. 18).

<sup>842</sup> Según la disposición adicional decimoquinta de la Ley 18/2014, los aeropuertos de interés general son en la actualidad los contenidos en el anexo del Real Decreto 1150/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos civiles (BOE de 31 de agosto de 2011), así como aquellos que se incluyan en la lista por Orden del Ministerio de Fomento. En la actualidad, todos los aeropuertos gestionados por AENA SA se consideran aeropuertos de interés general.

sostenibilidad económica de toda la red a través de las tarifas aeroportuarias que se van a percibir por el uso de las instalaciones y por la prestación de servicios; y debe garantizar la continuidad en la prestación de los servicios aeroportuarios básicos en condiciones adecuadas de calidad, regularidad y seguridad, definiendo las condiciones mínimas necesarias en el DORA.

Las cuestiones relacionadas con el mantenimiento y la vinculación de los bienes a la actividad aeroportuaria y el derecho de acceso a las infraestructuras ya han sido tratadas en el capítulo anterior.

Centrándonos ahora en la cuestión de las tarifas aeroportuarias y la sostenibilidad económica de la red, la Ley 18/2014 define las tarifas (art. 32) como la contraprestación económica que AENA SA percibe por los servicios aeroportuarios básicos a que se refiere el artículo 30, esto es, aquellos servicios vinculados con la percepción de las prestaciones patrimoniales públicas (no tributarias) identificadas en el artículo 68.2 de la Ley de Seguridad Aérea.

La Ley 18/2014, en definitiva, mantiene la consideración como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias de las tarifas por el acceso y utilización de las infraestructuras aeroportuarias, que fue establecido por el Título VI de la Ley de Seguridad Aérea.

No se aprovechó la ocasión, pues, para acometer una regulación de las tarifas aeroportuarias por el acceso a las infraestructuras que permitiese al gestor aeroportuario pactarlas con los usuarios del aeropuerto, a imagen y semejanza de lo que ocurre en otros sectores regulados (energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.). No existe en la Ley 18/2014 la posibilidad real de que cada gestor aeroportuario establezca su propia política tarifaria pactada con los usuarios del aeropuerto y que las decisiones de dicho gestor aeroportuario sean luego controladas por una autoridad independiente, dado que es la propia ley la que predetermina cómo debe hacerse la actualización anual de las tarifas mediante la aplicación de un determinado porcentaje cuyo cálculo también resulta de la ley. El margen para llegar a acuerdos entre el

administrador de una instalación aeroportuaria y sus usuarios sobre las tarifas que se van a aplicar es más bien escaso, en contra de lo pretendido por la Directiva 2009/12/CE.

El modelo diseñado por la Ley 18/2014, en definitiva, no busca la competencia entre aeropuertos en precios y servicios, sino que mantiene la concepción de todo el sistema aeroportuario como una red gestionada por un único administrador, en la que los ingresos generados en todos los aeropuertos van a destinarse al mantenimiento de toda la red. Y ello a pesar de que, pocos meses antes de la aprobación de la Ley 18/2014, la CNMC había emitido un informe muy crítico con un borrador de Real Decreto-ley que establecía prácticamente la misma regulación de las tarifas aeroportuarias<sup>843</sup>.

Cierto es que actualmente la Ley 18/2014 no prevé la clásica obligación de incorporar la actualización y modificación anual de las tarifas aeroportuarias en la Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>844</sup> y que se opta por establecer un nuevo modelo de revisión tarifaria en el que, a través del DORA, se fijan unos ingresos máximos por pasajero para cada año del quinquenio de su vigencia y se permite su posterior concreción por parte del Consejo de Administración de AENA SA. Pero el núcleo de la cuestión, esto es, la capacidad de AENA SA de establecer su política tarifaria pactándola con los usuarios del aeropuerto, continúa invariable al mantenerse un sistema de actualización de las tarifas a través de la aplicación automática de una determinada fórmula prevista en la ley.

A ello debe añadirse que no se ha optado por un sistema alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas, siempre sujeto a reserva de ley. Sólo la

---

<sup>843</sup> Informe sobre el borrador de Real Decreto-Ley por el que se establece el marco jurídico de la regulación aeroportuaria y el régimen de transparencia y consulta en la fijación de tarifas aeroportuarias de AENA, SA, de 2 de julio de 2014 (IPN/0013/14). La CNMC cuestiona en este informe la imposibilidad de cada aeropuerto de poder desarrollar su política comercial en precios y servicios y que se haya mantenido el sistema de gestión unitaria por parte de una única empresa bajo el principio de financiación conjunta de todos los aeropuertos. Asimismo, la CNMC cuestiona que se mantenga el sistema de fijación centralizada de las tarifas aeroportuarias diseñado por la Ley de Seguridad Aérea, que no responde a la lógica económica del mercado.

<sup>844</sup> La obligación estuvo vigente hasta que se aprobó el primer DORA (disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014).

ley puede crearlas y determinar sus elementos esenciales, cuestión que la Ley 18/2014 no se replantea al remitirse (art. 32) a las tarifas creadas a través del Título VI incorporado en la Ley de Seguridad Aérea.

Este nuevo modelo tarifario diseñado por la Ley 18/2014 pivota sobre los siguientes aspectos básicos: 1) la obligación de las tarifas de mantener toda la red de aeropuertos de interés general; 2) la aprobación de un *Documento de Regulación Aeroportuaria* (DORA) en el que no sólo se fijan los niveles de calidad del servicio y los estándares de capacidad de las infraestructuras que integran dicha red de interés general, sino también el ingreso máximo anual por pasajero (IMAP) a los efectos de cubrir, vía prestaciones patrimoniales públicas, el coste de los servicios aeroportuarios básicos, así como los correctores (incentivos y penalizaciones) que permiten determinar la variación anual del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) a los efectos de calcular el porcentaje de actualización de las tarifas; 3) el establecimiento de un procedimiento de transparencia y consulta con los usuarios del aeropuerto para la actualización de las tarifas aeroportuarias; 4) el establecimiento de mecanismos de control de todo lo anterior; y 5) un régimen sancionador, del que no se hará ningún análisis por apartarse del objeto de estudio.

Empezando por la primera cuestión, la nueva regulación se fija como objetivo que las tarifas aseguren la sostenibilidad de toda la red de aeropuertos de interés general de AENA SA, calificada como servicio de interés económico general. Se trata del viejo principio de caja única que permite que los aeropuertos más rentables financien a los menos rentables. Así pues, se mantiene viva la idea que concibe los aeropuertos de AENA SA como un “*sistema aeroportuario en red*” en el que, a través de una caja común que se nutre con los ingresos obtenidos en todos los aeropuertos, se sufragan los gastos de toda la red.

Pero una cosa es que se califiquen los aeropuertos como servicio de interés económico general (art. 21) y que ello ampare su sujeción a una determinada regulación, y otra bien distinta es que esta calificación como servicio de interés económico general justifique el establecimiento de un sistema centralizado de



tarifas orientado a perpetuar las subvenciones cruzadas entre aeropuertos, pues ello impide la introducción de competencia. Existen otros mecanismos que permitirían garantizar en todo el territorio nacional la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, que no pasarían por el modelo tarifario diseñado por la Ley 18/2014. Si el objetivo que se persigue es garantizar estos fines en todo el Estado, ello se puede conseguir con el establecimiento de obligaciones de servicio público que aseguren la subsistencia de determinados aeropuertos menos rentables.

Además, es discutible que este modelo tarifario responda a lo pretendido por la Directiva 2009/12/CE. Ciertamente es que esta norma comunitaria permite, como excepción a la regla de gestión autónoma de cada aeropuerto, que un grupo de aeropuertos sean gestionados por una misma entidad gestora y que dicha entidad establezca para esta red de aeropuertos un *“sistema común”* de tasas aeroportuarias que abarque la citada red. Pero en España se ha optado por llevar esta previsión hasta las últimas consecuencias al concebir todos los aeropuertos de interés general como una única red y así poder establecer un *“sistema común de tarifas”* (art. 32 de la Ley 18/2014) con el claro objetivo de que los ingresos percibidos en todos los aeropuertos, integrados en una caja común, permitan asegurar el mantenimiento y la sostenibilidad económica de toda la red.

La Ley 18/2014, en definitiva, impide una gestión autónoma de cada aeropuerto que le permita establecer su propia política tarifaria sobre el acceso y uso de las infraestructuras y la prestación de servicios con el fin de mantener una competencia con los demás aeropuertos y maximizar la explotación de las instalaciones, sino que opta por perpetuar la idea de un único gestor para toda la red de aeropuertos de interés general que se financia con las tarifas que se ingresan en la caja común.

Este modelo de gestión centralizada de los aeropuertos es discutible. La tendencia debería ser la implantación de un marco legal que propiciase la gestión individualizada de los aeropuertos, porque estas infraestructuras, si

actúan como empresas, deberían buscar la obtención de rentabilidad y la autofinanciación mediante una gestión eficiente y más ágil y flexible<sup>845</sup>.

El segundo aspecto básico a considerar de la nueva regulación es el DORA, que pasa a ser el elemento clave a la hora de actualizar las tarifas aeroportuarias que va aplicar AENA SA en la red de aeropuertos de interés general que gestiona, además de ser el instrumento regulador en el que se definen las condiciones mínimas necesarias para garantizar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias y la adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos de la red de aeropuertos de AENA SA (art. 23).

El DORA se aprueba por periodos quinquenales mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Fomento (art. 26)<sup>846</sup>, pero antes de llegar a su aprobación, debe seguir un procedimiento de elaboración tras el cual la Dirección General de Aviación Civil lo elevará al Ministerio de Fomento para su aprobación por el Consejo de Ministros.

El procedimiento de elaboración del DORA se inicia con un periodo de consultas con las asociaciones representativas de usuarios sobre la propuesta de documento elaborada por AENA SA, finalizado el cual AENA SA debe elevar una propuesta detallada a la Dirección General de Aviación Civil (art. 24), que continuará el procedimiento con la solicitud de emisión de distintos informes, en particular los de la CNMC y la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Competitividad (art. 25). En el caso de la CNMC, su informe debe analizar cuestiones como la garantía de la sostenibilidad de la red, el cumplimiento del procedimiento de consulta y transparencia seguido por AENA SA y la aplicación no discriminatoria de las

---

<sup>845</sup> En este sentido, puede verse a Petit Lavall, M.V., *“El modelo español de gestión aeroportuaria”*, *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>846</sup> El primer DORA para el quinquenio 2017-2021 se aprobó mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2017, del que se dio publicidad a través de la Resolución de 20 de febrero de 2017 de la Dirección General de Aviación Civil (BOE de 27 de febrero de 2017). En esta resolución se previó que el DORA 2017-2021 entraría en vigor a partir del 1 de marzo de 2017.

tarifas, y en el caso del informe de la Dirección General de Política Económica su contenido debe centrarse en los valores tarifarios previstos en el DORA.

Según se apuntaba, el DORA tiene un papel muy importante en lo que se refiere al régimen tarifario porque permite determinar los servicios aeroportuarios básicos que se prestan a las aeronaves y a los pasajeros, los costes de estos servicios y su recuperación a través del cobro de las tarifas aeroportuarias. Con este objetivo, el DORA incluye información relativa a la situación actual y evolución de la red de aeropuertos de AENA SA, las previsiones detalladas de tráfico en cada aeropuerto, los estándares de capacidad de las infraestructuras, los estándares de calidad, las condiciones mínimas de servicio, las inversiones previstas, los costes operativos y de capital y los costes por cada servicio aeroportuario básico y la contribución de los costes que se recuperan con cada tarifa a la determinación del IMAP (ingreso máximo anual por pasajero). Asimismo, el DORA incluye los valores de IMAP y los incentivos y penalizaciones por la calidad del servicio prestado y penalizaciones por retraso en la ejecución de inversiones planificadas que se aplican para determinar el IMAAJ (ingreso máximo anual por pasajero ajustado).

Así pues, tras la nueva regulación aeroportuaria operada por la Ley 18/2014, se puede concluir que la estructura de las tarifas aeroportuarias se contiene en la Ley de Seguridad Aérea (art. 68.2 y 72 a 90), pero su actualización ya no se realiza mediante una propuesta de AENA Aeropuertos SA que, tras el control de la CNMC, se incluye en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino que ahora las tarifas se actualizan por AENA SA, aplicando para ello el porcentaje que resulta de la variación anual del IMAAJ (art. 32).

La clave del nuevo modelo tarifario hay que buscarla, en definitiva, en la determinación del IMAAJ, que es el que permite aplicar anualmente sobre cada tarifa aeroportuaria un porcentaje para su actualización (arts. 32.4 y 34.1). Para la determinación del IMAAJ durante cada ejercicio, debe aplicarse sobre el IMAP establecido en el DORA los incentivos y penalizaciones por la calidad del servicio prestado y las penalizaciones por retraso en la ejecución de

inversiones planificadas (arts. 19.c y 33). Más concretamente, para determinar el IMAAJ se parte del IMAP del año previo, al que se aplica la fórmula prevista en la Ley 18/2014, de 15 de octubre. Esta fórmula contempla dos componentes, el X y el P. El componente X está fijado en el DORA y el componente P se calcula según la fórmula prevista en el Real Decreto 162/2019, de 22 de marzo<sup>847</sup>. La fijación de este IMAAJ corresponde a AENA SA y es previo al inicio del procedimiento de transparencia y consulta con las asociaciones representativas de usuarios, aunque luego, una vez iniciado este procedimiento, se puede discutir sobre la correcta determinación y aplicación del IMAAJ (arts. 33 y 34).

En definitiva, el sistema vigente de actualización de las tarifas aeroportuarias se puede resumir en los términos siguientes: el DORA, que lo aprueba el Consejo de Ministros, fija el IMAP para toda la red, aplicando al respecto una metodología de cálculo prevista en la ley que contempla los ingresos aeroportuarios necesarios (obtenidos con las prestaciones patrimoniales públicas) para cubrir el coste de los servicios aeroportuarios básicos<sup>848</sup>; sobre este IMAP así previsto en el DORA, AENA SA aplica los correctores (incentivos y penalizaciones) también previstos en el DORA, con el fin de determinar el IMAAJ<sup>849</sup>; y una vez determinado el IMAAJ, que viene a ser la cuantía global que debe respetarse a la hora de actualizar las tarifas, se aplica sobre cada una de las tarifas existentes (en su día creadas por la Ley de Seguridad Aérea) el porcentaje que resulte de la variación del IMAAJ previsto para un ejercicio respecto al IMAAJ del año precedente<sup>850</sup>.

---

<sup>847</sup> Real Decreto 162/2019, de 22 de marzo, por el que se desarrolla el índice de actualización de las tarifas aeroportuarias de AENA S.M.E., S.A. (Índice P), y se modifica el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (BOE de 10 de abril de 2019).

<sup>848</sup> Como apunta Gómez Puente, M., “*La infraestructura aeroportuaria: regulación y competencia*”, *op. cit.*, p. 542, el IMAP actúa como un valor para limitar los ingresos que se pueden obtener mediante las tarifas, persiguiéndose con ello que las tarifas únicamente estén encaminadas a recuperar los costes que sean transparentes, eficientes, no discriminatorios y objetivos.

<sup>849</sup> Gómez Puente (*Ibid.*, p. 549) afirma que el IMAAJ es un indicador para actualizar las tarifas que se utiliza para contrarrestar el poder de mercado del gestor aeroportuario y para limitar sus ingresos percibidos por la prestación de los servicios aeroportuarios básicos.

<sup>850</sup> La aplicación anual de este porcentaje de actualización se realiza sobre cada tarifa aeroportuaria aplicable en cada aeropuerto, esto es, se mantiene en principio la clasificación de los aeropuertos en distintos grupos prevista en la Ley de Seguridad Aérea (art. 73) y en función del grupo al que pertenece cada aeropuerto se le aplica una tarifa actualizada u otra, aunque la

Como se puede observar con facilidad, poco margen tiene AENA SA, y mucho menos cada aeropuerto de manera individual, para determinar el régimen tarifario aplicable. Ninguno de ellos puede crear tarifas distintas porque el principio de reserva de ley se lo impide al considerarse prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, ni tampoco puede modular las tarifas existentes aplicando criterios empresariales porque la actualización de las tarifas está predeterminada en la ley y condicionada por el DORA que aprueba el Consejo de Ministros. A ello debe añadirse que el año 2014 el Ministerio de Fomento anunció la congelación de las tarifas aeroportuarias<sup>851</sup>, que luego se trasladó a la Ley 18/2014 (disposición transitoria sexta), en la que se previó una congelación entre los años 2015 y 2025, con lo que el margen de negociación de las tarifas aeroportuarias entre el gestor de la infraestructura y sus usuarios es prácticamente nulo<sup>852</sup>. Se trata por ello de un modelo de tarifas aeroportuarias incompatible con la Directiva 2009/12/CE, dado que en la norma comunitaria prima el acuerdo entre el administrador de la instalación aeroportuaria y sus usuarios sobre las tarifas que se van a aplicar, e incompatible al mismo tiempo con un modelo de mercado en el que las infraestructuras actúan como empresas que ofrecen instalaciones y servicios a sus usuarios.

En contra de la anterior conclusión se podrá decir, como hace algún autor<sup>853</sup>, que el legislador español no ha transpuesto fielmente la Directiva 2009/12/CE

---

Ley 18/2014 ha previsto (art. 32.3) la sustitución de este modelo de clasificación de los aeropuertos en distintos grupos por un nuevo mecanismo de clasificación de los aeropuertos a través de una Orden del Ministerio de Fomento, con efectos durante el quinquenio de vigencia del DORA.

<sup>851</sup> Nota de prensa de la Oficina de Información del Ministerio de Fomento de fecha 6 de mayo de 2014 ([www.fomento.gob.es/MFOMBPreNSa/Noticias](http://www.fomento.gob.es/MFOMBPreNSa/Noticias)).

<sup>852</sup> Incluso la CNMC ha cuestionado esta congelación de las tarifas aeroportuarias, advirtiendo que *“este tipo de actuaciones alteran la naturaleza del procedimiento de consultas, en la medida en que dan la señal de que las decisiones tarifarias son tomadas de forma independiente al mismo, restando incentivos a las partes a debatir sobre los temas más relevantes relacionados con el establecimiento de las tarifas y a alcanzar acuerdos”* (Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014, relativa a la propuesta de modificación tarifaria de AENA SA para 2015).

<sup>853</sup> Véase, en este sentido, a García-Andrade Gómez, J., *“Regulación de precios aeroportuarios: reserva de ley y liberalización económica”*, en Ruiz Ojeda, A. (director) y Zamora Roselló, M.R. (coordinadora), *Regulación y competencia en servicios de interés económico general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos*, Universidad de Málaga – Debates, 2017.

para no vulnerar la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales públicas. Incluso se podrá decir que no existe incompatibilidad entre el modelo europeo de fijación de tarifas aeroportuarias y la exigencia de reserva de ley prevista en el artículo 31 la Constitución, partiendo de una distinción entre la fase de establecimiento de la relación jurídica, de carácter coactivo, y la posterior fase de fijación de los precios que se derivan de tal relación, en la que no estaría presente la nota de la coactividad al haberse previsto un procedimiento de consultas y un mecanismo de resolución de discrepancias.

Sin embargo, como luego se dirá, esta negociación de las tarifas entre el gestor aeroportuario y sus usuarios y la posterior resolución de conflictos por una autoridad independiente tienen poco recorrido desde el momento en que la actualización de las tarifas se condiciona al cumplimiento de una fórmula predeterminada en la ley y a la aplicación de unos valores fijados en el DORA aprobado por el Consejo de Ministros, y al mismo tiempo se impone la sujeción al IMAAJ, que no se puede negociar. La clave del nuevo modelo tarifario, como se decía, está en la determinación del IMAAJ, que es el que permite aplicar anualmente sobre cada tarifa aeroportuaria un porcentaje para su actualización, y esto no es negociable. Con este modelo tarifario diseñado por el legislador español no se puede aceptar que la determinación de las tarifas esté basada en la negociación y el consenso entre los interesados.

Otro de los aspectos básicos sobre el que pivota el vigente modelo de tarifas aeroportuarias de AENA SA es, como se apuntaba anteriormente, su sujeción a un procedimiento de transparencia y consulta con las asociaciones representativas de usuarios, que tienen lugar en un doble momento.

En primer lugar, durante la fase de elaboración del DORA, AENA SA debe llevar a cabo consultas con las asociaciones representativas de usuarios sobre el IMAP y sobre los valores que permiten establecer los incentivos y penalizaciones por la calidad del servicio prestado y las penalizaciones por retraso en la ejecución de inversiones planificadas, que son los valores que van a permitir determinar el IMAAJ (art. 24).

Y en segundo lugar, una vez AENA SA ha fijado el IMAAJ –con los valores establecidos en el DORA– y ha aplicado a cada una de las tarifas aeroportuarias el correspondiente porcentaje de actualización (arts. 32.4, 33 y 34.1), se inicia otro procedimiento de consultas entre AENA SA y las asociaciones representativas de usuarios sobre las tarifas ya determinadas, con el fin de alcanzar acuerdos sobre el funcionamiento del sistema de tarifas, sus modificaciones y actualizaciones, la correcta determinación y aplicación del IMAAJ y los niveles de calidad de los servicios asociados a las tarifas<sup>854</sup>.

En este procedimiento de consulta, la transparencia impone un intercambio de información entre AENA SA y las asociaciones representativas de usuarios y compañías aéreas. AENA SA debe facilitar información del conjunto de la red e individualizada de cada aeropuerto en aspectos como los servicios y las infraestructuras vinculados con las tarifas, la metodología de cálculo de las tarifas, los ingresos y los costes que generan la utilización de las instalaciones y la prestación de servicios, las previsiones en inversiones y evolución del tráfico, el uso real de las instalaciones durante el último ejercicio, el impacto de las inversiones en la capacidad del aeropuerto, las desviaciones y correcciones en el IMAJ y los incentivos comerciales. Por su parte, las compañías aéreas deben facilitar a AENA SA información sobre previsiones de tráfico y composición y uso de su flota, sus proyectos de desarrollo y sus necesidades en el aeropuerto (art. 35).

Una vez finalizado el procedimiento de transparencia y consulta, corresponde al Consejo de Administración de AENA SA la aprobación de las tarifas aeroportuarias, debiendo justificar sus decisiones en caso de desacuerdo con las compañías usuarias, lo cual es muy importante para facilitar su posterior control (art. 34.5)<sup>855</sup>.

---

<sup>854</sup> Si AENA SA quisiera modificar la metodología para determinar el IMAJ o el IMAAJ que se contiene en el anexo de la Ley 18/2014, también debería abrirse un procedimiento de consulta con las asociaciones representativas de usuarios (art. 48).

<sup>855</sup> Existe como en el modelo anterior al vigente la posibilidad de celebrar acuerdos entre AENA SA y las asociaciones representativas de usuarios sobre el nivel y la calidad de los servicios que se van a prestar en los aeropuertos en función de las tarifas aeroportuarias aprobadas. Asimismo, las compañías aéreas pueden solicitar que AENA SA les ofrezca servicios personalizados o el uso de infraestructuras especializadas a cambio del pago de un precio privado (ajeno al procedimiento de consultas y posterior supervisión), debiéndose garantizar en

AENA SA, en definitiva, ya no se limita a realizar una “propuesta” de tarifas aeroportuarias para que luego las apruebe un organismo independiente como es la CNMC, con posterior inclusión en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino que las aprueba directamente, reservándose a la CNMC un papel de control *a posteriori*.

En cualquier caso, debe reiterarse que el papel de AENA SA en todo el proceso de actualización de las tarifas es limitado, al haberse diseñado un modelo en el que esta actualización está condicionada por una fórmula predeterminada en la ley y por unos valores fijados en un documento regulador, el DORA, que aprueba el Consejo de Ministros. No existe una capacidad real de AENA SA, actuando como una empresa, de pactar con los usuarios de cada aeropuerto –bajo determinados parámetros previamente regulados– el precio por el acceso y utilización de las infraestructuras y los servicios que se les va a prestar vinculados a dicho acceso.

Finalmente, el nuevo marco regulador prevé un mecanismo de control de las tarifas aprobadas por AENA SA, que corre a cargo de una autoridad independiente, la CNMC<sup>856</sup>. Este control se da en tres supuestos:

1º) Tras la aprobación de las modificaciones o actualizaciones de las tarifas aeroportuarias, AENA SA debe comunicarlo a la CNMC, que si aprecia que se ha prescindido del procedimiento de transparencia y consulta o no se ajusta a lo previsto en la Ley 18/2014, debe resolver su inaplicación y determinar de manera justificada cuál debe ser la modificación de las tarifas aeroportuarias en sustitución de las que fueron aprobadas por AENA SA, respetando en cualquier caso el IMAAJ (art. 37).

---

cualquier caso el principio de concurrencia y la aplicación de criterios pertinentes, objetivos, transparentes y no discriminatorios en el acceso a estos servicios si la demanda supera la capacidad de la infraestructura (art. 36).

<sup>856</sup> El procedimiento de transparencia y consulta en materia de tarifas aeroportuarias y su posterior control por la CNMC no sólo se aplica a los aeropuertos de interés general de AENA SA, sino también a los aeropuertos de interés general no integrados en esta red y a los aeropuertos autonómicos abiertos al tráfico comercial con más de cinco millones de pasajeros de tráfico anual (art. 45).



2º) La CNMC también puede revisar las modificaciones o actualizaciones de las tarifas aeroportuarias aprobadas por AENA SA cuando sean recurridas por las asociaciones representativas de usuarios o individualmente por las compañías aéreas y otros usuarios del aeropuerto, aunque en este supuesto de impugnaciones individuales debe estarse a los requisitos que se establezcan en el desarrollo reglamentario de la ley (art. 39)<sup>857</sup>. Pero, siguiendo la lógica de la Ley 18/2014, la resolución de estos recursos no permite a la CNMC establecer unas tarifas que superen el IMAAJ, porque esta Ley establece con carácter general (art. 32.3) que *“Las tarifas aeroportuarias de cada ejercicio (...) no representaran unos ingresos esperados que excedan del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ)”*. Esta conclusión viene corroborada por lo dispuesto en el artículo 12.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tras su modificación por la Ley 18/2014, pues este precepto, refiriéndose a la resolución de los recursos planteados ante la CNMC contra las decisiones de AENA SA, prevé que *“La modificación tarifaria revisada de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá respetar el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ)”*.

3º) Finalmente, la CNMC, de oficio o a petición de una compañía aérea o de los demás usuarios, también puede revisar la aplicación discriminatoria que se haga de las tarifas aeroportuarias, estando facultada para resolver su inaplicación y determinar de manera justificada la tarifa que se debe aplicar en sustitución de la aplicada por AENA SA, respetando también en este caso el IMAAJ (art. 38).

La CNMC, en definitiva, puede revisar y acordar la inaplicación de las tarifas aeroportuarias aprobadas o aplicadas por AENA SA, según los casos, e incluso puede determinar cuál debe ser la tarifa aplicable y, en el ejercicio de estas facultades, la CNMC puede verificar: 1º) si se ha respetado el procedimiento de transparencia y consulta; 2º) si las actualizaciones se ajustan al porcentaje que

---

<sup>857</sup> Los recursos ante la CNMC contra las modificaciones tarifarias impiden su aplicación hasta que se resuelva el recurso (cuatro meses, ampliable por dos meses más), aunque si en un plazo de cuatro semanas la CNMC no pudiera resolver el recurso, deberá pronunciarse sobre la aplicación provisional de las tarifas, y si no lo hace AENA SA puede aplicarlas (art. 40).

resulte de aplicar el IMAAJ; 3º) si las actualizaciones se ajustan a los demás requisitos del DORA; 4º) si se garantiza la sostenibilidad de toda la red aeroportuaria y la accesibilidad a los aeropuertos, así como la suficiencia de ingresos; 5º) si la decisión de AENA SA responde a los principios de no discriminación, objetividad, eficiencia y transparencia, y si además resulta justificada; y, 6º) si la aplicación de las tarifas es discriminatoria.

Sin embargo, a pesar de estas amplias facultades de control de la CNMC, no se le permite revisar uno de los aspectos fundamentales de las actualizaciones tarifarias, como es la determinación del IMAAJ, a partir del cual se concretan los porcentajes de actualización aplicables sobre cada tarifa. Bien al contrario, la CNMC debe ejercer sus facultades de control de las tarifas “*con sujeción al ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) aplicable*”<sup>858</sup> que, según se dijo, lo fija AENA SA aplicando unos correctores predeterminados en el DORA que aprueba el Consejo de Ministros.

En conclusión, cambian las leyes y las fórmulas de actualización de las tarifas aeroportuarias se hacen más complejas, pero en el fondo el modelo tarifario de la red de aeropuertos de AENA SA se mantiene igual, porque se niega la posibilidad de que el gestor aeroportuario pacte con los usuarios del aeropuerto las tarifas que se van aplicar por el acceso y uso de los bienes y por la prestación de servicios, y se impide un control pleno ejercido *a posteriori* por una autoridad independiente. No existe, en definitiva, una firme voluntad de cumplir con aquello que exige la Directiva 2009/12/CE, ni tampoco la voluntad de adaptar los aeropuertos a la nueva realidad, que no es otra que la de unos aeropuertos que actúan como empresas que ofrecen instalaciones y servicios a sus usuarios, para los que no sirve el actual modelo de prestaciones patrimoniales públicas configurado en la Ley de Seguridad Aérea y la Ley 18/2014.

El modelo tarifario vigente priva a cada aeropuerto de la posibilidad de adoptar su propia política comercial de precios, a pesar de actuar como empresas que,

---

<sup>858</sup> Arts. 37 y 38 de la Ley 18/2014, y en el mismo sentido, arts. 10 y 12.1.c) de la Ley 3/2013.

como cualquier otra, debería buscar una rentabilidad con sus actividades y optimizar al máximo la explotación de sus instalaciones. Se ha dotado a AENA SA de una forma mercantil para flexibilizar su gestión y para facilitar la entrada de capital privado, pero se impide que cada aeropuerto haga lo que haría cualquier empresa, esto es, competir en precios y en oferta de servicios para atraer rutas y compañías aéreas y buscar así una rentabilidad y la máxima explotación de sus instalaciones.

El sistema de tarifas aeroportuarias, por otro lado, es contradictorio con la introducción de más competencia entre aeropuertos porque se mantiene la vieja idea de fijar de manera centralizada las tarifas para todos ellos con el fin de asegurar la cobertura de los costes en toda la red<sup>859</sup>.

En otro orden de cosas, el modelo de tarifas aeroportuarias diseñado por la Ley 18/2014 plantea ciertos problemas ante la actual situación de pandemia del COVID-19 que azota nuestro país desde marzo de 2020, relacionados, por un lado, con la recuperación de los sobrecostes generados a AENA SA por la implantación de medidas sanitarias, y por el otro, respecto al brusco descenso de los ingresos por la bajada del tráfico aéreo y las dificultades para hacer frente a los costes por los servicios aeroportuarios básicos.

En relación con la primera cuestión, AENA SA se ha visto obligada por las autoridades sanitarias, como ocurre con todos los sectores económicos de nuestra sociedad, a implantar determinadas medidas de seguridad e higiene y controles sanitarios en todos los aeropuertos, que obviamente suponen unos sobrecostes.

De entrada, se puede discutir si los costes derivados de estas medidas sanitarias implantadas en los aeropuertos para luchar contra el COVID-19 deben soportarse por AENA SA o si deben sufragarse con cargo a los presupuestos generales del Estado. Lo cierto es que todos los sectores económicos se han visto obligados, en mayor o menor medida, a implantar

---

<sup>859</sup> Véase en este sentido a Fernández Torres, I., *“La privatización de AENA a examen. Algunas cuestiones desde la perspectiva del derecho de la competencia”*, op. cit., p. 938.

determinadas medidas sanitarias, pero no todos se han visto beneficiados con la posibilidad legal de recuperar estos costes<sup>860</sup>. Cabe plantearse, en este sentido, si las medidas sanitarias que AENA SA debe implantar en cada aeropuerto se consideran medidas singulares de una especial intensidad que generan un derecho a recuperar los costes, o si por el contrario deben ser consideradas como simples obligaciones que se enmarcan en lo que sería la ordenación general de una actividad que no dan derecho a compensación económica, como así ha ocurrido con el resto de sectores económicos de la sociedad que también han tenido que implantar medidas sanitarias.

Pongámonos en el escenario en que se decide que AENA SA debe soportar los costes derivados de las medidas sanitarias implantadas en los aeropuertos y que se prevé que pueda repercutirlos en las tarifas que cobra a los usuarios de cada aeropuerto. En esta tesitura, existe la duda de si, con el actual marco normativo previsto en la Ley 18/2014 y con el DORA aprobado para el quinquenio 2017-2021, estos sobrecostes se pueden repercutir en las siguientes tarifas aeroportuarias –que serían las del año 2021–, o si se requiere alguna otra previsión legal expresa.

Al respecto, debe recordarse que las tarifas aeroportuarias son *“las contraprestaciones que tiene derecho a percibir AENA SA por los servicios aeroportuarios básicos”* (art. 32.1 de la Ley 18/2014), esto es, aquellos servicios definidos en el artículo 68.2 de la Ley de Seguridad Aérea por los que percibe prestaciones patrimoniales públicas (por aterrizaje y servicios de tránsito de aeródromo; por salida de pasajeros, personas con movilidad reducida y seguridad; por la utilización de las zonas de estacionamiento de aeronaves; por suministro de combustibles y lubricantes; por uso de pasarelas telescópicas; por servicios de asistencia en tierra; y por servicios meteorológicos). Las tarifas aeroportuarias, en definitiva, no están previstas para el cobro de otros costes ajenos a la prestación de los servicios aeroportuarios básicos, como serían, en este caso, los costes derivados de la

---

<sup>860</sup> Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 10 de junio de 2020).

implantación de medidas sanitarias. De hecho, lo que contempla el IMAP son *“los ingresos necesarios para cubrir el coste de los servicios aeroportuarios básicos”* (art. 19.b de la Ley 18/2014), y en este sentido, el DORA determina los servicios aeroportuarios básicos que se prestan a las aeronaves y a los pasajeros, los costes de estos servicios y su recuperación a través del cobro de las tarifas aeroportuarias, y nada más.

Por ello, intentar repercutir los sobrecostes generados por las medidas sanitarias en unas tarifas previstas por ley únicamente para sufragar los costes de los servicios aeroportuarios básicos es muy discutible, porque se incrementarán estas tarifas con unos costes totalmente ajenos a los servicios prestados. De hecho, la Directiva 2009/12/CE, de 11 de marzo, relativa a las tasas aeroportuarias, prevé como principio la correspondencia entre las tasas aeroportuarias y el uso de las infraestructuras que se ofrecen y los servicios que se prestan (considerando 15) y vincula la percepción de la tasas aeroportuarias al uso de las instalaciones y a la prestación de servicios relacionados con el aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de aeronaves y el tratamiento de los pasajeros y la carga. Lo más razonable, si se decide que hay que socializar estos costes, sería que fuesen asumidos con fondos públicos y no con cargo a las tarifas aeroportuarias.

Sin embargo, no lo ha entendido así el citado Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, en cuya disposición adicional primera, relativa a los controles sanitarios y operativos en aeropuertos gestionados por AENA SA, ha dado cobertura legal para que AENA SA pueda recuperar los costes en los que haya incurrido como consecuencia de la colaboración con las autoridades sanitarias y de las restantes medidas operativas de seguridad e higiene que deban adoptar como consecuencia de la pandemia del COVID-19. Según esta disposición adicional primera, dichos costes (descontadas las subvenciones u otro tipo de ayudas económicas que haya percibido AENA SA) se recuperarán en el marco del DORA, previo análisis y supervisión de la CNMC durante el proceso de transparencia y consulta. La intención, pues, es que estos sobrecostes en los aeropuertos se carguen en las tarifas aeroportuarias, ya sea en el marco del vigente del DORA 2017-2021 o, para minimizar su impacto en

el sector, en los siguientes DORAs que se aprueben, que se harían cargo de este déficit acumulado y sin que en este segundo caso sea aplicable la congelación de las tarifas aeroportuarias prevista en la disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014 hasta el año 2025. De hecho, esta segunda opción es la que se ha optado finalmente, dado que AENA SA adujo en su propuesta de revisión tarifaria para el 2021 que, al no poder conocer los costes generados por las medidas sanitarias hasta febrero de 2021, no los podía trasladar a las tarifas de 2021, por lo que planteó su recuperación en el marco del DORA 2022-2027, propuesta que ha sido aceptada per la CNMC en su Resolución de supervisión de las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2021<sup>861</sup>.

Además de estos sobrecostes generados por la implantación de medidas sanitarias, se plantea también la duda sobre cómo incide la drástica reducción de pasajeros en la determinación de las tarifas aeroportuarias y si esto se puede corregir con el actual DORA o con los siguientes DORAs. Lo cierto es que ante una elevada caída del número de pasajeros y, por consiguiente, la drástica disminución de los ingresos, es difícil que AENA pueda llegar a cubrir todos sus costes.

Al respecto, la Ley 18/2014 prevé (Anexo VIII, puntos 3 y 7) como principio general que el riesgo derivado de las previsiones de tráfico y las desviaciones de costes respecto de los valores estimados en el DORA no se pueden trasladar a las tarifas aeroportuarias, sino que este riesgo debe ser asumido por el gestor aeroportuario.

A lo anterior debe añadirse una congelación de las tarifas aeroportuarias entre los años 2015 y 2025 (disposición transitoria sexta), de modo que, durante este periodo, el incremento máximo que se puede aplicar sobre el IMAAJ es del 0%, a la vez que se impide que el déficit acumulado durante la vigencia del DORA se pueda trasladar al siguiente DORA. Ello comporta (art. 32.4) que si de la aplicación del IMAAJ a cualquiera de las tarifas aeroportuarias resultan unos ingresos superiores a los costes de los servicios que se remuneran, las tarifas

---

<sup>861</sup> Resolución de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por AENA SME, SA en el ejercicio 2021, de fecha 11 de febrero de 2021 (Expediente STP/DTSP/016/20).

afectadas sólo se incrementarán hasta cubrir los costes, si bien también se garantiza que los ingresos dejados de percibir a causa de esta limitación servirán para incrementar de forma lineal el porcentaje de revisión de las demás tarifas con el límite de la recuperación de los costes. Y no sólo eso, además de esta prohibición de incrementar las tarifas aeroportuarias por encima del 0%, el DORA 2017-2021 prevé una rebaja de las mismas del 11% durante los cinco años de su vigencia, lo que representa una reducción del 2,2% anual.

No obstante, las dos reglas anteriores –asunción del riesgo derivado de las previsiones de tráfico y las desviaciones de costes y congelación tarifaria– admiten excepciones previstas en la propia Ley 18/2014.

Nos centraremos, por lo que aquí interesa, en el primer supuesto<sup>862</sup>. La Ley 18/2014 prevé (art. 27) la posibilidad de revisar el DORA durante el periodo de su vigencia si concurren circunstancias excepcionales no imputables a AENA SA que tienen un efecto cierto y substancial sobre la viabilidad financiera de la red de aeropuertos, y entre estas circunstancias excepcionales se citan las *“reducciones anuales del tráfico de pasajeros en el conjunto de la red superiores al 10% ocasionadas por desastres naturales, actos terroristas o situaciones bélicas”*, aunque se especifica que caben otras circunstancias excepcionales. Sin duda cabe que las restricciones en el tráfico aéreo y las limitaciones a la libre circulación de las personas durante el año 2020, derivadas de la actual situación de pandemia del COVID-19, han comportado una caída en el número de pasajeros (72,3% según estimaciones de la citada Resolución de supervisión de las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2021) y de los ingresos de AENA SA. Se trata, pues, de una circunstancia excepcional

---

<sup>862</sup> En cuanto al segundo supuesto, la disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014 prevé, como excepción a la regla general de congelación tarifaria, que por Acuerdo del Consejo de Ministros y previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Competitividad, podrá autorizarse una subida del IMAP superior al 0% fijado como tope en dos supuestos: 1º) cuando, por cambio normativo, deban autorizarse, con carácter inaplazable o imprevisible, inversiones por importe superior a 450 millones de euros durante el primer DORA; 2º) cuando la evolución imprevisible de los costes fuera del control del operador convenientemente reconocidos por el regulador no pudiese compensarse o contrarrestarse con medidas de eficiencia para garantizar la subida de ingresos máximos por pasajero sin poner en riesgo los estándares previstos en el DORA.

que justificaría la no aplicación de la citada regla según la cual, el riesgo derivado de las previsiones de tráfico y las desviaciones de costes respecto de los valores estimados en el DORA no se pueden trasladar a las tarifas aeroportuarias, sino que debe ser asumido por el gestor aeroportuario.

Debe recordarse que, por mandato expreso de la Directiva 2009/12/CE (considerando 1), las entidades gestoras de aeropuertos que proporcionen instalaciones y servicios por los que perciben tasas aeroportuarias deben intentar funcionar “*de manera rentable*”, objetivo harto difícil si ante una caída drástica del número de pasajeros y de ingresos, las tarifas aeroportuarias percibidas no permiten cubrir los costes.

En esta línea iría la citada Resolución de supervisión de las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2021. Ante la reducción del tráfico y la caída de ingresos a causa de la pandemia, que dificultan la determinación del IMAAJ, AENA SA propuso una congelación lineal de todas las tarifas aeroportuarias ante la imposibilidad de poder cubrir los costes, que ha sido aceptada por la CNMC. Ello da pie a pensar si, ante la caída excepcional de ingresos de AENA SA por la bajada del tráfico aéreo y la imposibilidad de hacer frente a todos los costes, existe la posibilidad de incrementar las tarifas aeroportuarias en el futuro DORA 2022-2027, con el fin de compensar esta caída de ingresos y poder sufragar así los costes generados. Esta posibilidad sólo es admisible si se modifica el artículo 32.4 de la Ley 18/2014, que prevé el principio de equilibrio de ingresos y costes para cada tarifa aeroportuaria. A partir del momento en que este precepto impide que los ingresos por las tarifas aeroportuarias sean superiores a los costes de los servicios, cualquier intento de compensar en el futuro la drástica pérdida de ingresos de AENA SA durante la actual situación de pandemia para hacer frente a los costes no cubiertos debe pasar por una modificación de este precepto para permitir esta compensación en el periodo que se estime oportuno.



#### **IV. Alternativas al modelo de prestaciones patrimoniales públicas tributarias por el acceso a las infraestructuras de transporte: precios privados regulados y prestaciones patrimoniales públicas no tributarias**

Difícilmente se podrá multiplicar la existencia de infraestructuras de transporte en una misma área de influencia que, en manos de distintos propietarios, compitan entre sí en precios y servicios ofrecidos. Lo más probable es que las grandes infraestructuras de transporte continúen siendo un monopolio, porque desde el punto de vista económico, urbanístico y medioambiental, no resulta viable que se dupliquen.

Ahora bien, aceptando la imposibilidad de romper el monopolio público de las infraestructuras de transporte, es posible explorar un modelo diferente que huya de la imposición coactiva de los precios por parte del poder público. Con sujeción a un determinado marco regulador, es perfectamente posible concebir un modelo de precios de acceso a las infraestructuras de transporte basado no en la imposición coactiva del titular de la infraestructura, sino en la fijación a través de un procedimiento transparente de consulta que permita llegar a acuerdos o que, ante el desacuerdo, sean fijados por el administrador dentro de los parámetros y límites impuestos por dicho marco, con control posterior a cargo de un organismo regulador independiente, como ocurre en otros sectores liberalizados.

Otra opción pasaría por mantener la concepción de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte como precios coactivos, pero desposeerlos de su concepción tributaria, siguiendo el modelo establecido para retribuir el acceso a las infraestructuras aeroportuarias. Se trataría de configurar todos estos precios de acceso como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, aprovechando el nuevo marco jurídico sobre esta categoría que se ha abierto con la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

## **1. El precio a pagar por el acceso a las infraestructuras en otros sectores liberalizados: energía eléctrica, hidrocarburos y telecomunicaciones**

La liberalización que se inició en la última década del siglo pasado no sólo incidió en los sectores portuario, ferroviario y aeroportuario, sino también en otros sectores que utilizan redes, como son el sector eléctrico, los hidrocarburos y las telecomunicaciones.

Todos ellos coinciden en la existencia de unas infraestructuras en red de paso obligado para quienes quieran realizar las actividades liberalizadas, que difícilmente se pueden duplicar por razones económicas, urbanísticas y medioambientales, por lo que dichas infraestructuras revisten la naturaleza de monopolio o, cuanto menos, se pueden dar situaciones de posición dominante de algún titular de infraestructuras. Por ello, para hacer frente a esta situación de monopolio o de posición dominante, en todos estos sectores se ha tenido que prever, de un modo u otro, un régimen jurídico que garantizase el acceso de terceros a las infraestructuras en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, con el fin de asegurar una competencia efectiva de las actividades liberalizadas que sobre las mismas o a través de ellas se desarrollan.

Sin embargo, en lo que se refiere al precio a pagar por el acceso y utilización de las infraestructuras en red, las diferencias son notables. Según se vio, los ingresos que se perciben por el acceso y utilización de las infraestructuras de transporte siguen el modelo de las prestaciones patrimoniales públicas, modelo que, por regla general, es extraño en el sector eléctrico, los hidrocarburos y las telecomunicaciones.

Pero el hecho de que en el sector eléctrico, los hidrocarburos y las telecomunicaciones no se establezcan prestaciones patrimoniales públicas, no significa que los poderes públicos dejen de intervenir en la determinación del precio a pagar por el acceso y utilización de las infraestructuras. Bien al contrario, al tratarse de unos bienes indispensables e imprescindibles para que se puedan desarrollar a través de ellos las actividades liberalizadas, existe un

interés general que justifica la intervención pública sobre el precio a pagar por el acceso a las mismas en situaciones de monopolio o de posición dominante, aunque esta intervención reviste una intensidad variable, según el sector de que se trate.

Así, en ocasiones la ley reserva a la Administración la facultad de regular los peajes de acceso a las infraestructuras, estableciéndose los máximos dentro de los cuales las empresas propietarias de las mismas se pueden mover. Este sería el supuesto de regulación más intensa, justificado por la falta de competencia entre infraestructuras, y aquí se incluyen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución eléctrica, los peajes de acceso a las instalaciones de transporte y almacenamiento de productos petrolíferos en los casos de falta o insuficiencia de alternativas y los peajes de acceso a las instalaciones de la red básica, transporte y distribución de gas natural.

En el otro extremo tendríamos los sectores en los que se deja que el precio por el acceso de terceros a las infraestructuras sea negociado entre los sujetos interesados, con posibilidad de control posterior a cargo de una autoridad independiente. Aquí se incluyen el precio por el acceso e interconexión a las redes de telecomunicaciones, el precio de acceso a las instalaciones de transporte y almacenamiento de productos petrolíferos cuando existan alternativas y el precio de acceso a las instalaciones de almacenamiento no básico de gas natural.

Existen, además, situaciones intermedias, como sería la prevista en el sector de las telecomunicaciones para aquellos casos en que se den situaciones de posición dominante en el mercado, que permiten una intervención pública mediante un mecanismo de control de precios a cargo de la CNMC.

Empezando por el sector eléctrico, la Ley del Sector Eléctrico de 1997<sup>863</sup> supuso el abandono de la idea de un servicio público de titularidad estatal, con precios fijados por la Administración, al pasar a un modelo de liberalización de

---

<sup>863</sup> Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (BOE de 28 de noviembre de 1997).

las actividades que integran el suministro eléctrico (generación de energía, transporte, distribución y comercialización). Sin embargo, mientras que las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica pasaron a desarrollarse en régimen de libre competencia, las actividades de transporte y distribución se concibieron como actividades que requerían la sujeción a una intensa regulación (junto con las actividades de operador del mercado y operador del sistema), precisamente por tratarse del monopolio<sup>864</sup>.

Para que existiese una libre competencia de las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, la clave estuvo en garantizar el derecho de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución eléctrica. Como decía el preámbulo de la ley, por necesidades de eficiencia económica, la red de transporte y distribución es única y por ello constituye un monopolio, pero la propiedad privada de las distintas redes no garantiza un uso exclusivo a sus propietarios, debiéndose poner a disposición de los demás sujetos del sistema eléctrico.

Este derecho de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución eléctrica llevaba como contrapartida la obligación de pagar un precio, que en la Ley del Sector Eléctrico de 1997 recibió la denominación de peaje. Las actividades de transporte y distribución, como actividades reguladas, se retribuían con cargo a los peajes que se aprobaban por el Gobierno con carácter de máximos y únicos para todo el territorio nacional, correspondiendo su concreción, dentro de los máximos establecidos, a las empresas transportistas y distribuidoras de electricidad titulares de las redes.

La vigente Ley del Sector Eléctrico de 2013<sup>865</sup> no ha variado este modelo, aunque ha introducido mayor flexibilidad en el sistema de retribución de las actividades reguladas para que se pueda adaptar mejor a los cambios en el sistema eléctrico o a la evolución de la economía. En este sentido, destaca la

---

<sup>864</sup> Hernández, J.C., *Regulación y competencia en el sector eléctrico. Evolución, regulación actual y perspectivas de futuro*, Thomson-Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2005, y López de Castro García-Morato, L., "Las tarifas eléctricas: el caso español", en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

<sup>865</sup> Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE de 27 de diciembre de 2013).

previsión de un mecanismo correctivo, consistente en la obligación de revisión automática de los peajes si se superan determinados umbrales.

Lo más relevante, pues, es que la nueva Ley del Sector Eléctrico somete a intervención pública los precios a pagar por el acceso a las infraestructuras de transporte y distribución de energía eléctrica, que se concreta en tres momentos: la intervención del Gobierno, que regula la estructura y las condiciones de aplicación de los peajes de acceso a las redes; la intervención de la CNMC, a la que se encomienda el establecimiento de una metodología para fijar estos peajes; y la intervención del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a quien le corresponde aprobar las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes de acceso. Como resultado, el citado Ministerio establece anualmente los peajes de acceso con carácter de máximos, aunque se pueden revisar antes si se producen circunstancias que afectan de modo relevante a los costes regulados o a los parámetros utilizados para su cálculo.

En definitiva, de acuerdo con la normativa del sector eléctrico, la propiedad de las redes de transporte y distribución eléctrica no es pública, sino que está en manos privadas, aunque ello no supone la existencia de una multiplicidad de redes que actúan en competencia. Este carácter monopolístico de las redes puede dar lugar a abusos de la posición dominante, y precisamente por ello y por considerarse el suministro eléctrico un servicio esencial (Ley del Sector Eléctrico de 1997) o un servicio de interés económico general (Ley del Sector Eléctrico de 2013), se justifica la intervención pública para regular el precio de acceso de terceros a dichas redes, sin necesidad de acudir para este cometido al sistema de las prestaciones patrimoniales públicas.

En el caso de los hidrocarburos, la Ley del sector de hidrocarburos de 1998<sup>866</sup> puso fin a la consideración de servicio público del suministro de gas e impulsó con carácter general un proceso liberalizador de todas las actividades de suministro de hidrocarburos líquidos y gaseosos para que se ejercieran en régimen de libre competencia, aunque se sujetaron a regulación al tratarse de

---

<sup>866</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (BOE de 8 de octubre de 1998).

actividades de interés económico general. El cambio fue especialmente significativo en el suministro del gas natural, pues supuso el fin del servicio público y se pasó a un modelo de liberalización y competencia, con intervención pública mediante regulación al tratarse de una actividad de interés general<sup>867</sup>.

Al igual que ocurre en el sector eléctrico, en el sector de los hidrocarburos existen también unas infraestructuras esenciales para que se pueda desarrollar el suministro en régimen de libre competencia, como son las infraestructuras de transporte, distribución, almacenamiento y regasificación, y es precisamente el carácter de monopolio de estas infraestructuras, no siempre duplicables por razones económicas y ambientales, lo que justifica la intervención pública sobre ellas mediante una regulación, que incide especialmente en dos aspectos clave como son el acceso de terceros a las mismas y el precio a pagar por ello<sup>868</sup>.

En este sentido, en la redacción vigente de la Ley del sector de hidrocarburos de 1998 se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de transporte y almacenamiento de productos petrolíferos (hidrocarburos líquidos) mediante un procedimiento negociado regido por los principios de no discriminación, transparencia y objetividad, con posterior intervención de la CNMC para resolver los conflictos de acceso. A estos efectos, los titulares de las instalaciones deben comunicar a la CNMC la metodología de tarifas que van a aplicar, que tras su análisis puede hacer recomendaciones. Por el contrario, se prevé una intervención del Gobierno más intensa para establecer los peajes de acceso en aquellas zonas donde no existan infraestructuras alternativas o sean insuficientes o para los territorios insulares.

Cuando se trata del acceso de terceros a las instalaciones de la red básica de gas natural (gasoductos de transporte primario de gas natural a alta presión, plantas de regasificación de gas natural licuado, plantas de licuefacción y

---

<sup>867</sup> Sánchez Gutiérrez, M.M., *La regulación del sector del gas natural*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

<sup>868</sup> Del Guayo Castiella, I., *“Tarifas, peajes y cánones del gas natural”*, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

almacenamientos básicos) y a las instalaciones de transporte y distribución, el precio de acceso se aprueba por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. En el caso del acceso a almacenamientos no básicos, se impone que el acceso sea negociado bajo los principios de no discriminación, transparencia y objetividad, y también como ocurre con las instalaciones de transporte y almacenamiento de productos petrolíferos, los titulares de estos almacenamientos deben facilitar a la CNMC la metodología de cálculo de los cánones, a los efectos de poder verificar el cumplimiento de los citados principios.

La Ley del sector de hidrocarburos de 1998 impone en la fijación de los peajes de acceso el respeto de determinados principios, como son la obligación de asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas, la obligación de permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos y la obligación de determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.

Esta intervención pública sobre los peajes de acceso a las instalaciones de hidrocarburos se concreta en tres momentos, como ocurre también en la determinación de los peajes de acceso a las infraestructuras de transporte y distribución de energía eléctrica: en primer lugar, se prevé una intervención del Gobierno, que se traduce en la regulación de la estructura y las condiciones de aplicación de los peajes de acceso; en segundo lugar, la CNMC establece la metodología para fijar estos peajes; y, finalmente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aprueba los valores de los peajes, de acuerdo con la metodología aprobada por la CNMC, que van a estar vigentes durante cuatro años con carácter de máximos<sup>869</sup>. Todo ello sin perjuicio de que, si la situación del mercado lo permite, el Gobierno pueda liberalizar el régimen de peajes establecido.

---

<sup>869</sup> Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector del gas natural (BOE de 7 de septiembre de 2001).

Finalmente, en el caso de las telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones de 1998<sup>870</sup> instauró un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y la explotación de redes, abriendo el sector a la libre competencia, régimen que se consolidó posteriormente con la Ley General de Telecomunicaciones de 2003<sup>871</sup> y con la vigente Ley General de Telecomunicaciones de 2014<sup>872</sup>. Esta última concibe las telecomunicaciones como servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia, tanto la explotación de las redes como la prestación de comunicaciones electrónicas.

Como sucede en el sector eléctrico y los hidrocarburos, la libre competencia en las telecomunicaciones exige que se garantice el derecho de acceso a las redes, así como la interconexión (una modalidad de acceso). No sólo es imprescindible para los operadores y los usuarios que exista una interconexión de las redes, especialmente con la del tradicional monopolista, sino también que se garantice el acceso a las redes de aquellos proveedores de servicios que, sin ser titulares de una red propia, necesitan el acceso a las redes existentes para ofrecer sus servicios<sup>873</sup>.

Pero a diferencia del sector eléctrico o de los supuestos indicados del sector de hidrocarburos en los que existe una intervención pública en la regulación de los precios de acceso, en el sector de las telecomunicaciones se ha impuesto un modelo en el que los interesados negocian directamente los precios de acceso a las redes y la interconexión, con intervención de una autoridad independiente para resolver los conflictos que se produzcan (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en las Leyes de telecomunicaciones de 1998 y 2003 y la CNMC tras la Ley de 2014).

---

<sup>870</sup> Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (BOE de 25 de abril de 1998).

<sup>871</sup> Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE de 4 de noviembre de 2003).

<sup>872</sup> Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE de 10 de mayo de 2014).

<sup>873</sup> Montero Pascual, J.J., *Derecho de las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.



Así pues, en el sector de las telecomunicaciones son los distintos operadores los que negocian el acceso e interconexión a las redes y el precio a pagar por ello, y sólo en caso de desacuerdo decide la CNMC, como autoridad independiente.

No obstante, también se prevé un mecanismo de control de precios a cargo de la CNMC para aquellos casos en que un operador tenga poder significativo en un mercado de referencia. Al igual que ocurre en los sectores eléctrico y de hidrocarburos, donde la ausencia de competencia entre infraestructuras justifica la regulación de los precios de acceso, en el sector de las telecomunicaciones se ha optado por un mecanismo de intervención consistente en el control de precios, como obligación específica para los operadores con poder significativo de mercado, que incluye la fijación de precios, la orientación de los precios en función de los costes y el establecimiento de una contabilidad de costes, todo ello con el fin de garantizar la formación de precios competitivos y evitar precios excesivos y márgenes no competitivos.

En definitiva, en el sector eléctrico, los hidrocarburos y las telecomunicaciones, el precio a pagar por el acceso a las infraestructuras no se ha configurado como una prestación patrimonial pública, sino que se ha optado por un modelo de precios regulados e incluso se ha previsto para algunos supuestos que los precios se negocien directamente entre los interesados. Esta última opción se ha previsto para aquellos casos en los que no existe un riesgo de abuso de la posición dominante de algún titular de redes. Por el contrario, cuando existe esta posibilidad, especialmente si la red es un monopolio natural, se impone una intervención pública en la fijación de los precios de acceso, que puede revestir distintas fórmulas: desde la regulación de los peajes de acceso con carácter de máximos, hasta la previsión de distintos mecanismos de control de precios.

La fijación por parte de la Administración de precios regulados en estos sectores liberalizados no supone el ejercicio de una potestad tarifaria, pues la Administración no es titular de ningún servicio público, ni tampoco supone el

ejercicio de una potestad tributaria, dado que no se establece ninguna tasa. Se trata más bien del ejercicio de una potestad de regulación que se ampara en la ley de cada sector, normalmente por motivos de insuficiencia del mercado para la fijación libre de los precios o por la concurrencia de otras circunstancias de interés general que justifiquen la intervención<sup>874</sup>.

## **2. La opción del Derecho de la Unión Europea por un modelo de precios regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte**

### **2.1 El modelo de tasas aeroportuarias previsto en la Directiva 2009/12/CE**

#### **2.1.1 La regulación de las tasas aeroportuarias como garantía frente a la posición dominante del gestor aeroportuario**

La regulación comunitaria de las tasas aeroportuarias se encuentra en la Directiva 2009/12/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias<sup>875</sup>.

Para la correcta comprensión de esta Directiva, hay que partir de la concepción europea de los aeropuertos como empresas que realizan una actividad económica de interés general, a cambio de la cual los gestores de estas instalaciones perciben de sus usuarios (aquellos que transportan viajeros o mercancías) una contraprestación económica.

En efecto, un aeropuerto, según relata el preámbulo de la Directiva de tasas aeroportuarias, se hace cargo de las aeronaves desde el aterrizaje hasta el despegue, así como de los pasajeros y la carga, y para realizar estas actividades, que califica de comerciales, ofrece a sus usuarios la utilización de las instalaciones y les presta determinados servicios (directa o indirectamente) a cambio del pago de un precio, que la norma comunitaria denomina tasa

---

<sup>874</sup> Muñoz Machado, S., *“Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>875</sup> DOUE de 14 de marzo de 2009.

aeroportuaria. En este sentido, la Directiva 2009/12/CE (art. 2) define la tasa aeroportuaria como *“toda exacción percibida en beneficio de la entidad gestora del aeropuerto y a cargo de los usuarios del aeropuerto, abonada a cambio del uso de las instalaciones y los servicios prestados exclusivamente por la entidad gestora del aeropuerto y relacionados con el aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de aeronaves, y el tratamiento de los pasajeros y la carga”*.

Pero, además de actuar como una empresa, los aeropuertos tienen la particularidad de ser un lugar de paso obligado para las distintas aeronaves, lo que provoca que en las relaciones comerciales que se entablan entre el gestor aeroportuario y las distintas compañías aéreas el gestor goce de una posición dominante o de privilegio, que puede tener la tentación de hacer valer en el momento de establecer las tasas aeroportuarias por el uso de las instalaciones y por la prestación de servicios. Esta posición dominante vendría reforzada por el hecho de que los aeropuertos son instalaciones difícilmente duplicables por razones económicas, urbanísticas y medioambientales.

Así pues, el punto de partida que debe considerarse es el siguiente: la actividad de transporte aéreo es una actividad económica de interés general que requiere para poderse realizar el paso obligado por unas instalaciones, los aeropuertos, que se consideran una empresa que también realiza una actividad económica de interés general, pero con la particularidad de que estas instalaciones presentan rasgos monopolísticos. Y es precisamente esta característica de ser lugares de paso obligado, junto con la falta de competencia suficiente entre aeropuertos, lo que obliga a establecer una regulación de distintos aspectos, entre ellos el precio de acceso, para evitar que el gestor de cada aeropuerto abuse de su posición dominante y distorsione la competencia.

Con el fin precisamente de evitar situaciones de abuso a la hora de fijar las tasas aeroportuarias, se aprobó la Directiva 2009/12/CE, en la que se

establece un marco común sobre esta materia que debe regir en los principales aeropuertos de la Unión Europea<sup>876</sup>.

Cierto es que la Directiva 2009/12/CE deja un amplio margen de maniobra a los Estados miembros a la hora de su transposición, pues no sólo les permite que decidan si, para la fijación de los precios de acceso, deben tenerse en cuenta o no los ingresos procedentes de las actividades comerciales realizadas en los aeropuertos, sino que además no establece la metodología de cálculo de las tasas<sup>877</sup>. Pero si bien esto es cierto, también lo es que existe una clara voluntad de las autoridades comunitarias de establecer un marco regulatorio común o unos principios comunes en materia de tasas aeroportuarias, que actúan como garantía para los usuarios de cada aeropuerto frente a la posición dominante del gestor de estas instalaciones.

Ello se puede constatar en la previsión de determinados principios que deben regir el establecimiento de las tasas aeroportuarias, como son los principios de pertinencia, objetividad, transparencia, no discriminación y motivación, así como en la previsión de un procedimiento obligatorio de consultas entre el gestor del aeropuerto y sus usuarios para el establecimiento de las tasas y de un sistema de recursos ante una autoridad independiente, aspectos todos ellos que se van a desarrollar en las siguientes líneas.

---

<sup>876</sup> La Directiva 2009/12/CE sólo se aplica a los aeropuertos abiertos al tráfico comercial cuyo tráfico anual sea superior a cinco millones de viajeros y, aunque no se llegue a esta cifra, al aeropuerto con mayor movimiento de viajeros de cada Estado miembro (art. 1.2), por lo que los aeropuertos más pequeños quedan excluidos del nuevo marco comunitario en materia de tasas aeroportuarias. El Gran Ducado de Luxemburgo discutió ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la Directiva 2009/12/CE se aplicase al aeropuerto con mayor movimiento de viajeros de cada Estado miembro (aunque no llegasen a un tráfico anual superior a cinco millones de viajeros) y no en cambio a grandes aeropuertos regionales con tráfico mayor (pero también inferior a cinco millones de viajeros) por entender que era discriminatorio, pero la Sentencia de 12 de mayo de 2011 (asunto C-176/2009) desestimó el recurso. Por otro lado, la Directiva 2009/12/CE, además de excluir de su régimen de tasas a los aeropuertos menores, también deja fuera determinadas tasas que ya son objeto de su propia regulación específica. Tal es el caso de las tasas que se aplican para remunerar los servicios de navegación aérea de ruta o de aproximación (Reglamento CE nº 1794/2006), las tasas aplicables para la remuneración de servicios de asistencia en tierra (Anexo de la Directiva 96/67/CE) o las tasas percibidas para financiar la asistencia a pasajeros discapacitados y pasajeros con movilidad reducida (Reglamento CE nº 1107/2006).

<sup>877</sup> Así lo advirtió la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de mayo de 2011 (asunto C-176/2009) cuando indicó (apartado 75) que *“la Directiva 2009/12 ni impone el modo de cálculo de las tasas ni define los ingresos que deben tomarse en consideración”*.

### **2.1.2 Principios comunitarios que rigen la fijación de las tasas aeroportuarias**

Las tasas aeroportuarias, cuyo establecimiento se sujeta en la Directiva 2009/12/CE a un procedimiento de consulta entre el gestor del aeropuerto y sus usuarios para su determinación, y a un posterior control por una autoridad independiente, deben respetar determinados principios expresamente identificados en la norma comunitaria, como son los principios de pertinencia (o suficiencia), objetividad, transparencia, no discriminación y motivación. Se trata, por lo general, de los principios propios de toda regulación económica de precios.

El carácter pertinente de las tasas aeroportuarias, que la Directiva 2009/12/CE no define, evoca a la necesidad de que dichas tasas sean adecuadas y proporcionales a los bienes y servicios que se ofrecen en el aeropuerto. El principio de pertinencia, pues, se referiría a la necesidad de respetar la suficiencia u orientación a costes de las tasas.

Debe haber, por tanto, una relación calidad/precio entre el nivel de las instalaciones y servicios ofrecidos a las compañías aéreas y el precio a pagar por ello, de modo que las tasas percibidas permitan sufragar los costes ocasionados más un beneficio razonable para el gestor aeroportuario, todo ello bajo la idea fundamental de que un aeropuerto, como cualquier empresa que realiza una actividad económica, debe ser rentable.

Esta idea de la rentabilidad de los aeropuertos se desprende de la propia Directiva 2009/12/CE cuando indica en su considerando primero que *“las entidades gestoras de aeropuertos que proporcionen instalaciones y servicios por los que se perciben tasas aeroportuarias deben intentar funcionar de manera rentable”*. Ello exige, por tanto, que las tasas que se perciban sean capaces de sufragar los costes ocasionados e incluir un beneficio razonable

para que el gestor aeroportuario lo pueda reinvertir en nuevas y mejores infraestructuras y en la prestación de mejores servicios<sup>878</sup>.

En cualquier caso, la idea que subyace en la Directiva 2009/12/CE es que en la fijación de las tasas aeroportuarias sólo se deben tener en cuenta criterios empresariales para no distorsionar la competencia<sup>879</sup>.

Para verificar si las tasas establecidas son adecuadas y proporcionadas, esto es, si se ajustan al principio de suficiencia u orientación a costes, es imprescindible que se motiven las decisiones que se adopten. Así lo impone la Directiva 2009/12/CE (art. 6.2) cuando obliga al gestor del aeropuerto a justificar las decisiones que adopte en caso de falta de acuerdo con los usuarios sobre las tasas que se van a aplicar.

La fijación de las tasas aeroportuarias debe obedecer también a criterios objetivos –tampoco definidos en la Directiva 2009/12/CE–, lo cual se traduce en la obligación de ajustarse a criterios claros previamente determinados que permitan alcanzar el propósito perseguido por la norma comunitaria, que no es otro que fijar las tasas aeroportuarias en función de las instalaciones y los servicios ofrecidos. Sólo con el uso de criterios objetivos se puede evitar que la fijación de las tasas aeroportuarias sea una decisión arbitraria del gestor del aeropuerto.

---

<sup>878</sup> En este sentido se pronunció el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de septiembre de 2007 sobre la *“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las tasas aeroportuarias”* [COM (2006) 820 final – 2007/0013 (COD)] cuando indicó (apartado 3.13) que *“Se debería permitir a los aeropuertos el cobro de tasas para que registren unos beneficios razonables que posteriormente reinvertirán en infraestructuras y otros servicios”*. No obstante, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo no descartaba la posibilidad de que pudieran recibirse también ayudas económicas (apartado 1.4), por lo que, en definitiva, parece ser que abogaba por la posibilidad de que en algunos aeropuertos la financiación de sus costes no procediera en exclusiva de las tasas aeroportuarias, sino también de ayudas públicas. Más explícito en este sentido fue el Dictamen del Comité de las Regiones de 10 de octubre de 2007 sobre *“El futuro de los aeropuertos europeos”* (CDR 406/2006 fin), que en relación con la *“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las tasas aeroportuarias”*, propuso que se indicara que los costes por el uso de las instalaciones y por la prestación de servicios se recuperasen no de manera exclusiva por las tasas (sistema de caja dual).

<sup>879</sup> García-Andrade Gómez, J., *“La regulación de los precios aeroportuarios en el modelo de gestión privatizada. La disyuntiva entre el cumplimiento de las exigencias constitucionales y del Derecho europeo”*, en *Jornadas Regulación y competencia en servicios de interés general*, organizadas por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 23 y 24 de noviembre de 2012.

La Directiva 2009/12/CE exige además que el procedimiento de consultas entre el gestor aeroportuario y los usuarios del aeropuerto para determinar las tasas aplicables se rija por el principio de transparencia. Ello se traduce (art. 7) en la obligación de un intercambio mutuo de información con el fin de contribuir a la adecuada fijación de las tasas aeroportuarias. Pero también exige que se sepa de antemano cuál va a ser la metodología aplicable para determinar las tasas, cuáles van a ser los costes que se van a considerar y cómo se va a determinar el beneficio razonable del gestor aeroportuario, si bien estas son cuestiones de las que la Directiva 2009/12/CE no se ocupa, por lo que deberá concretarse por cada Estado miembro.

Finalmente, la Directiva 2009/12/CE (art. 3) sujeta la fijación de las tasas al principio de no discriminación, según el cual no puede haber un trato diferente no justificado entre los usuarios del aeropuerto en materia de tasas aeroportuarias. Se trata de un principio fundamental que trata de impedir una restricción en el acceso a las instalaciones y servicios aeroportuarios y el consiguiente falseamiento de la competencia, si bien la Directiva comunitaria admite modulaciones de las tasas *“por motivos de interés público y general”*, siempre que se respeten los principios de pertinencia, objetividad y transparencia.

### **2.1.3 El procedimiento de consulta para la fijación de las tasas aeroportuarias y el control posterior a través de una autoridad independiente**

El vigente marco regulador en materia de tasas aeroportuarias previsto en la Directiva 2009/12/CE se caracteriza por dos aspectos fundamentales: por un lado, el establecimiento de un procedimiento de consulta transparente que favorece la negociación entre la entidad gestora de cada aeropuerto y los usuarios del mismo a la hora de fijar las tasas aeroportuarias, en el que lo fundamental es el intercambio mutuo de información, y por el otro, el posterior

control por una autoridad independiente en lo que se refiere a las decisiones adoptadas por el gestor aeroportuario en materia de tasas.

Se trata, pues, de un modelo que pretende dejar que sean los propios interesados (el gestor del aeropuerto y sus usuarios) los que acuerden el régimen de tasas aplicables, con un posterior control a cargo de una autoridad independiente encaminado a que, como garantía para los usuarios frente a la posición dominante del gestor aeroportuario, procure por el respecto de los principios de pertinencia, objetividad, transparencia, no discriminación y motivación en la fijación de las tasas.

La Directiva 2009/12/CE (art. 6) se limita a exigir que los Estados miembros establezcan un procedimiento transparente de consulta periódica (al menos una vez al año) entre la entidad gestora del aeropuerto y los usuarios del mismo (o sus representantes o asociaciones). Salvo esto, la norma comunitaria se remite a lo que concreten los Estados miembros en cuanto a este procedimiento y las condiciones y criterios para fijar las tasas aeroportuarias, e incluso se deja abierta la posibilidad de que la fijación de las tasas aeroportuarias no la realice el gestor del aeropuerto, sino una autoridad independiente.

Este procedimiento de consulta debe tener por objeto el análisis del funcionamiento del sistema de tasas aeroportuarias, el nivel de las tasas y la calidad de los servicios que se reciben (art. 6.1). El objetivo que se persigue es conseguir acuerdos entre el gestor del aeropuerto y los usuarios del mismo sobre el sistema de tasas aeroportuarias y el nivel de dichas tasas acorde con los servicios que se van a recibir (art. 6.2). Y si no se alcanzan estos acuerdos, se prevé que sea el gestor aeroportuario el que adopte la decisión, que deberá ser motivada a los efectos de facilitar su posterior control por la autoridad independiente (art. 6.2).

Para que este diálogo que se entabla durante el procedimiento de consulta sea fructífero, se impone que sea transparente, y ello se traduce en la obligación de



llevar a cabo un intercambio mutuo de información entre el gestor aeroportuario y los usuarios del aeropuerto o sus representantes o asociaciones (art. 7).

En este sentido, la Directiva 2009/12/CE exige que antes del periodo de consultas, el gestor del aeropuerto facilite a cada usuario o a sus representantes o asociaciones, como mínimo, información sobre las infraestructuras y los servicios que se ofrecen, la metodología para determinar las tasas aeroportuarias, la estructura global del coste, la renta generada por las tasas, el coste total de los servicios, la financiación que se obtiene de las autoridades públicas, la situación del aeropuerto (tasas existentes, evolución del tráfico e inversiones previstas), el uso real de la infraestructura y los resultados previstos por las inversiones a efectos de la capacidad del aeropuerto. Por su parte, los usuarios del aeropuerto deben facilitar al gestor aeroportuario información sobre las previsiones de tráfico, la composición y uso de su flota, los proyectos de desarrollo en el aeropuerto y las necesidades en dicho aeropuerto.

Se trata, en definitiva, de un intercambio de información que debe referirse al aeropuerto en concreto en el que se entabla el diálogo y no al conjunto de los aeropuertos, pues el interés de las compañías aéreas se centra en las infraestructuras y servicios que se van a poner a su disposición en el aeropuerto donde van a operar y el precio que deben pagar por ello. Como apunta el preámbulo de la Directiva 2009/12/CE (apartado 15), se pretende que cada gestor aeroportuario *“apli[que] las tasas aeroportuarias que se correspondan con la infraestructura o los niveles de servicio proporcionados, ya que las compañías aéreas tienen interés legítimo en pedir a las entidades gestoras de los aeropuertos servicios acordes con la relación calidad/precio”*.

Así pues, la Directiva 2009/12/CE –aunque no se diga de manera expresa– diseña un modelo regulatorio que persigue dotar de mayor autonomía a sus protagonistas. La norma deja que sean el gestor del aeropuerto y sus usuarios los que negocien y acuerden las tasas aeroportuarias, y sólo si dicho acuerdo no se alcanza, se faculta al gestor aeroportuario para que las establezca

unilateralmente, de manera motivada, para el aeropuerto que gestiona, siempre en función de los servicios e instalaciones que se va a ofrecer.

Este margen de autonomía no sólo se vislumbra a la hora de negociar las tarifas aeroportuarias que se van a aplicar con carácter general, sino que también está presente cuando se prevé que el gestor aeroportuario puede acordar con las compañías aéreas interesadas la prestación de servicios personalizados o el uso de terminales especializadas y las tarifas que se van a aplicar, con la obligación de que estas posibilidades se ofrezcan a todos los usuarios del aeropuerto con criterios no discriminatorios, transparentes y objetivos.

En definitiva, un principio –no enunciado de manera expresa– que se desprende de la regulación contenida en la Directiva 2009/12/CE es el de mayor autonomía y protagonismo de cada gestor aeroportuario y de los usuarios del aeropuerto a la hora de acordar las tasas aeroportuarias.

Por ello, si todo el procedimiento de consulta está orientado a la búsqueda de acuerdos sobre el nivel de tasas que se van a aplicar por las instalaciones y los servicios ofrecidos en cada aeropuerto, parece razonable concluir que este ámbito de negociación debe producirse en cada aeropuerto. No parece ser el espíritu de la norma comunitaria que, a la hora de negociar las tasas aeroportuarias entre el gestor de la infraestructura y sus usuarios, el marco de referencia deba ser el conjunto de servicios e instalaciones puestos a disposición en la totalidad de los aeropuertos de un Estado, porque obviamente las circunstancias de cada aeropuerto no son las mismas<sup>880</sup>.

También es cierto, como excepción a la anterior regla general, que la Directiva 2009/12/CE permite que un grupo de aeropuertos sean gestionados por una misma entidad gestora y que dicha entidad establezca para esta red de aeropuertos un “*sistema común*” de tasas aeroportuarias que abarque la citada

---

<sup>880</sup> En este sentido, Gómez Puente, M., “*La infraestructura aeroportuaria: regulación y competencia*”, *op. cit.*, p. 532, llega a afirmar que existe una clara inclinación de la Directiva 2009/12/CE a la explotación individualizada de cada aeropuerto o a la fijación individualizada de sus tarifas.

red (art. 4). Incluso se permite la implantación de un “*sistema común*” de tasas aeroportuarias en el caso de aeropuertos que prestan sus servicios en la misma ciudad o conurbación (art. 5). Pero se trata de excepciones a la regla general de gestión autónoma de los aeropuertos por cada gestor aeroportuario y como excepciones deberían interpretarse de manera restrictiva para no convertir en regla general lo que es una excepción.

En otro orden de cosas, la Directiva 2009/12/CE (arts. 6 y 11) garantiza el control posterior de las tasas aeroportuarias cuando sean establecidas unilateralmente por el gestor aeroportuario, lo cual tiene lugar tras haberse realizado infructuosamente el procedimiento de consulta. Para este cometido, la norma prevé distintas posibilidades.

Con carácter general, debe preverse un sistema que permita recurrir las decisiones del gestor aeroportuario ante una autoridad independiente<sup>881</sup>, que deberá resolver con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Sin embargo, también se admite que se prescinda de este sistema de recursos contra las decisiones del gestor aeroportuario cuando el Estado haya previsto que la autoridad independiente sea la que fije o apruebe las tasas aeroportuarias o su nivel máximo, o cuando se haya previsto que dicha autoridad independiente deba examinar con regularidad o a petición de las partes interesadas si los aeropuertos son objeto de una competencia efectiva, con fijación o aprobación posterior de las tasas aeroportuarias o su nivel máximo en este último caso si lo justifica el examen realizado.

Este control *a posteriori* que ejerce la autoridad independiente está encaminado a que vele por la correcta aplicación de la Directiva 2009/12/CE (art. 11). Se pretende con ello que la autoridad independiente analice si se ha cumplido el procedimiento de consulta y si el sistema de tasas establecido respeta los

---

<sup>881</sup> La independencia de la autoridad de supervisión exige que sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier entidad gestora del aeropuerto o compañía aérea, y que su actuación sea imparcial y transparente. Además, si el Estado mantiene la propiedad o el control de los aeropuertos, de las entidades gestoras de los aeropuertos o de compañías aéreas, las funciones de propiedad o control no pueden recaer sobre la autoridad de supervisión (art. 11.3 de la Directiva 2009/12/CE).

principios de pertinencia, objetividad, transparencia, no discriminación y motivación.

En definitiva, el sistema de fijación de tasas aeroportuarias diseñado a nivel comunitario se caracteriza por querer dotar de una amplia autonomía al gestor de cada aeropuerto para que, a través de un procedimiento transparente de consulta con sus usuarios, negocie y procure llegar a acuerdos sobre las tasas que se van a aplicar por el uso de las instalaciones y por los servicios que se ofrecen, y sólo en defecto de estos acuerdos se faculta al gestor aeroportuario para establecerlas unilateralmente, pero con obligación de motivar las decisiones que adopte y con sujeción a un control posterior a cargo de una autoridad independiente.

Se trata, además, de un modelo que ofrece amplias garantías a los usuarios de los aeropuertos frente a la posición dominante de la que goza el gestor aeroportuario, con el fin de evitar que éste abuse de dicha posición. Y ello tiene lugar a través de dos mecanismos: por un lado, al forzar que, mediante un procedimiento transparente de consulta, cada gestor aeroportuario deba negociar las tasas con los usuarios del aeropuerto por el uso de las instalaciones y por la prestación de servicios, con la obligación del gestor de tener que motivar las decisiones que finalmente adopte en caso de desacuerdo; y por el otro, al garantizar el posterior control de las decisiones adoptadas por el gestor aeroportuario a través de una autoridad independiente (o los otros mecanismos alternativos anteriormente descritos).

Como fácilmente se puede advertir, este modelo europeo de tasas aeroportuarias para retribuir el acceso a las infraestructuras aeroportuarias casa mal con el modelo de prestaciones patrimoniales públicas impuestas coactivamente por el poder público, vigente en los aeropuertos españoles<sup>882</sup>.

---

<sup>882</sup> De hecho, desde el 15 de febrero de 2017 España tiene abierto por la Comisión Europea el procedimiento de infracción nº 20164135 por incorrecta transposición de la Directiva 2009/12/CE, sin que se conozcan en estos momentos más detalles sobre el contenido de la infracción y sobre el resultado de dicho procedimiento. Lo único que se ha hecho público hasta la fecha es que la Comisión ha remitido la carta de emplazamiento previa al dictamen motivado (art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) por incumplimiento de las obligaciones que se derivan de los Tratados, lo cual puede dar lugar a que la Comisión, en

## **2.2 La regulación de los cánones por el acceso a las infraestructuras ferroviarias prevista en Directiva 2012/34/UE**

### **2.2.1 Principios aplicables a la fijación de los cánones ferroviarios**

Las infraestructuras ferroviarias, como los puertos y aeropuertos, son empresas que realizan una actividad económica de interés general consistente en poner a disposición de las empresas ferroviarias unas instalaciones y servicios para que éstas puedan desarrollar su actividad de transporte en régimen de libre competencia, pagando por ello al administrador de la infraestructura una contraprestación económica por el acceso a dicha infraestructura. Además, son lugares de paso obligado para los ferrocarriles, difícilmente duplicables por razones económicas, urbanísticas y medioambientales, por lo que se da una posición dominante del administrador de la infraestructura ferroviaria sobre las distintas empresas de transporte por ferrocarril.

Ante esta situación de monopolio, el Derecho de la Unión Europea ha regulado el derecho de acceso de terceros a la infraestructura ferroviaria y el precio a pagar por ello, así como el control posterior a cargo de un organismo regulador independiente. Dicha regulación se encuentra actualmente en la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por el que se establece el espacio ferroviario europeo único<sup>883</sup>, con las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016<sup>884</sup>.

---

caso de que España no atienda al dictamen, pueda recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según informaciones periodísticas (diarios Expansión de 14 de marzo de 2017 y El País de 15 de marzo de 2017), el motivo por el que se abrió el expediente a España fue doble: por un lado, porque la Comisión Europea dudaba de que el procedimiento de consulta a los usuarios para la fijación de tasas aeroportuarios en los aeropuertos españoles se ajustara realmente a la Directiva 2009/12/CE, al considerarlo poco transparente; por el otro, porque la Comisión tenía reservas sobre los poderes reconocidos a la autoridad independiente (la CNMC).

<sup>883</sup> DOUE de 14 de diciembre de 2012.

<sup>884</sup> DOUE de 23 de diciembre de 2016.

Sin embargo, a diferencia del sector aeroportuario, en el que se ha optado decididamente por un modelo de precios de acceso que tratan de acordarse entre el gestor de la infraestructura y sus usuarios, en el sector ferroviario se ha preferido implantar un modelo de precios que, dentro de un marco de regulación, son decididos por el administrador de infraestructuras dentro de su independencia de gestión.

Esta fijación de los precios ferroviarios, según la normativa de la Unión Europea, debe sujetarse a los principios propios de toda regulación económica que se ocupa del precio a pagar por el acceso a las redes, como son los principios de equivalencia, no discriminación, objetividad, transparencia y motivación. Sólo así se consigue que el derecho de las empresas ferroviarias a acceder a las infraestructuras se haga en condiciones equitativas, no discriminatorias y transparentes. Además, se impone que los costes sean directamente imputables a la explotación (art. 31.3), que se refleje la escasez de capacidad (art. 31.4) y que se incluya el coste de los efectos ambientales y en particular el coste de los efectos del ruido (art. 31.5)<sup>885</sup>.

El carácter equivalente (pertinencia o suficiencia) de los cánones ferroviarios evoca la necesidad de que sean adecuados y equitativos a los bienes y servicios que se ofrecen a los usuarios de las infraestructuras. Ello supone la necesidad de respetar la suficiencia u orientación a costes de los cánones, por lo que debe haber una relación calidad/precio entre el nivel de las instalaciones y servicios ofrecidos a las empresas ferroviarias y el precio a pagar por ello, de modo que los cánones percibidos permitan sufragar los costes ocasionados más un beneficio razonable para el gestor de la infraestructura ferroviaria. Dice en este sentido la Directiva 2012/34/UE (considerando 69 y art. 31.3) que los cánones por la utilización de la infraestructura deben ser equivalentes al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario.

---

<sup>885</sup> La regulación de los cánones ferroviarios se ha concretado en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/909 de la Comisión de 12 de junio de 2015, relativo a las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario (DOUE de 13 de junio de 2015).

Los cánones ferroviarios tienen que ser, además, no discriminatorios, con el fin de evitar un trato diferente no justificado a las empresas ferroviarias que suponga una restricción en el acceso a las infraestructuras y los servicios que falsee la competencia. Según indica el preámbulo de la Directiva (considerando 42), el sistema de cánones que establezca cada Estado debe garantizar el acceso sin discriminaciones de todas las empresas ferroviarias a la infraestructura, con el fin de propiciar una competencia leal en la prestación de servicios ferroviarios.

La fijación de los cánones ferroviarios debe hacerse también con criterios objetivos para evitar que sea una decisión arbitraria, y ello exige el establecimiento de un marco claro. En este sentido, sin perjuicio de la independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias, la Directiva 2012/34/UE (art. 29) obliga a los Estados miembros a crear un marco claro, con normas específicas en materia de fijación de cánones, aunque también pueden delegar en el administrador de infraestructuras ferroviarias el establecimiento de dichas normas específicas.

Junto con el establecimiento de un marco claro con criterios objetivos, es necesario que la fijación de los cánones ferroviarios se haga de modo transparente, y en particular deben conocerse las normas, la metodología y los baremos aplicables, que deberán constar en la *Declaración sobre la red* (arts. 30.8 y 31.2).

Finalmente, para poder verificar que los cánones ferroviarios son equivalentes y no discriminatorios, es necesario que se motiven las decisiones que adopte el administrador de infraestructuras ferroviarias en su fijación, con el fin de facilitar el posterior control por una autoridad independiente y en vía judicial.

### **2.2.2 Independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias**

La Directiva 2012/34/CE, especialmente tras las modificaciones operadas por la Directiva (UE) 2016/2370, garantiza la independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias. Ello incide no sólo en las decisiones sobre adjudicación de capacidad de infraestructura, sino de manera especial por lo que aquí interesa en la determinación de los cánones a pagar por el acceso a la infraestructura ferroviaria.

La Directiva 2012/34/CE es muy clara en este sentido (art. 29.1): *“El administrador de infraestructuras ferroviarias determinará el canon por utilización de infraestructuras y se encargará de su cobro, de conformidad con el marco y las normas de los cánones establecidos”*. Al administrador de infraestructuras ferroviarias, en definitiva, no sólo le corresponde el cobro de los cánones, sino que debe estar facultado para su fijación.

Esta independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias se ha tratado de reforzar tras la aprobación de la Directiva (UE) 2016/2370, que llega a afirmar (considerandos 7 y 10 y art. 7 bis) que el administrador de infraestructuras ferroviarias debe gozar de independencia en la toma de decisiones por lo que respecta a sus funciones esenciales, entre las que se encuentran no sólo la adjudicación de surcos ferroviarios, sino también la fijación de cánones por el uso de las infraestructuras. Se pretende de este modo evitar toda *“influencia indebida”* en la toma de decisiones, con el fin de garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio a las infraestructuras ferroviarias. Estas dos funciones esenciales, la adjudicación de surcos ferroviarios y la fijación de los cánones por el uso de las infraestructuras, integran –junto con la explotación del tráfico– lo que sería la explotación de la infraestructura ferroviaria, que es una función propia del administrador de la infraestructura.

De hecho, esta exigencia de independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias en materia de tarificación ferroviaria ha sido reiteradamente recordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque es un instrumento que garantiza un acceso equitativo y no discriminatorio y permite optimizar la utilización de las infraestructuras. En este



sentido, pueden citarse dos Sentencias de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10, Comisión Europea contra Reino de España; y asunto C-473/10, Comisión Europea contra Hungría), una de 3 de octubre de 2013 (asunto C-369/11, Comisión Europea contra República Italiana) y una Sentencia de 11 de julio de 2013 (asunto C-545/10, Comisión Europea contra República Checa).

Así pues, la Directiva (UE) 2016/2370 incide en la idea de que al administrador de infraestructuras ferroviarias le corresponde no sólo el cobro de los cánones de acceso a la infraestructura, sino también la toma de decisiones sobre su fijación (aunque estas funciones también pueden adjudicarse a un órgano responsable independiente). Esta facultad del administrador de infraestructuras ferroviarias de tomar decisiones incluso incluye la posibilidad de celebrar acuerdos de cooperación con empresas ferroviarias, de forma no discriminatoria, con el fin de ofrecer precios reducidos, que tendrán el carácter de ventajas (art. 7 quarter, apartado 4).

En este nuevo paradigma, el papel de los Estados queda reducido “*a la definición del marco de fijación de los cánones (...) y de las normas específicas de fijación de cánones*” (art. 7 bis, apartado 2.a).

Cierto es que la Directiva 2012/34/CE prevé, como contrapartida a la determinación de los cánones a cargo del administrador de infraestructuras ferroviarias, que el Parlamento de cada Estado pueda controlar el ejercicio de dicha facultad, e incluso pueda cambiar la cuantía de los cánones fijados. Pero se trata de un control parlamentario *a posteriori* que no puede suponer una merma en la facultad del administrador de infraestructuras ferroviarias de fijar por sí mismo los cánones ferroviarios o de adaptarlos cuando lo requieran las circunstancias del mercado, pues de lo contrario esta facultad exigida por la Directiva quedaría en nada.

Como se puede observar, la legislación española de cánones ferroviarios no se ajusta a este modelo europeo de fijación de precios de acceso a las

infraestructuras ferroviarias<sup>886</sup>, no sólo porque se impide que sea el administrador de infraestructuras ferroviarias quien de ordinario los determine, sino porque, además, al basarse en un modelo de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, la fijación de las cuantías se realiza anualmente mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado, impidiendo *de facto* que el administrador pueda adaptarlos durante su vigencia a las necesidades de explotación que vayan surgiendo.

## **2.3 El modelo de tasas y tarifas portuarias previsto en el Reglamento (UE) 2017/352**

### **2.3.1 El contenido del Reglamento (UE) 2017/352**

En materia de puertos no existe una regulación del derecho de acceso de terceros a las infraestructuras y del precio a pagar por ello, en los términos previstos para los aeropuertos y los ferrocarriles. La normativa vigente se centra en el acceso a la prestación de servicios, con algunas pinceladas sobre el uso de las infraestructuras portuarias, pero no se prevé en puridad un derecho de acceso de terceros a las infraestructuras, tal como se concibe en otros sectores sujetos a regulación económica.

Después de dos intentos fallidos de regular el acceso a los servicios portuarios mediante dos propuestas de Directivas de 2001 y 2004 que no llegaron a aprobarse<sup>887</sup>, finalmente se aprobó el Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017, por el que se

---

<sup>886</sup> La Comisión Europea abrió un expediente a España (Infracción nº 20150281) por no transponer correctamente la Directiva 2012/34/UE en lo que se refiere, entre otras cuestiones, a las competencias del organismo regulador y a la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, especialmente en lo que respecta a la fijación de los cánones por la utilización de infraestructuras. Si bien llegó a emitir el dictamen motivado (14 de junio de 2017), finalmente cerró el caso (11 de abril de 2019).

<sup>887</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 13 de febrero de 2001 titulada *Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo* [COM (2001) 35 final] y Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios de 13 de octubre de 2004 [COM (2004) 654 final].

crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos<sup>888</sup>.

La norma comunitaria, aplicable desde el 24 de marzo de 2019, aborda la regulación del acceso a la prestación de los servicios portuarios, la transparencia financiera de los puertos cuando reciban fondos públicos y el régimen jurídico de las tasas por el uso de las infraestructuras y de las tarifas por la prestación de servicios. Por el contrario, no prevé ninguna regulación del derecho de acceso de terceros a las infraestructuras portuarias, a pesar de que se trata de unos bienes que presentan los mismos rasgos monopolísticos que los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias y que son esenciales para la competencia, limitándose a prever las tasas que se deben pagar por el uso de las infraestructuras.

La nueva regulación pretende que los puertos europeos dispongan de unos servicios portuarios modernos, fiables y eficientes con el fin de propiciar que el transporte marítimo sea atractivo y favorable a la inversión privada y se puedan integrar en la red transeuropea de transportes. Para ello, se considera imprescindible facilitar el acceso al mercado de servicios portuarios y, especialmente por lo que aquí interesa, disponer de un sistema transparente de tasas por la utilización de las infraestructuras y de tarifas por la prestación de servicios portuarios. Como indica Eguinoa de San Román<sup>889</sup>, el Reglamento (UE) 2017/352 pretende implantar unas condiciones equitativas en la competencia interportuaria e intraportuaria y evitar todas aquellas prácticas que no hacen atractiva la inversión privada en puertos, como son la falta de competencia en muchos servicios portuarios, los abusos de mercado provocados por monopolios y oligopolios, la falta de claridad en las relaciones financieras entre autoridades públicas y portuarias y los proveedores de servicios, la insuficiente autonomía de los puertos para definir los cánones y tarifas y la ausencia de transparencia en los costes, aspectos que contribuyen

---

<sup>888</sup> DOUE de 3 de marzo de 2017.

<sup>889</sup> Eguinoa de San Román, R., *Derecho comunitario y puertos de interés general. Un análisis del modelo portuario estatal a la luz del Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 61-62.

a que se produzca una competencia desleal entre puertos, especialmente ante determinadas prácticas de financiación pública de las infraestructuras.

Centrando el análisis en la cuestión de las tasas y tarifas portuarias, el Reglamento (UE) 2017/352 sujeta su establecimiento a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad (pertinencia o suficiencia), exige además una consulta a los usuarios de cada puerto y permite recurrir las decisiones adoptadas ante una autoridad independiente.

En principio, pues, parecería que la nueva regulación comunitaria en materia de puertos seguiría los pasos de la Directiva de tasas aeroportuarios (Directiva 2009/12/CE), estableciendo las bases para garantizar que el pago de las contraprestaciones económicas por la utilización de las infraestructuras o por el acceso a los servicios no distorsione la competencia.

Sin embargo, un análisis en profundidad del Reglamento (UE) 2017/352 permite concluir que en el caso de los puertos no se ha llegado tan lejos, si se compara con los sectores aeroportuario y ferroviario, mucho más evolucionados, y ello a pesar de que todas estas infraestructuras se encuentran en la misma situación al concebirse como empresas que realizan una actividad económica de interés general que deben sujetarse a una regulación por presentar rasgos monopolísticos<sup>890</sup>. Posiblemente, la tímida flexibilización del régimen jurídico de las tasas y tarifas portuarias establecida en el Reglamento (UE) 2017/352 se deba al hecho de que en el sector portuario existe una fuerte resistencia de los distintos actores implicados en la liberalización del mercado de servicios portuarios<sup>891</sup>.

---

<sup>890</sup> En materia de puertos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997 (asunto C-242/95) manifestó (apartado 35) que una empresa pública propietaria de un puerto comercial disfruta de un monopolio legal y, por ello, ostenta una posición dominante al ser la única que tiene derecho en el puerto a percibir las tasas portuarias por la utilización de las instalaciones portuarias.

<sup>891</sup> Zurutuza Arigita, I., *“El acceso al mercado de los servicios portuarios: a propósito del nuevo Reglamento (UE) 2017/352”*, en RDT, nº 20, 2017, pp. 108-109. Según el autor, el Reglamento (UE) 2017/352 impone muchas condiciones al ejercicio de la libertad de acceso a la prestación de servicios portuarios (requisitos mínimos para la prestación, limitaciones al número de prestadores, imposición de obligaciones de servicio público y operador único para determinados servicios) e incluso excluye de su ámbito de aplicación a determinados servicios (manipulación de carga, servicios al pasaje y practicaje), por lo que considera que difícilmente

El legislador comunitario es consciente de que sólo con un sistema transparente de tasas y tarifas portuarias, junto con la garantía de acceso a la prestación de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos, se podrá evitar una distorsión del mercado y una competencia desleal entre los distintos puertos de la Unión Europea. Ello obviamente exige un marco normativo claro que sujete las tasas y tarifas portuarias a los citados principios de transparencia, objetividad, no discriminatorias y proporcionalidad, pues sólo así se favorece la estrategia comercial de las empresas que quieran prestar servicios portuarios y sus planes de inversión.

No obstante, a pesar de la importancia que el Reglamento (UE) 2017/352 le da a las tasas y tarifas portuarias, no llega al extremo de arbitrar un procedimiento de negociación entre el gestor de la infraestructura portuaria y sus usuarios sobre las tasas y tarifas portuarias que se quieren aplicar, a imagen y semejanza de lo que ocurre en el sector aeroportuario, sino que se ha limitado a prever un procedimiento de consulta que tiene una finalidad meramente informativa, según se verá en líneas posteriores.

El Reglamento (UE) 2017/352, como se apuntaba, distingue entre tasas por el uso de las infraestructuras y tarifas por la prestación de servicios portuarios.

La tasa por infraestructuras portuarias se define en el Reglamento (UE) 2017/352 (art. 2.9) como *“una tasa recaudada en beneficio directo o indirecto del organismo gestor del puerto, o de la autoridad competente, por la utilización de infraestructura, instalaciones y servicios, incluidas las vías navegables de acceso del puerto de que se trate, así como por el acceso al servicio al pasaje y al tratamiento de la carga, con exclusión de las tasas de ocupación de terrenos y otras tasas de efecto equivalente”*.

Y la tarifa por servicios portuarios se concibe (art. 2.11) como *“una tarifa recaudada en beneficio del prestador de servicios portuarios y que abonan los*

---

se puede hablar de una verdadera liberación de este mercado, que achaca a la multiplicidad de intereses presentes que impiden el consenso.

*usuarios del servicio correspondiente*”, considerándose servicios portuarios, a los efectos del Reglamento (UE) 2017/352 (art. 1), el suministro de combustible, la manipulación de carga, el amarre, los servicios al pasaje, la recepción de desechos generados por buques y residuos de carga, el practicaaje y el remolque.

En el caso de las tasas por infraestructuras portuarias, el Reglamento (UE) 2017/352 exige (art. 13.3) que se definan en función de la estrategia comercial y de los planes de inversión de cada puerto (aunque los Estados también pueden imponer que se respeten los requisitos generales establecidos en el marco de su política general portuaria). Dice el citado precepto que *“A fin de contribuir a un sistema eficiente de tasas por infraestructuras, la estructura y el nivel de las tasas por infraestructuras portuarias se definirán con arreglo a la estrategia comercial y los planes de inversiones propios del puerto, y respetarán las normas en materia de competencia. Cuando proceda, dichas tasas respetarán asimismo los requisitos generales establecidos en el marco de la política general portuaria del Estado miembro de que se trate”*.

Así pues, por regla general se deberían definir para cada puerto las tasas por la utilización de las infraestructuras en función de su estrategia comercial y sus planes de inversión, pero en cualquier caso debe respetarse el principio de proporcionalidad, lo que supone –en palabras del considerando 12 de la norma comunitaria– que su establecimiento debe estar orientado a contribuir al mantenimiento y desarrollo de la infraestructura y a la prestación de los servicios portuarios.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2017/352 admite (art. 13.4) que en determinados supuestos puedan establecerse tasas por infraestructuras portuarias que sean diferentes, en función de la estrategia económica y la política de ordenación territorial del puerto<sup>892</sup>. En estos casos se exige (art. 13.4 y considerando 47) que los criterios usados para establecer estas diferencias

---

<sup>892</sup> La norma prevé la posibilidad de establecer tasas diferentes para determinadas categorías de usuarios o para fomentar un uso más eficiente de las infraestructuras portuarias, el transporte marítimo de corta distancia, la protección del medioambiente, la eficiencia energética o la eficiencia en términos de emisiones de carbono.

sean transparentes, objetivos y no discriminatorios y respeten la normativa en materia de Derecho de la competencia, en particular, la normativa sobre ayudas de Estado.

Sorprende, por ello, que a pesar de la importancia que se da al principio de transparencia y a la voluntad de evitar que se distorsione la competencia, el propio Reglamento (UE) 2017/352 admita (considerando 48 y artículo 13.4) la existencia de “*descuentos comercialmente confidenciales*” pactados entre el gestor portuario y sus clientes, que se traduce en la posibilidad del gestor del puerto de no informar a sus usuarios o a sus representantes o asociaciones sobre las diferencias en materia de tasas (art. 13.5). Ello es contrario al principio de transparencia y puede dar lugar a prácticas discriminatorias que vulneren el derecho de acceso a las infraestructuras portuarias y distorsionen la competencia. Una cosa es que se admitan con carácter general descuentos en las tasas para favorecer determinadas políticas (favorecer a determinadas categorías de usuarios, fomentar un uso más eficiente de las infraestructuras portuarias, fomentar el transporte marítimo de corta distancia, proteger el medio ambiente, luchar contra el cambio climático), y otra bien distinta es que el sistema no sea transparente en la aplicación del régimen tarifario.

El Reglamento (UE) 2017/352 también se ocupa de las tarifas por servicios portuarios. De hecho, es la cuestión principal tratada por la norma comunitaria, y si bien la prestación de servicios y las tarifas que se perciben por ello se apartan de lo que sería en puridad el derecho de acceso a las infraestructuras y el precio a pagar por ello, es importante dar algunas pinceladas al respecto.

La regla general en materia de tarifas por servicios portuarios es que quienes los prestan en régimen de libre competencia gozan de plena libertad para establecerlas, al amparo de su libertad empresarial. Serán, en definitiva, las reglas de mercado las que determinarán la formación de las tarifas. Sólo en aquellos casos de falta de competencia efectiva, la fijación de las tarifas portuarias se sujeta a determinados principios (transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad) para evitar que sean excesivas. De hecho, el Reglamento (UE) 2017/352 no pone límites a la hora de establecer las tarifas

de servicios portuarios prestados en régimen de libre competencia y tan sólo se ocupa de aquellas situaciones de falta de competencia efectiva enumeradas en el artículo 12, que son tres: servicios prestados por un operador interno en virtud de una obligación de servicio público, servicios de practica que no estén expuestos a competencia efectiva y servicios portuarios cuando existan limitaciones en el número de prestadores<sup>893</sup>.

En el caso de las tarifas por los servicios prestados por un operador interno en virtud de una obligación de servicio público, el Reglamento (UE) 2017/352 prevé (art. 8), como una de las limitaciones al libre acceso a la prestación de servicios portuarios, la existencia de un operador interno que presta un determinado servicio portuario. Se trata de aquellos casos en que el gestor del puerto o la autoridad competente presta directamente un servicio portuario o través de una entidad jurídicamente independiente sobre la que ejerce el control. Sin embargo, la existencia de un operador interno no implica necesariamente la exclusión del sector privado en la prestación del mismo servicio, y de hecho el artículo 8 impone que los requisitos mínimos para la prestación de servicios portuarios (art. 4) se cumplan en condiciones de igualdad por todos los operadores que prestan el servicio (sea el operador interno o un prestador privado). Así pues, en principio, puede haber una concurrencia entre un operador interno y prestadores privados sobre el mismo servicio, lo cual permitirá que la formación de las tarifas se sujete a las reglas de mercado. No obstante, también es posible que al operador interno se le encomiende el cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público relacionadas con un servicio portuario, con el propósito de conseguir determinadas finalidades (garantizar su disponibilidad, un precio asequible, la seguridad o la sostenibilidad medioambiental, entre otras) (art. 7). Y en estos casos de servicios prestados por un operador interno en virtud de una obligación de servicio público que implican la limitación del número de

---

<sup>893</sup> Según este artículo 12.1 del Reglamento (UE) 2017/352, “Las tarifas por los servicios prestados por un operador interno en virtud de una obligación de servicio público, las tarifas por los servicios de practica que no estén expuestos a competencia efectiva y las tarifas aplicadas por los prestadores de servicios portuarios, a que se refiere el artículo 6, apartado 1, letra b) [caso de limitaciones en el número de prestadores de servicios portuarios para evitar que se obstaculice el cumplimiento de las obligaciones de servicio público], se fijarán de manera transparente, objetiva y no discriminatoria y serán proporcionales al coste del servicio prestado”.



prestadores, el Reglamento (UE) 2017/352 impone que la determinación de las tarifas respete los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad con el fin de evitar que se impongan precios abusivos (considerando 46). Se pretende, en definitiva, que en estos casos de falta de competencia, la fijación de las tarifas se ajuste al coste del servicio.

En el caso de las tarifas por los servicios de practicaje que no estén expuestos a competencia efectiva, su determinación también se sujeta a los citados principios al admitirse que este servicio puede quedar al margen de la prestación en régimen de libre competencia (art. 10). El practicaje es un servicio esencial para la competencia, pues en aquellos casos en los que la entrada y salida de buques en los puertos se sujeta con carácter obligatorio a la dirección de un práctico –por así determinarlo la autoridad marítima–, la actividad de transporte se ve condicionada por la prestación de este servicio. Por ello, cuando se impone un único prestador del servicio de practicaje, resulta imprescindible que la determinación de las tarifas de este servicio se sujete al cumplimiento de los citados principios con el fin de evitar que se impongan precios abusivos.

Y, finalmente, en el caso de las tarifas por servicios portuarios cuando existan limitaciones en el número de prestadores –que se puede imponer para evitar que se obstaculice el cumplimiento de las obligaciones de servicio público–, también deben respetarse los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad al tratarse de servicios que se prestan sin la competencia suficiente, lo cual puede dar lugar a precios abusivos.

### **2.3.2 El procedimiento transparente de consulta con los usuarios del puerto y el control posterior a través de una autoridad independiente**

El procedimiento de consulta en el sector portuario no ha llegado tan lejos si se compara con el mismo procedimiento previsto en el sector aeroportuario para la fijación de las tasas. Ciertamente es que se ha previsto un procedimiento de consulta entre el gestor del puerto y sus usuarios, pero también lo es que no se ha

querido llegar al extremo de arbitrar un procedimiento de negociación de las tasas y tarifas portuarias, con la obligación de motivar los desacuerdos, a imagen y semejanza de lo que ocurre en el sector aeroportuario, sino que se ha limitado a prever un procedimiento de consulta que tiene una finalidad meramente informativa.

En el caso de los aeropuertos, según se vio, la Directiva 2009/12/CE prevé un procedimiento de consulta transparente, con intercambio mutuo de información, que favorece la negociación y el acuerdo sobre las tasas entre la entidad gestora de cada aeropuerto y sus usuarios, y si no se alcanza el acuerdo se prevé que sea el gestor aeroportuario el que adopte la decisión de manera motivada, con posibilidad de control posterior a cargo de una autoridad independiente.

El Reglamento (UE) 2017/352, por el contrario, no ha adoptado el mismo procedimiento de consulta. De entrada, la norma comunitaria sólo prevé (art. 15.1) que el organismo gestor del puerto debe consultar, de conformidad con las normas nacionales, a los usuarios del puerto sobre *“la política de tasas y tarifas”*. Esta consulta queda lejos de las previsiones del sector aeroportuario, pues aquí no se lleva a cabo una negociación entre el gestor del puerto y sus usuarios para acordar las tasas y tarifas portuarias, ni mucho menos se faculta al gestor portuario para fijarlas unilateralmente, de manera motivada, en caso de desacuerdo. Y como el procedimiento de consulta no está pensado para la negociación y la búsqueda de acuerdos, tampoco se ha previsto la obligación de intercambio mutuo de información para facilitar este cometido. Es cierto que se prevé (art. 13.5) en el caso de las tasas por infraestructuras portuarias una obligación del gestor portuario de facilitar a los usuarios del puerto, sus representantes o asociaciones, información sobre la naturaleza y el nivel de estas tasas. La misma obligación de información se exige a los prestadores de servicios portuarios respecto a los usuarios del puerto (art. 15.3). Pero la finalidad de estas obligaciones de información no es la de permitir que se entable una negociación para acordar las tasas o tarifas portuarias.

Así pues, las consultas sobre *“la política de tasas y tarifas”* no van dirigidas a que el gestor portuario y sus usuarios puedan acordar el nivel de las tasas y tarifas en función de los bienes y servicios que se ofrezcan. Se trata más bien de un procedimiento que tiene una finalidad meramente informativa sobre *“la política de tasas y tarifas”*, que además se hace extensivo (considerando 52 y art. 15.2) a otras cuestiones relacionadas con el desarrollo razonable del puerto, su funcionamiento y capacidad de atraer y generar actividades económicas, la coordinación de los servicios portuarios, la eficiencia de las conexiones con el interior, la eficiencia de los procedimientos administrativos, las cuestiones medioambientales, entre otras.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2017/352 no dice nada sobre quién debe aprobar las tasas por infraestructuras portuarias (art. 13.3) o las tarifas de servicios portuarios en situaciones de falta de competencia efectiva (art. 12.1). No dice que deba ser el gestor del puerto, a diferencia de los sectores aeroportuario y ferroviario, en los que esta cuestión está bien definida, pero tampoco lo prohíbe, por lo que deberá ser cada Estado el que decida esta cuestión<sup>894</sup>. Sin embargo, como contrapartida, el Reglamento (UE) 2017/352 ha previsto expresamente que la determinación de las tasas y tarifas debe ajustarse a las necesidades de cada puerto y no a las del conjunto del sistema portuario de un Estado. Así se infiere del artículo 13.3 cuando obliga a fijar las tasas por infraestructuras portuarias *“con arreglo a la estrategia comercial y los planes de inversión del puerto”* o del artículo 12 cuando exige que las tarifas por servicios portuarios sean proporcionales *“al coste del servicio prestado”*. Se

---

<sup>894</sup> Sobre esta cuestión, véase a Eguinoa de San Román, R., *Derecho comunitario y puertos de interés general. Un análisis del modelo portuario estatal a la luz del Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*, op. cit., pp. 200-205. El autor opina que ante el hecho de que el Reglamento (UE) 2017/352 exija que la fijación de las tasas portuarias se ajuste *“a la estrategia comercial y los planes de inversión del puerto”*, lo más lógico sería que cada Autoridad Portuaria pudiera fijar la estructura y el nivel de estas tasas. No obstante, es difícil pensar que el Reglamento (UE) 2017/352 haya querido dotar de tal régimen de autonomía a los gestores portuarios, como sí hace la Directiva 2009/12/CE en el caso de las tasas aeroportuarias, pues como el propio autor reconoce, a diferencia de la propuesta inicial de Reglamento, que sí atribuía esta facultad a los organismos gestores de los puertos, el texto del Reglamento comunitario finalmente aprobado suprimió tal facultad, por lo que dejó la cuestión abierta a lo que decida cada Estado.

trata de que las tasas y tarifas portuarias sean proporcionales a los bienes y servicios ofrecidos en cada puerto, con independencia de quien las apruebe.

En definitiva, la norma comunitaria es muy parca en lo que se refiere al procedimiento de consulta, y al margen de preverse con carácter general que debe referirse a *“la política de tasas y tarifas”* del puerto, nada más se dice al respecto, salvo que las consultas también deberán realizarse en el caso de que el gestor del puerto opte por prestar algún servicio portuario mediante un operador interno. Nada se detalla sobre qué extremos se pueden sujetar a consulta, qué procedimiento debe seguirse, con qué periodicidad deben realizarse las consultas, cuáles son las consecuencias de no efectuarse o cuáles son los criterios que deben ponderarse en un posterior control a través de un organismo independiente. Ello contrasta claramente con el sector aeroportuario, cuya Directiva 2009/12/CE es mucho más detallada con un claro objetivo de favorecer la negociación y el acuerdo en materia de tarifas aeroportuarias.

Por lo que se refiere a los mecanismos de control, el Reglamento (UE) 2017/352 prevé dos supuestos: por un lado, la posibilidad de presentar reclamaciones relacionadas con la aplicación de dicho Reglamento comunitario, y por el otro, la posibilidad de recurrir las decisiones individuales que adopte el gestor del puerto o la autoridad competente.

Respecto al primer supuesto, el Reglamento (UE) 2017/352 obliga (art. 16 y considerando 53) a los Estados miembros a que implanten un procedimiento eficaz para tramitar reclamaciones ante una autoridad independiente del gestor del puerto o de cualquier prestador de servicios portuarios, con el fin de garantizar la aplicación efectiva y correcta de la norma comunitaria. Se exige, pues, que no exista conflicto de intereses en la tramitación de estas reclamaciones y, en particular, debe haber una separación funcional real entre la autoridad que las tramita, por un lado, y la propiedad y gestión de los puertos, la prestación de servicios portuarios y la utilización de los puertos, por el otro. Se exige, además, que su tramitación garantice los principios de imparcialidad y transparencia y respete la libre actividad empresarial, pudiendo

la autoridad encargada de resolver estas reclamaciones exigir al gestor del puerto, a los prestadores de servicios portuarios y a los usuarios del puerto que le faciliten cualquier información relacionada con la reclamación. En cualquier caso, las decisiones de estas autoridades tendrán efectos vinculantes y podrán sujetarse al posterior control jurisdiccional.

El segundo mecanismo de control se refiere a la posibilidad de quien ostenta un interés legítimo de recurrir contra las decisiones o medidas individuales adoptadas por el gestor del puerto o por cualquier otra autoridad en virtud del Reglamento (UE) 2017/352 (art. 18). Este recurso se puede arbitrar ante un órgano de naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional, pero en cualquier caso debe garantizarse su independencia respecto de las partes implicadas. Si el ordenamiento de cada Estado opta por establecer un recurso ante un órgano no jurisdiccional, debe garantizarse que sus decisiones serán motivadas, lo cual facilitará su posterior control en vía jurisdiccional. Se trata, en definitiva, del mecanismo que permite a cada usuario del puerto reaccionar contra las tasas y tarifas que se le exigen.

En conclusión, el Reglamento (UE) 2017/352 supone un tímido avance en materia de fijación de tasas y tarifas portuarias porque no se arbitran procedimientos que permitan a cada gestor portuario negociar con los usuarios del puerto las tarifas y tasas que se van a aplicar en función de los bienes y servicios ofrecidos. No se han dado en este sentido los mismos pasos que en el sector aeroportuario, con el fin de dotar de mayor autonomía a los gestores portuarios, la cual hubiera contribuido a fomentar la competencia entre puertos, permitiendo que compitan entre sí con los precios para captar transportes de mercancías y pasajeros. Por el contrario, sí merece destacar en positivo el hecho de haber sujetado a regulación la fijación de tasas y tarifas portuarias allí donde no exista una competencia efectiva que permita que sea la presión del mercado la que determine la formación de los precios, como también es positivo el hecho de haber previsto un mecanismo de control posterior ante una autoridad independiente, si bien se echa en falta una regulación más precisa sobre este extremo.

### **3. El dominio público como obstáculo para establecer un modelo alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas**

La STC 185/1995 dejó sentado que estamos ante una prestación patrimonial de carácter público cuando existe una *“imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla”* (FJ 3), y entre los supuestos de imposición coactiva incluyó el pago por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público porque, al exigirse por su uso una concesión o una autorización otorgada en exclusiva por el poder público, consideró que se está ante *“una situación que puede considerarse de monopolio ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos”* (FJ 4).

Con esta doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas, el carácter demanial de las infraestructuras de transporte va a condicionar siempre el régimen jurídico de las contraprestaciones económicas que se pueden percibir por el acceso y uso de las mismas. El Tribunal Constitucional identifica dominio público con imposición coactiva del precio a pagar por su uso, y en esta tesitura es difícil poder optar por un modelo alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas.

Los puertos, los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias han sido tradicionalmente bienes de dominio público, lo cual supone una situación de monopolio legal en manos del Estado sobre estos bienes, porque no existe una concurrencia de bienes ofrecida por distintos titulares que permita a los operadores de transporte escoger en función del precio u otros elementos. Todos aquellos que quieran realizar actividades de transporte sobre los mismos deben obtener un título habilitante otorgado por el poder público para poder acceder y usarlos y pagar el correspondiente precio establecido unilateralmente por dicho poder público. La titularidad estatal en exclusiva sobre estas infraestructuras, en definitiva, le coloca en una posición dominante en relación

con todos aquellos que quieran acceder a las mismas para poder realizar actividades de transporte, pues es el poder público el que unilateralmente fija el precio de acceso, sin posibilidad del operador de transporte de optar por otros bienes<sup>895</sup>.

Esta situación de monopolio público se da incluso en el caso de los bienes aeroportuarios a pesar de haber perdido su condición de dominio público –Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre–, pues todos estos bienes pertenecen en exclusiva a la sociedad estatal AENA SA –un ente del sector público estatal del que ENAIRE es titular del 51% del capital–, que ostenta por ello una posición dominante bajo la cual el Estado impone unilateralmente el precio a pagar por el acceso a los aeropuertos, según se vio<sup>896</sup>.

Este modelo basado en el dominio público y las prestaciones patrimoniales públicas casa mal con la concepción actual de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica consistente en la oferta de instalaciones y servicios a sus usuarios. El régimen jurídico exorbitante del dominio público, pensado para proteger la integridad y el destino público de los bienes mediante su exclusión del tráfico jurídico-privado, es más bien un obstáculo que no se adapta a la nueva realidad. Las infraestructuras de transporte son empresas y como tales necesitan operar en el tráfico jurídico-privado para realizar su actividad económica. Está fuera de toda lógica comercial que, en un entorno de competencia entre infraestructuras, especialmente en el ámbito internacional, que buscan atraerse el tráfico de personas y mercancías, los ingresos que pueden percibirse sigan teniendo la calificación y el trato de prestaciones patrimoniales públicas, cuyas cuantías se

---

<sup>895</sup> En este sentido, puede verse a González Sanfiel, A.M., “Cánones y tarifas portuarias y aeroportuarias”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. 138.

<sup>896</sup> No parece ser ésta la tesis de Jiménez Compaired, I., “Sobre el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario sobre Propiedades Públicas, 2006, p. 146. Según este autor, los bienes utilizados o aprovechados deben ser públicos y no de titularidad privada para poder gravarse con una tasa, obviando con ello aquellos supuestos de bienes que pertenecen en exclusiva a sociedades estatales –caso de AENA SA– que ostentan un monopolio sobre estos bienes y una posición dominante que les permite imponer los precios de modo coactivo.

fijan por ley, generalmente anual<sup>897</sup>, sin ningún margen de decisión para el administrador de cada infraestructura para poderlas adaptar en todo momento en función de sus intereses comerciales.

Por consiguiente, sólo prescindiendo del régimen jurídico demanial atribuido a las infraestructuras de transporte o limitando los efectos de la STC 185/1995 se podrá optar por un modelo distinto, más acorde con el carácter empresarial de las infraestructuras de transporte, como así ha ocurrido en otros sectores liberalizados, en los que se ha optado por modelos de precios privados regulados, o incluso por prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, que dan un margen mayor que las prestaciones patrimoniales públicas tributarias a la hora de fijar las cuantías, según ha manifestado el Tribunal Constitucional.

Cuando apareció en España la figura del dominio público, su finalidad era primordialmente protectora, pues era un instrumento en manos del Estado pensado para garantizar el destino público de los bienes. Al calificarse las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público, el Estado ostentaba un título de intervención, con unas facultades exorbitantes, con el que garantizaba su destino y vinculación permanente a las actividades de transporte y al mismo tiempo ordenaba las actividades que sobre ellas se desarrollaban.

Pero en la actualidad las infraestructuras de transporte no son simples bienes que hay que proteger para garantizar su uso público y su vinculación con las actividades de transporte, excluyéndolos con esta finalidad del tráfico jurídico-privado, sino que son algo más. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace tiempo que las infraestructuras de transporte se conciben como empresas que realizan una actividad económica de explotación comercial de sus instalaciones. Son numerosas ya las sentencias que conciben los aeropuertos y los puertos como centros de negocio o empresas por el hecho de desarrollar una actividad económica.

---

<sup>897</sup> Ruiz Hidalgo, C., “Las infraestructuras portuarias y aeroportuarias como competencia entre los Estados miembros en la Unión Europea. Incidencia en el Derecho tributario español”, en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº 2, 2018.



De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la disyuntiva que se plantea en el ordenamiento jurídico español entre el dominio público y una concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica en su Sentencia de la Sala Primera de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10), que condenó a España por incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE<sup>898</sup>.

En este asunto la Comisión Europea cuestionó que, de acuerdo con la legislación española, el importe de los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias se determinase íntegramente mediante una orden ministerial, y que las únicas funciones reconocidas a ADIF fuesen tan sólo el cálculo del importe en cada caso concreto, aplicando una fórmula previamente fijada por el Ministerio de Fomento, y su posterior cobro (funciones de liquidación y cobro). La Comisión cuestionaba que ADIF no dispusiera de *“ningún margen de discrecionalidad para modular el importe del canon en cada caso concreto”* (apartado 26). Se cuestionaba, en definitiva, que se negase a ADIF una autonomía de gestión, puesto que sólo el Ministerio podía determinar el importe de los cánones<sup>899</sup>.

Frente a ello, España defendió que los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias eran tasas, esto es, un tributo por la utilización privativa del dominio público ferroviario, cuyos elementos esenciales debían regularse en la ley (apartado 30). En definitiva, España puso de relieve que *“la interpretación propuesta por la Comisión es difícilmente compatible con el marco de la legislación española vigente, a menos que se modificara radicalmente la normativa administrativa y tributaria nacional”* (apartado 35).

---

<sup>898</sup> Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (DOCE de 15 de marzo de 2001).

<sup>899</sup> Véase en este sentido los comentarios a la Sentencia de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10) en Padrós Reig, C., *“Liberalización económica y transformación de la Administración Pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE”*, en *Revista de Derecho del Transporte*, nº 12, 2013.

Así pues, el asunto controvertido ponía de manifiesto la contradicción insalvable entre, por un lado, los cánones ferroviarios concebidos como prestaciones patrimoniales públicas tributarias, y por el otro, el modelo de precios previsto en el Derecho de la Unión Europea por el uso de las infraestructuras ferroviarias.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó en este asunto (apartados 39 a 42) que, para respetar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, a éste debía corresponder la determinación –no sólo la liquidación– de los cánones por la utilización de infraestructuras ferroviarias y su posterior cobro, mientras que al Estado sólo le incumbía establecer el marco de tarificación. Ello es así, razonó el Tribunal, porque *“uno de los objetivos que persigue el sistema de tarificación establecido por la Directiva 2001/14 es garantizar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras”* (apartado 44). Según el Tribunal, *“para garantizar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, éste debe disponer, en el marco de tarificación que hayan definido los Estados miembros, de un cierto margen de actuación para la determinación del importe de los cánones, de forma que pueda utilizarlo como instrumento de gestión”* (apartado 49).

Es más, para el Tribunal, si uno de los aspectos básicos de la Directiva 2001/14 es que las decisiones del administrador de infraestructuras en relación con el sistema de cánones o el nivel o estructura de los cánones por utilización de infraestructuras puedan ser recurridas ante un organismo regulador independiente, esta función de control *“carecería de sentido si la función del administrador de infraestructuras estuviera limitada, como alega el Reino de España, a la fijación del canon concreto aplicando una fórmula establecida previamente mediante orden ministerial”* (apartado 47).

En definitiva, según concluyó el Tribunal, no es aceptable, a la vista de la Directiva 2001/14, que el Ministerio de Fomento actúe como organismo regulador y al mismo tiempo determine los cánones por la utilización de infraestructuras ferroviarias (apartado 48).

Este ejemplo sobre los cánones ferroviarios ilustra en qué medida el dominio público supone un obstáculo para implantar un modelo alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas, más acorde con el Derecho de la Unión Europea y con una concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica, en los que prima la idea de que para maximizar su explotación comercial, las decisiones sobre el precio de acceso deben ser tomadas por el administrador de la infraestructura.

Para hacer frente a este cambio de paradigma, lo más razonable sería prescindir del carácter demanial de las infraestructuras de transporte, sujetando los bienes despublificados a regulación económica, la cual debería incidir fundamentalmente en el derecho de acceso y el precio a pagar por ello.

Esta opción ya se ha puesto en práctica en el caso de los aeropuertos, cuyos bienes fueron despublificados por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, aunque ello no ha supuesto que los precios de acceso se hayan configurado como precios privados regulados, sino como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, porque el Estado continúa imponiéndolos al pertenecerle dichos bienes a través de la sociedad estatal AENA SA, de la que ostenta más del 50% del capital<sup>900</sup>. Desde el punto de vista jurídico, nada impide que en el futuro se opte por privatizar totalmente los aeropuertos –a modo de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno–, o incluso que la despublificación alcance a los puertos o a las infraestructuras ferroviarias.

Bajo un régimen de infraestructuras de transporte que no sean de dominio público, se puede optar por un modelo de precios privados regulados que huya de la imposición coactiva, e incluso se puede optar por un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, como en el caso de los aeropuertos.

---

<sup>900</sup> Sin embargo, Falcón y Tella, R., “*Las prestaciones patrimoniales públicas en favor de AENA: ¿tasas o precios privados?*”, en *Quinzena Fiscal*, nº 9/2012, editorial Aranzadi, ha defendido que dada la naturaleza de sociedad anónima de AENA, lo más coherente sería configurar todas las contraprestaciones económicas que percibe como precios privados, prescindiendo de la cuestión de si son o no coactivas.

La exclusión del régimen jurídico del dominio público sería una solución lógica porque concebir las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público y afirmar a la vez que actúan como empresas y que puede haber una competencia entre ellas es una contradicción en sus términos, al menos con la concepción clásica del dominio público. Si una cosa caracteriza a los bienes de dominio público es que se trata de bienes excluidos del tráfico jurídico-privado (*res extra commercium*)<sup>901</sup>, luego, si se quiere que las infraestructuras de transporte actúen como verdaderas empresas compitiendo entre sí y buscando una rentabilidad, hay que ser consecuente y prescindir del régimen jurídico del dominio público. De este modo, desaparecería uno de los obstáculos que impiden prescindir de las prestaciones patrimoniales públicas. Ello, no obstante, debería ir acompañado de fórmulas que huyesen de la imposición coactiva del precio de acceso, a las que seguidamente se hará referencia.

Sin embargo, existiría otra opción que pasaría por mantener la calificación demanial de las infraestructuras de transporte, pero rompiendo con la identificación que hace el Tribunal Constitucional entre dominio público e imposición coactiva del precio por su uso y aprovechamiento<sup>902</sup>. La cuestión a dilucidar es si la exclusión del tráfico jurídico-privado con fines protectores, que es una característica inherente al dominio público, impide en cualquier caso que el administrador de una infraestructura de transporte pueda determinar el precio de acceso, negociándolo con sus usuarios en el marco de una regulación que se limite a predeterminedar unos precios con carácter de máximos o simplemente los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener por su explotación, siempre con un control posterior a cargo de un organismo regulador independiente. Si se admite esta posibilidad,

---

<sup>901</sup> En este sentido, Villar Rojas niega que pueda haber competencia entre infraestructuras, precisamente porque se trata de bienes de dominio público. Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., pp. 71-79.

<sup>902</sup> La doctrina suele decantarse por considerar que el precio de acceso a las infraestructuras públicas es una prestación patrimonial pública porque se establecen de forma unilateral por el poder público. En este sentido, puede verse a Tornos Mas, J., *“Regulación de precios y tarifas”*, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-575. Del mismo autor, véase *“La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios”*, op. cit., pp. 659-664. Véase también a Villar Rojas, F. J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., pp. 18-19, 40-41 y 65-66.

ya no se podrá hablar de precios coactivos, por lo que desaparecería el requisito que exige el Tribunal Constitucional para considerar que se está ante prestaciones patrimoniales públicas.

La clave está, en definitiva, en aclarar si el carácter demanial de las infraestructuras de transporte y su exclusión del comercio o inalienabilidad impide que el administrador pueda negociar con los usuarios el precio de acceso en un marco de regulación. Dicho en otras palabras, la cuestión a resolver es si, manteniendo el carácter demanial de los bienes, es posible que el administrador de una infraestructura fije los precios de acceso, en contra del criterio sostenido hasta este momento por el Tribunal Constitucional.

Para dar respuesta a este interrogante, debe partirse de la idea de que la exclusión del tráfico jurídico-privado o inalienabilidad de los bienes de dominio público lo que busca principalmente es garantizar su afectación o destino público. Desde sus orígenes, la regla de la inalienabilidad fue concebida con esta finalidad, *“la funzione di utilità pubblica a cui è destinata”* decía De Valles a principios del siglo XX<sup>903</sup>.

Ahora bien, esta afectación de los bienes de dominio público que, por mandato de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 65), lo que busca es *“la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público”*, en nada se ve cuestionada o puesta en tela de juicio por el hecho de que el administrador de una infraestructura de transporte fije el precio de acceso y uso de la misma.

Pero lo cierto es que la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas no prevé que el administrador del dominio público pueda fijar el precio por su uso. Más bien lo contrario, tras recoger el principio de inalienabilidad del dominio público (art. 30.1), impone que por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público sujeto a autorización o concesión deba pagarse

---

<sup>903</sup> De Valles, A., *“Inalienabilità del demanio pubblico”*, *op.cit.*

una tasa (arts. 92.5 y 93.4), esto es, una prestación patrimonial pública de carácter tributario.

No obstante, nada impide que por ley especial que regule el derecho de acceso a las infraestructuras de transporte y el precio a pagar por ello se establezca un régimen jurídico distinto y particular para esta tipología de bienes. De hecho, la propia Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas prevé (art. 5.4) que los bienes de dominio público se regirán en primer lugar por las leyes especiales que les sean de aplicación. Luego, cada ley sectorial que regule una infraestructura de transporte o una futura ley especial de redes que regule el derecho de acceso al conjunto de las mismas podría perfectamente establecer un modelo alternativo de precios por su acceso y uso, fijados por el administrador de la infraestructura al amparo de una potestad de regulación.

Ello no supondría la desaparición del dominio público ni se cuestionaría la regla de la inalienabilidad. Es más, en el caso de aquellos bienes de dominio público que no actúen como empresas que realizan una actividad económica y que tan sólo deban protegerse mediante las facultades exorbitantes propias de esta figura histórica, podría continuar aplicándose el régimen de las prestaciones patrimoniales públicas por su uso.

Se trataría, pues, de mantener el carácter de bienes de dominio público de las infraestructuras de transporte, pero dado que son bienes susceptibles de una explotación económica, debería limitarse los efectos de su tradicional régimen jurídico exorbitante en aquello que impide su rentabilidad o explotación comercial<sup>904</sup>. Ello supone dar un nuevo enfoque a las infraestructuras de transporte que pone el acento en su utilidad económica y en su explotación comercial<sup>905</sup>.

---

<sup>904</sup> Es lo que se conoce como la valorización o rentabilización del dominio público que, sin alterar la regla de la afectación o destino de los bienes a una utilidad pública, busca obtener una rentabilidad de estos bienes. Véase en este sentido a Fernández Scagliusi, M. A., *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, *op. cit.*

<sup>905</sup> Un determinado sector de la doctrina niega esta posibilidad. Véase en este sentido a Villar Rojas, Francisco J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 77-78. El autor niega que los puertos y los aeropuertos sean establecimientos mercantiles, aunque sirvan de soporte a actividades mercantiles, y lo justifica aduciendo que son infraestructuras de interés general de funcionamiento regular y continuo de

En definitiva, el carácter de bienes de dominio público de las infraestructuras de transporte, que son susceptibles de ser explotadas económicamente, no debe implicar una imposibilidad del administrador de negociar con sus usuarios el precio de acceso y de fijarlo, en caso de desacuerdo, dentro de un marco de regulación económica que establezca ciertos parámetros, con control posterior a cargo de una autoridad de regulación independiente. Se trataría de precios privados regulados, fijados al amparo de cada ley sectorial o de una ley que, con carácter general, regulase el acceso a las infraestructuras de transporte y el precio a pagar por ello.

Existe, finalmente, otra alternativa que entraría menos en conflicto con la actual doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público que, si bien permitiría cumplir con el Derecho de la Unión Europea, supondría una limitación mayor de las facultades del administrador de infraestructuras de transporte a la hora de fijar los precios en comparación con la opción de un modelo de precios privados regulados. Esta alternativa pasaría por mantener la calificación de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte como prestaciones patrimoniales públicas, pero no como tributarias, sino como no tributarias. En este caso, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el administrador de infraestructuras goza de un mayor margen a la hora de fijar las cuantías del precio de acceso, aunque esta opción plantea problemas con el principio de igualdad en la ley, al haberse previsto con carácter general que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público se retribuya con el pago de una tasa. Se insistirá sobre esta solución alternativa al final de este capítulo.

Lo que parece indudable es que, con la actual doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas, difícilmente se podrá implantar un modelo alternativo de precios de acceso a las infraestructuras de transporte que sea más acorde con el Derecho de la Unión

---

servicios portuarios y aeroportuarios. Refuerza su tesis aduciendo que se trata de bienes de dominio público, excluidos como tales del tráfico jurídico-privado.

Europea y esté más adaptado al carácter empresarial de unas instalaciones que compiten entre sí para atraerse el tráfico de mercancías y personas.

#### **4. La alternativa de un modelo de precios privados regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte**

##### **4.1 Justificación de la intervención pública en la fijación de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte**

La liberalización iniciada en la última década del siglo pasado supuso que el Estado renunciase a la titularidad y gestión directa o indirecta de muchos de los servicios públicos existentes en ese momento (telecomunicaciones, electricidad, gas, correos, transportes) y que dichos servicios se abriesen a la libre competencia. En el ámbito concreto de los transportes, no sólo la actividad propiamente dicha del transporte de personas y mercancías, sino también muchos de los servicios que se prestan a los usuarios de las infraestructuras, fueron –al menos en el plano normativo– liberalizados. Sin embargo, lo que no se abrió a la competencia fueron las infraestructuras de transporte, que continuaron siendo un monopolio en manos del Estado.

A pesar de este proceso liberalizador emprendido, existe el interés general de garantizar no sólo la regularidad y continuidad de los servicios y actividades prestados en régimen de libre competencia, sino también el acceso a las infraestructuras de transporte, lo cual incluye una intervención pública en el precio a pagar por dicho acceso. Las infraestructuras de transporte son lugares de paso obligado y, por ello, son un elemento clave para que las actividades liberalizadas que necesariamente deben pasar por las mismas se puedan desarrollar en un marco de libre competencia.

La liberalización de servicios y actividades supuso que la Administración perdiese una de sus facultades clásicas en relación con los servicios públicos, como es la potestad tarifaria, que se amparaba precisamente en la titularidad



pública de los mismos<sup>906</sup>. Se trata, como bien describe Ariño Ortiz<sup>907</sup>, de una facultad que apareció a principios del siglo XX al superarse la concepción de las tarifas como un elemento pactado e intangible del contrato de concesión. Durante el siglo XIX y principios del XX, la gestión de los servicios públicos se regía por el principio de riesgo y ventura, por lo que la remuneración era la que se había pactado en el contrato de concesión, sin que existiese un poder tarifario unilateral de la Administración para modificarlo. Así quedó reflejado en las Leyes de ferrocarriles de 1855 y 1877. Las tarifas se consideraban un elemento pactado con el concesionario e intangible, que se regían por el principio "*pacta sunt servanda*", por lo que sólo se podían modificar con un pacto con el concesionario o mediante ley de las Cortes con indemnización al concesionario. Esta situación empezó a cambiar con las Leyes de Subsistencia de 1915 y especialmente de 1916, en las que se consagró un poder tarifario unilateral de la Administración sobre los servicios públicos, que luego pasó al Estatuto Ferroviario de 1924. Se está, según el autor, ante un poder doméstico que se proyecta sobre ámbitos de actuación reservados a la titularidad del Estado.

Pero a partir del momento en que los antiguos servicios públicos pasaron a ser actividades liberalizadas prestadas en régimen de libre competencia, ya no estaba justificado que el Estado fijase las tarifas en ejercicio de una potestad tarifaria, sino que debía ser el titular de cada actividad quien fijase el precio según las reglas del mercado, al amparo de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución.

Sin embargo, si bien es cierto que la libertad de empresa constitucionalmente protegida garantiza que el titular de una actividad pueda fijar libremente los precios según las reglas de mercado, también lo es que muchas de estas actividades liberalizadas son servicios de interés económico general y ello justifica precisamente una intervención pública en materia de precios,

---

<sup>906</sup> Tornos Mas, J., "*La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios*", *op. cit.*, pp. 649-676. Del mismo autor, véase también "*Regulación de precios y tarifas*", *op. cit.*, pp. 537-575.

<sup>907</sup> Ariño Ortiz, G., *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976, pp. 21-99.

especialmente cuando no es el mercado quien los fija por falta de competencia suficiente. En este sentido se ha expresado de manera muy nítida Ariño Ortiz<sup>908</sup>: *“Nadie discute la legitimidad de fijación de tarifas en todos aquellos servicios y actividades en los que, no obstante, la teórica liberalización, no se ha alcanzado un nivel de competencia efectiva que permita el surgimiento de precios de mercado. Allí donde haya consumidores cautivos, que no tienen posibilidad de elegir, o donde por razones sociales, de servicio universal a un precio asequible, haya que ofrecer prestaciones por debajo de coste, el Estado sigue legitimado por la ley para fijar tarifas de servicio público”*. Es aquí cuando surge la idea de los precios regulados o regulación de precios.

Se trata, según se advertía en líneas anteriores, del ejercicio de una potestad de regulación que se ampara en la ley de cada sector, normalmente por motivos de insuficiencia del mercado para la fijación libre de los precios o por la concurrencia de otras circunstancias de interés general que justifiquen la intervención<sup>909</sup>. Como bien advierte Tornos Mas<sup>910</sup>, los precios regulados no los fija la Administración titular de un servicio público en ejercicio de su potestad tarifaria, sino en base a una potestad específica bajo la cobertura de una norma legal.

Esta idea debe ser también válida si se opta por un modelo de precios privados regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte, tradicionalmente establecidos por el poder público al amparo de la titularidad pública de estos bienes.

---

<sup>908</sup> Ariño Ortiz, G., *“Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial”*, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. XI. En parecidos términos se han expresado otros autores, como Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., p. 234. También la doctrina económica se ha pronunciado en estos términos. En este sentido, puede verse a De Quinto, J., *“Principios económicos de tarificación”*, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

<sup>909</sup> Muñoz Machado, S., *“Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”*, op. cit., p. 237.

<sup>910</sup> Tornos Mas, J., *“La intervención en precios y tarifas”*, en Cano Campos, T. (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio de Derecho Administrativo*, tomo VIII, *Los sectores regulados*, volumen I, Iustel, Madrid, 2009, p.112.

En efecto, las infraestructuras de transporte son un monopolio y es precisamente este carácter de monopolio lo que justifica la intervención pública en la fijación del precio de acceso a las mismas. En una concepción de las infraestructuras de transporte como empresas, la regulación de los precios de acceso limita ciertamente una de las facultades de la libertad de empresa, pero no la elimina por completo porque el administrador continúa disponiendo de cierto margen para fijarlos. En cualquier caso, es una medida justificada porque, ante la falta de competencia suficiente entre infraestructuras, se persigue garantizar el derecho de acceso en condiciones objetivas y no discriminatorias y a un precio razonable con el fin de evitar, por un lado, la distorsión de la competencia de aquellas actividades que pretendan desarrollarse a través de estas infraestructuras esenciales, y por el otro, que el precio de acceso suponga una barrera de entrada al mercado.

El acceso a las infraestructuras de transporte es esencial para que se puedan desarrollar las actividades de transporte. Sin acceso a las infraestructuras portuarias, aeroportuarias o ferroviarias –o a determinados servicios– no es posible realizar las actividades de transporte de mercancías y personas. Por ello, en un marco de liberalización, es esencial para la competencia que se garantice el acceso a las infraestructuras en condiciones objetivas y no discriminatorias y que el precio a pagar por ello sea razonable y equitativo.

Esta intervención pública en la determinación del precio de acceso a las infraestructuras está especialmente justificada en dos supuestos: en primer lugar, cuando no existe una competencia suficiente que permita que sea el mercado el que fije estos precios, cuestión harto difícil desde el momento en que se suele considerar que las infraestructuras de transporte no son bienes fácilmente duplicables por razones económicas, urbanísticas o medioambientales; y en segundo lugar, cuando a pesar de poderse dar cierta competencia (por proximidad de infraestructuras o incluso una competencia intermodal), debe garantizarse igualmente el acceso a un precio razonable y equitativo ante la posición dominante del titular de una determinada infraestructura.

En definitiva, es difícil que pueda existir una plena competencia entre infraestructuras que comporte que los precios sean determinados por el mercado, por lo que, en estas condiciones, se hace necesaria la intervención pública en la fijación de los precios de acceso.

Pero, que se requiera la intervención pública en la fijación del precio de acceso, no quiere decir que necesariamente deba hacerse por la vía de las prestaciones patrimoniales públicas. Ya se dijo anteriormente que, si se consigue eludir la imposición coactiva de los precios de acceso, no se dará la nota característica de las prestaciones patrimoniales públicas que destaca el Tribunal Constitucional. Esto es lo que sucede en el caso de los precios regulados con carácter de máximos que luego pueden ser concretados por el administrador de la infraestructura, o cuando éste los puede fijar a partir de un marco regulador que determina los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener. También se elude la coactividad cuando el administrador de la infraestructura negocia y acuerda con los usuarios el precio de acceso. En todos estos supuestos no existe en puridad una imposición coactiva del poder público en ejercicio de una potestad tarifaria, sino el ejercicio de una potestad de regulación ejercida en un marco preestablecido, que además se sujeta a un control posterior a cargo de una autoridad independiente para garantizar que el precio de acceso sea asequible, razonable, equitativo y no discriminatorio.

Debe significarse, no obstante, que el hecho de que la competencia entre infraestructuras sea difícil, no quiere decir que sea imposible<sup>911</sup>. Ciertamente, no existe competencia interna en una infraestructura de transporte (un puerto, un aeropuerto o una estación de ferrocarriles) porque existe un único titular de los bienes, por lo que por regla general la capacidad de escoger de aquellos que pretenden acceder a la infraestructura es inexistente. Sin embargo, también es cierto que los operadores de transporte, en ocasiones, pueden

---

<sup>911</sup> Véase en este sentido a De la Cuétara Martínez, J.M., “Sobre la competencia en y entre redes”, en REDETI, nº 10, 2001.

ejercer una opción entre una u otra infraestructura más o menos próxima, momento en que tendrán que valorar distintos aspectos<sup>912</sup>.

Al respecto, existen algunos estudios en materia de infraestructuras que acreditan que hoy en día existe cierta competencia limitada. Según relatan estos estudios, es perfectamente factible que los operadores de transporte escojan entre distintos puertos o aeropuertos (nacionales o extranjeros) relativamente próximos en función de la calidad de los servicios que se ofrecen, los precios de acceso a las instalaciones o por los servicios recibidos, las conexiones intermodales con otros transportes u otros parámetros. Si los operadores de transporte pueden escoger entre distintas infraestructuras para realizar la misma actividad de transporte de mercancías o personas, es obvio que puede existir una competencia entre dichas infraestructuras para atraer el tráfico.

En este sentido, el *Informe anual de competitividad de los servicios portuarios (año 2013)*, elaborado por Puertos del Estado (marzo 2015) a partir del análisis realizado por el Observatorio Permanente del Mercado de los Servicios Portuarios<sup>913</sup>, aunque se centra en cómo mejorar la “*competitividad*” de los servicios portuarios existentes, también pone de manifiesto la existencia de una “*competencia*” entre puertos españoles en función de los servicios ofrecidos a sus usuarios. Según relata este informe (p. 6), “*la competencia interportuaria se ha intensificado y sólo los puertos que son capaces de adaptarse a las nuevas necesidades y que pueden prestar unos servicios portuarios de calidad, fiables y a precios competitivos estarán en condiciones de mantener sus tráficos*”. Muchos de estos servicios ya son prestados en régimen de concurrencia, y es precisamente esta competencia en la oferta de servicios lo que puede favorecer la competencia entre puertos para atraer el tráfico de mercancías y personas. Así, con la salvedad del servicio de practicaaje, que sólo puede haber un prestador en cada área portuaria por mandato legal, y de algunos servicios en los que, a pesar de admitirse la iniciativa privada, la introducción de la

---

<sup>912</sup> En este sentido, véase en relación con los puertos a Barquero Estevan, J.M. y García Martínez, A., “*Las tarifas y cánones portuarios desde la perspectiva de la reserva de ley*”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>913</sup> [http://observatorio.puertos.es/DOC\\_PUBLICOS/Forms/AllItems.aspx](http://observatorio.puertos.es/DOC_PUBLICOS/Forms/AllItems.aspx).

competencia es difícil por las características del mercado y su viabilidad económica (costes de los medios materiales y de personal, demanda existente, preferencia por el régimen de autoprestación, etc.) y por ello existe un único prestador<sup>914</sup>, en otros servicios sí existe una competencia suficiente que permite a los buques escoger entre un puerto u otro relativamente próximo de similares características<sup>915</sup>.

Sin embargo, como se apuntaba, la competencia entre infraestructuras portuarias es limitada. El citado informe de Puertos del Estado habla de reducir los costes de los servicios, de aumentar la eficiencia y calidad y de ser más productivos, todo ello con el fin de incrementar la “*competitividad*” y garantizar la “*rentabilidad anual para el conjunto del sistema portuario*”. No se decanta, en definitiva, por implantar una competencia plena entre los distintos puertos, que pasaría, por un lado, porque cada puerto pudiese gestionarse de manera autónoma y pudiese establecer sus propias políticas de inversiones y de precios en función de su estrategia comercial, y por el otro, porque se prescindiese del sistema de subvenciones cruzadas que impone el Fondo de Compensación Interportuario, que es la principal forma de distorsión de la competencia entre puertos.

En el caso de los aeropuertos, debe hacerse referencia al Informe de la CNMC titulado *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización* (julio de 2014)<sup>916</sup>. En este informe sí que se aboga de manera clara por permitir que cada aeropuerto o grupo de aeropuertos pueda establecer su política de precios y la calidad y diversidad de los servicios que se prestan a las compañías aéreas, pueda negociar para atraer determinadas compañías aéreas o para optar por unas u otras rutas o pueda programar los

---

<sup>914</sup> Este es el caso de los servicios de remolque, amarre y desamarre (salvo en los puertos con un elevado número de escalas, como Ceuta, Barcelona, Sevilla, Ferrol y Santander, en los que existe más de un prestador del servicio) y los servicios de embarque y desembarque de pasajeros y de carga y descarga de equipajes y de vehículos en régimen de pasaje (en los que prima el régimen de autoprestación por cada compañía naviera o bien existe una única licencia para prestar estos servicios, con las excepciones de los puertos de Barcelona, Ceuta, Las Palmas y Valencia).

<sup>915</sup> Aquí se pueden citar los servicios de recepción de desechos generados por los buques y los servicios de manipulación de mercancías (carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías).

<sup>916</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/e-2014-02>.

*slots*, todo ello con el fin de introducir una competencia real y efectiva entre infraestructuras. De hecho, el Informe concluye que esta competencia ya existe en la actualidad entre aeropuertos en áreas geográficas solapadas, entre aeropuertos no incluidos en la misma área geográfica pero que compiten por el mismo mercado turístico o de negocios, entre aeropuertos que actúan como *hubs* o entre aeropuertos por el transporte de mercancías<sup>917</sup>.

En definitiva, la competencia entre infraestructuras es posible, especialmente en el caso de los puertos y aeropuertos (infraestructuras discontinuas)<sup>918</sup>, aunque es limitada. No existe ningún obstáculo en el plano teórico para que pueda haber una competencia entre puertos próximos o entre aeropuertos próximos, o incluso entre distintos modos de transporte (entre el AVE y el avión, o entre el avión y el barco, por ejemplo). Pero parece complicado que se consiga una plena competencia entre infraestructuras que vaya a ser determinante en la formación de los precios de acceso<sup>919</sup>.

Más difícil es el caso de las infraestructuras ferroviarias (infraestructuras continuas), en las que el transportista necesariamente debe pasar por la red mallada para moverse de un punto a otro. Mientras que en el transporte aéreo o marítimo es posible escoger entre aeropuertos y puertos relativamente próximos, en el transporte ferroviario esto no es posible al no haber otra

---

<sup>917</sup> El Informe se refiere de modo particular a la competencia existente entre aeropuertos que se solapan por su proximidad, como son los aeropuertos de la zona noroeste (Vigo, Santiago y A Coruña); los aeropuertos de la cornisa cantábrica muy próximos geográficamente (San Sebastián, Bilbao, Santander y Asturias), que además están muy próximos a otros aeropuertos de la zona centro norte (Vitoria, Pamplona, Logroño, Burgos y León, esté último además solapado con Valladolid, y en el caso de Pamplona y Logroño están muy próximos a Zaragoza); y los aeropuertos regionales (Sevilla, Almería y Granada) y turísticos (Málaga y Jerez) de la zona sur. En el caso de la zona centro, la competencia que ejercen los pequeños aeropuertos regionales (Badajoz, Salamanca y Valladolid) a un aeropuerto *hub* como es Madrid-Barajas es muy limitada. Por otro lado, el Informe describe la competencia existente entre aeropuertos turísticos, como es el caso de los citados aeropuertos de la zona sur (Málaga y Jerez), los aeropuertos catalanes (Barcelona, Girona y Reus) y los aeropuertos de la zona de levante (Valencia, Alicante y Murcia).

<sup>918</sup> Una aproximación a la distinción entre redes continuas y redes discontinuas puede verse en Villar Ezcurra, J.L., *“Las tarifas en la explotación de infraestructuras públicas”*, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

<sup>919</sup> Algún autor ha llegado a afirmar, refiriéndose a los aeropuertos, que se puede conseguir que sean más competitivos, en el sentido de controlar sus costes de explotación, gestionar eficientemente sus servicios (mejorando la relación calidad/precio) y no distorsionar la competencia entre compañías aéreas, pero no que exista una competencia real entre infraestructuras. Véase en este sentido a Gómez Puente, M., *“La infraestructura aeroportuaria: regulación y competencia”*, *op. cit.*, pp. 521-524.

alternativa que no sea el paso por la única red mallada existente. Es difícil concebir una competencia entre estaciones de ferrocarril para atraer tráfico ferroviario si los trenes no tienen otra opción que pasar por una red única. No obstante, sí es posible la existencia de una competencia entre el ferrocarril y otros modos de transporte.

En cualquier caso, para que exista un mínimo de competencia entre infraestructuras, es imprescindible que cada una de ellas se pueda gestionar de manera autónoma y con plena libertad en el desarrollo de su política de inversiones, su política comercial y obviamente en lo que se refiere al establecimiento de precios por el uso de los bienes o por la prestación de servicios por parte del administrador de la infraestructura<sup>920</sup>. Es difícil que pueda haber una competencia entre infraestructuras si el modelo se basa en unas prestaciones patrimoniales públicas impuestas coactivamente al margen de las reglas de mercado<sup>921</sup> y que además está orientado a conseguir la rentabilidad de todo el sistema mediante una caja única pensada para que subsistan las subvenciones cruzadas. En un entorno de competencia, debería cuestionarse este sistema de caja común y plantearse la posibilidad de sustituirlo por un modelo de obligaciones de servicio público, que permita sostener, cuando sea necesario (razones de cohesión territorial, movilidad, etc.), las infraestructuras menos rentables.

En definitiva, la dificultad de incrementar el número de infraestructuras para que compitan entre sí en precios provoca que la competencia sea insuficiente, y ello justifica la intervención pública en la fijación del precio de acceso, dado el

---

<sup>920</sup> Sobre la necesidad de dirigirnos hacia una gestión privada e individualizada de las infraestructuras de transporte, en particular en el caso de los aeropuertos, se ha pronunciado Petit Lavall, M.V., *“El modelo español de gestión aeroportuaria”*, op. cit., p. 135. Según la autora, el modelo aeroportuario debería aproximarse hacia modelos de gestión privada e individualizada, donde exista competencia inter-aeroportuaria, pues estos modelos han demostrado ser más eficientes, como es el caso del Reino Unido, donde existen desde 1987, y de otros países de la Unión Europea o a nivel internacional donde se está implantando este modelo. La autora concluye que debe irse a un modelo de gestión más flexible que permita incorporar la participación y el capital privado y una gestión individualizada más adecuada al entorno y a las necesidades de cada aeropuerto.

<sup>921</sup> En este sentido, refiriéndose a los aeropuertos, Fernández Torres, I., *“La privatización de AENA a examen. Algunas cuestiones desde la perspectiva del derecho de la competencia”*, op. cit., p. 937, ha manifestado que otorgar naturaleza de prestación patrimonial a ciertos precios parece chocar con la finalidad de las distintas reformas de introducir competencia entre aeropuertos.



interés general que aquellas revisten, en especial, para garantizar el acceso en condiciones objetivas y no discriminatorias.

#### **4.2 El conflicto entre el modelo de prestaciones patrimoniales públicas y el Derecho de la Unión Europea**

El Derecho de la Unión Europea es neutral en cuanto a la naturaleza jurídica, pública o privada, del precio a pagar por el acceso a las infraestructuras de transporte. Nada dice sobre esta cuestión. No impone que los ingresos percibidos por el uso de las infraestructuras de transporte estén sujetos al Derecho público o al Derecho privado, como tampoco impone que estas infraestructuras deban ser de titularidad pública o privada, en buena lógica con las previsiones del artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según el cual, los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Corresponde, en definitiva, a cada Estado miembro de la Unión Europea decidir si los ingresos que va a percibir el administrador de infraestructuras de transporte deben estar sujetos al Derecho público o al Derecho privado. Lo que sí exige cuando regula el derecho de acceso a las infraestructuras es que el administrador de cada infraestructura pueda decidir el precio a pagar por este acceso.

Sin embargo, según se vio, en España la cuestión viene condicionada por las exigencias del artículo 31.3 de la Constitución y especialmente por la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas, según la cual, la creación y determinación de los elementos esenciales de las prestaciones patrimoniales públicas debe respetar el principio de reserva de ley.

Y es aquí donde el modelo español entra en conflicto con el Derecho de la Unión Europea, que exige, por un lado, que el administrador de infraestructuras, en el marco de su independencia de gestión, tome las decisiones sobre la fijación del precio a pagar por el acceso de terceros a las mismas, y por el otro, que exista un organismo regulador independiente que

pueda revisar estas decisiones. En esta tesitura, el papel de los Estados debe reducirse a crear el marco regulador para la fijación de los precios de acceso a las infraestructuras, pero dejando que la decisión última sobre estos precios sea tomada por el administrador.

A ello debe añadirse que el modelo de prestaciones patrimoniales públicas no se adapta a una moderna concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica y que buscan una rentabilidad.

El modelo español de prestaciones patrimoniales públicas impuestas coactivamente por el poder público para retribuir el acceso a las infraestructuras de transporte, cuyas cuantías se actualizan por ley generalmente con carácter anual, no responde a las necesidades actuales de estos bienes, pues es un modelo rígido y sujeto a la lógica político-parlamentaria.

En nuestro modelo interno, corresponde al legislador, de forma soberana, la decisión de incrementar, congelar o bajar los precios de acceso, siguiendo criterios político-parlamentarios. Este modelo es totalmente disconforme con la lógica de mercado, que exige tratar las infraestructuras de transporte –y su precio de acceso– como lo que son, esto es, como empresas que actúan en el mercado de transportes en busca de una rentabilidad económica, ofreciendo con este fin instalaciones y servicios a los usuarios que allí interactúan en régimen de libre competencia. Y en este entorno competitivo no sirve que los precios de acceso se fijen anualmente y con criterios que muchas veces no obedecen a la lógica de mercado, sino que exige que se atienda exclusivamente a los costes ocasionados y al beneficio razonable que se quiere obtener.

Por otro lado, el modelo vigente es demasiado rígido y no brinda ninguna flexibilidad al administrador de infraestructura, que debería estar capacitado para modificar los precios para maximizar la explotación de la infraestructura,

especialmente en aquellas franjas horarias menos utilizadas, algo imposible si estos precios están petrificados en la ley.

Por ello, cada vez es más acuciante la necesidad de explorar un modelo alternativo de precios de acceso a las infraestructuras que se adapte a la nueva realidad.

En definitiva, los ingresos de Derecho público que se perciben actualmente por el uso de los puertos, aeropuertos e infraestructuras ferroviarias dejan un margen de actuación al administrador de estas infraestructuras prácticamente nulo, porque al tratarse de prestaciones patrimoniales públicas, la fijación de las cuantías viene predeterminado por la ley. No se permite en el modelo vigente que el administrador de cada infraestructura pueda desarrollar una estrategia comercial propia en materia de precios, a pesar de su consideración como empresas que deben competir a nivel nacional e internacional para atraer el tráfico de mercancías y personas para que la infraestructura sea rentable. El único margen que generalmente se permite suele ser la aplicación de coeficientes correctores y bonificaciones (también predeterminados en la ley), que no son suficientes en el actual entorno de competencia para desarrollar una política comercial propia. El administrador de infraestructuras de transporte se limita a la liquidación y cobro de tasas, cánones o tarifas impuestas por el poder público, sin tener ninguna facultad de decisión. Se debería, pues, evolucionar hacia un modelo de precios privados regulados para dar mayor flexibilidad al administrador o gestor de cada infraestructura<sup>922</sup>.

### **4.3 Características del modelo de precios privados regulados por el acceso a las infraestructuras de transporte**

---

<sup>922</sup> Véase en este sentido, para el sector ferroviario, a Montero Pascual, J.J., “Reordenación de las competencias regulatorias en el sector ferroviario”, en Carlón Ruiz, M. (directora), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 584-585.

Un nuevo modelo de precios de acceso a las infraestructuras de transporte que sea acorde con el Derecho de la Unión Europea y con su concepción como empresas que realizan una actividad económica debe basarse en el reconocimiento claro de la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, que incluye la función esencial de decidir los precios de acceso. Asimismo, el nuevo modelo debe prever la posibilidad de un control posterior real de las decisiones en materia de precios de acceso a cargo de una autoridad independiente, cuyas decisiones deben ser vinculantes.

La ley sectorial de cada infraestructura o una futura ley reguladora del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte debe establecer el marco regulador que permita a cada administrador, a través de un procedimiento transparente de consultas, negociar el precio de acceso con sus usuarios o determinarlo, en caso de desacuerdo, dentro de los parámetros establecidos por dicho marco. En especial, el marco regulador debe establecer los precios máximos o los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener, siempre con control posterior de una autoridad independiente. Además, el modelo debe permitir al administrador de infraestructuras modificar los precios de acceso con el fin de poder maximizar la explotación comercial de las infraestructuras, en especial aquellas franjas horarias menos solicitadas.

Un modelo que permita la negociación del precio de acceso entre el administrador de cada infraestructura y sus usuarios en el marco de un procedimiento transparente de consultas –a modo y semejanza de lo previsto en la Directiva de tasas aeroportuarias–, y su fijación por el administrador con sujeción a determinados principios y parámetros, incluyendo un control posterior a cargo de una autoridad independiente, sería sin lugar a dudas un modelo que otorgaría independencia de gestión al administrador de cada infraestructura en la toma de decisiones.

En cuanto al marco regulador, éste debe centrarse en cuatro aspectos fundamentales: los principios a los que debe sujetarse el administrador para fijar los precios de acceso a las infraestructuras (rentabilidad o suficiencia,

objetividad, eficiencia, no discriminación y seguridad jurídica); el establecimiento de un procedimiento transparente de consultas que permita negociar los precios de acceso, en el que es básico el intercambio mutuo de información; la concreción de los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que puede obtener el administrador de infraestructuras, o incluso la previsión de precios máximos; la necesidad de motivar las decisiones que se adopten en materia de fijación de precios de acceso; y el establecimiento de un mecanismo de control *a posteriori* de las decisiones en materia de precios, a cargo de una autoridad independiente, que debe ostentar la facultad de tomar decisiones vinculantes para las partes.

Estos precios de acceso así fijados en ejercicio de una potestad de regulación no obedecen a un modelo de precios impuestos unilateralmente por el poder público, por lo que no se pueden considerar precios coactivos<sup>923</sup>. La falta de coactividad es evidente desde el momento en que los precios de acceso se negocian y se pactan entre el administrador de la infraestructura y sus usuarios. Se trata, pues, de un modelo basado en el acuerdo o pacto entre el administrador de los bienes y sus usuarios.

Cierto es que, a falta de acuerdo entre ambas partes, será en última instancia el administrador de la infraestructura el que adopte la decisión de los precios de acceso, pero ello no convierte estos precios en coactivos si su establecimiento por el administrador de la infraestructura se ajusta a determinados parámetros y principios preestablecidos por el regulador, se impone un procedimiento transparente de consultas, se exige la motivación de la decisión que se adopte y finalmente se prevé la posibilidad de un control *a posteriori* por parte de una autoridad independiente, que puede adoptar decisiones vinculantes. El hecho de que sea la norma reguladora la que establezca los costes a considerar y el beneficio razonable que se puede obtener, o incluso el precio máximo en el que el administrador de la infraestructura se puede mover, no impide que tenga

---

<sup>923</sup> Algún autor también ha negado que se esté en presencia de precios coactivos en el caso de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, pero poniendo el acento en el hecho de que el usuario obtiene un beneficio de su utilización para negar la coactividad. Véase en este sentido a Martín Fernández, J., “Los precios públicos y el principio de reserva de ley desde una perspectiva constitucional”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 47, 1997.

cierto margen de decisión, que deberá ser motivada y además quedará sujeta al control de una autoridad independiente para verificar el cumplimiento de los principios y parámetros previstos en la regulación. Todo ello impide que se esté en puridad ante precios impuestos unilateralmente por el poder público.

Esta es la idea que subyace en el Derecho de la Unión Europea que se ocupa del precio a pagar por el acceso a determinadas infraestructuras de transporte, que nuestro legislador no acaba de incorporar al derecho interno, posiblemente porque no se cree el modelo europeo.

Con mayor o menor intensidad, la tendencia del Derecho de la Unión Europea –en especial en el sector aeroportuario– es hacer pivotar la fijación de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte a lo que acuerden el administrador de la infraestructura y sus usuarios, con intervención del poder público mediante una regulación para hacer frente a la falta de competencia suficiente de estos bienes. Se trata, además, de un modelo que impone fórmulas de control posterior a través de una autoridad independiente para verificar el cumplimiento de los principios previstos en el marco regulador en materia de fijación de precios de acceso.

Jiménez-Blanco<sup>924</sup> lo define muy bien en el caso concreto de los aeropuertos: *“debe ser el resultado del forcejeo de la oferta y la demanda, entendiendo por esto último a los usuarios, tanto los inmediatos (las compañías aéreas) como finales (los pasajeros): el mercado, en una palabra, sin perjuicio del arbitraje final, caso de resultar necesario, de una instancia superior o por así decir conciliadora”*.

Sin embargo, algún sector de la doctrina ha manifestado que los precios privados regulados también son coactivos, al igual que ocurre cuando se ejercen las potestades tributarias y tarifarias, porque se considera que son

---

<sup>924</sup> Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., *“España, en entredicho de Europa. La peripecia de las tarifas aeroportuarias (la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2016 y concordantes)”*, en Parejo Alfonso, L. y Vida Fernández, J. (coordinadores), *Los retos del Estado y la administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, p. 264.

establecidos de forma unilateral por el poder público, al amparo de la potestad reguladora prevista en distintas leyes sectoriales, con el fin de garantizar el acceso a las redes mientras no se dé una concurrencia competitiva<sup>925</sup>.

Frente a ello, cabe decir que cuando se admite que el titular de la infraestructura puede fijar el precio de acceso a la infraestructura respetando en todo caso determinados parámetros y principios preestablecidos por el regulador, cuando además se exige motivación de estas decisiones, cuando también se imponen fórmulas de negociación transparente entre el titular de la infraestructura y el usuario para acordar los precios, cuando los precios así establecidos son posteriormente revisables por una autoridad independiente, con capacidad incluso para modificarlos si no se ajustan a los parámetros y principios preestablecidos por el marco regulador, y cuando además existe –en ocasiones– cierta competencia entre distintas infraestructuras para atraer tráficos, no es admisible hablar de precios coactivos ni por ello de prestaciones patrimoniales públicas, sino que podemos hablar perfectamente de precios privados regulados.

Se trata, por otro lado, de un modelo alternativo en el que el administrador de infraestructuras goza de cierto margen para decidir los precios de acceso a las infraestructuras de transporte y, además, está facultado para modificarlos para adaptarlos a las necesidades de explotación comercial.

---

<sup>925</sup> Véase en este sentido a Tornos Mas, J., *“La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios”*, op. cit., pp. 659-664, y a Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., pp. 18-19, 40-41 y 65-66. Igualmente, véase a Barquero Estevan, J.M. y García Martínez, A., *“Las tarifas y cánones portuarios desde la perspectiva de la reserva de ley”*, op. cit., para quien la existencia de un monopolio es determinante para que el precio a pagar sea una prestación patrimonial pública. Sin embargo, algún sector de la doctrina, sin negar la naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas, aboga por una interpretación más flexible del artículo 31.3 de la Constitución de la que hizo la STC 185/1995 y plantea que la reserva de ley debe limitarse al momento en que se configura la relación jurídica caracterizada por la coactividad, sin que tal reserva sea exigible en el momento posterior de la fijación de precios, siempre que la ley concrete los criterios y las reglas para hacerlo. Véase también a García-Andrade Gómez, J., *“La regulación de los precios aeroportuarios en el modelo de gestión privatizada. La disyuntiva entre el cumplimiento de las exigencias constitucionales y del Derecho europeo”*, op. cit., y del mismo autor *“Regulación de precios aeroportuarios: reserva de ley y liberalización económica”*, op. cit. Véase asimismo a Gómez Puente, M., *“La infraestructura aeroportuaria: regulación y competencia”*, op. cit., p. 547.

En cualquier caso, para llegar a este modelo alternativo de precios de acceso se exige, según se apuntó anteriormente, que o bien se prescindiera del carácter demanial de las infraestructuras de transporte, o bien que, manteniendo estos bienes en el dominio público, se reinterpretara su régimen jurídico exorbitante, en especial la regla de la inalienabilidad, en el sentido de que su exclusión del tráfico jurídico-privado no impide que el gestor de la infraestructura pueda negociar los precios de acceso con sus usuarios y establecerlos en ejercicio de una potestad de regulación.

Lo que parece indudable es que el sistema de prestaciones patrimoniales públicas por la utilización de las infraestructuras de transporte vigente en España está claramente en conflicto con el Derecho de la Unión Europea, en la medida en que éste exige que sean sus administradores los que tomen las decisiones en materia de precios de acceso a las mismas –no sólo liquiden y cobren– y que un organismo regulador independiente pueda revisar estas decisiones.

#### **4.4 Principios y contenido del marco regulador de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte**

El marco regulador de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte debe establecer los parámetros y principios generales que el gestor de la infraestructura necesariamente debe respetar a la hora de fijarlos.

Esta regulación debe centrarse en los costes que se pueden imputar y el beneficio razonable que el administrador de la infraestructura puede obtener. Se trataría, en definitiva, de que el titular de la infraestructura pueda recuperar las inversiones realizadas<sup>926</sup>, por lo que deben considerarse los costes reales, y que además pueda obtener un beneficio razonable. Lo que no es aceptable es que se utilice la potestad de regulación de precios con otros fines, por ejemplo,

---

<sup>926</sup> Ariño Ortiz, G., “Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial”, *op. cit.*, p. IX-XIX.



para corregir la inflación o para sufragar gastos ajenos al acceso a la infraestructura, pues ello distorsiona el modelo.

La doctrina, no sólo jurídica sino también económica<sup>927</sup>, ha identificado unos principios materiales y formales que la regulación de precios debe respetar. En la vertiente material, la fijación de precios en sectores liberalizados que, por tratarse de servicios de interés económico general, se sujetan a regulación, debe atender a los principios de suficiencia, objetividad, eficiencia, no discriminación y seguridad jurídica, y desde el punto de vista formal, debe velarse porque la determinación de los precios sea transparente, motivada, independiente, transitoria y sujeta al control de una autoridad independiente.

Los precios regulados deben obedecer, en primer lugar, al principio de suficiencia u orientación a costes. En otras palabras, deben ser equitativos y proporcionados, no sólo para el titular de la infraestructura, sino también para sus usuarios. De lo contrario, estaríamos ante lo que Villar Rojas<sup>928</sup> denomina “*precios inequitativos*”.

Desde el punto de vista del titular de la infraestructura, ello significa que aquél debe percibir un precio que garantice de manera suficiente la viabilidad económica de su gestión, por lo que debe incluirse en el precio todos los costes asociados a su uso más un beneficio razonable o beneficio controlado. Se trataría, en palabras de De la Cuétara Martínez<sup>929</sup>, de que el precio de acceso permita, por un lado, cubrir los costes, dado que no se puede obligar a nadie a producir y vender por debajo de costes, y por el otro, impedir ganancias ilegítimas, como las que se generarían con un precio excesivamente por

---

<sup>927</sup> En este sentido, pueden verse los trabajos de la doctrina económica como son los elaborados por De Quinto, J., “*Principios económicos de tarificación*”, *op. cit.*; Puig Junoy, J., “*La regulación de precios máximos en servicios públicos privatizados*”, en *Hacienda Pública Española*, nº 139, 1996; o De Rus, G., “*Regulación de precios en infraestructuras y servicios de transporte*”, en *Papeles de Economía Española*, nº 82, 1999.

<sup>928</sup> Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>929</sup> De la Cuétara Martínez, J.M., “*El régimen tarifario*”, ponencia presentada en las *Jornadas Internacionales sobre telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Santiago de Compostela, 11 y 12 de febrero de 1999, p. 308.

encima de los costes. No obstante, dado que las infraestructuras de transporte actúan como empresas, quizás sería mejor hablar del principio de rentabilidad.

Desde el punto de vista de quien quiera usar la infraestructura de transporte (los transportistas y los que les prestan servicios), la equidad o suficiencia del precio de acceso es una garantía de no alteración de la libre competencia y de que los precios serán adecuados y proporcionales a las instalaciones y servicios ofrecidos.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones sobre el derecho de acceso a las infraestructuras de transporte y los servicios asociados a las mismas a precios equitativos y ajustados a costes. Por precio no equitativo debe entenderse, según la Sentencia de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76, *United Brands/Comisión*), “*un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada*”. Aplicando este principio, las Sentencias de 10 de diciembre de 1991 (asunto C-179/90, puerto de Génova), 17 de julio de 1997 (asunto C-242/95, puerto de Gedser) y 18 de junio de 1998 (asunto C-266/96, *Corsica Ferries*) concluyeron que no se pueden percibir precios no equitativos o desproporcionados, sin ninguna relación con los costes.

Lo relevante, en definitiva, será que la regulación determine qué costes se pueden incluir en el precio y cuál se considera el beneficio razonable, y para determinar cuándo los precios son suficientes o equitativos en sectores regulados, se han propuesto diversas fórmulas. Sin ánimo de ser exhaustivo en esta cuestión –porque se aparta del objeto de la tesis–, destacan el sistema de tasa de retorno (*Rate of return*) sobre el capital empleado, que acepta los costes contabilizados<sup>930</sup>, el sistema de precios máximos (*Price-Cap*

---

<sup>930</sup> Como resume Sánchez Rodríguez, A.J., “*Liberalización y régimen jurídico y económico de las tarifas de telecomunicaciones*”, en Cremades, J. y Mayor Menéndez, P. (coordinadores), *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, Las Rojas, 1999, p. 335, la tasa de retorno sobre el capital empleado por la empresa se calcula a partir de un análisis de los costes de operación, el capital empleado y los costes de capital de la empresa.

*Regulation*), que propicia la bajada de costes <sup>931</sup>, el sistema de tarificación eficiente de componentes (*Efficient component-price rule*), que se basa en los costes de oportunidad<sup>932</sup>, o el sistema de costes marginales medios a largo plazo (*Long-Run Average Incremental Costs*), que como apunta Montero Pascual<sup>933</sup>, es el que tiene mejor aceptación entre los reguladores porque permite tomar en consideración los costes fijos y los variables e incentiva la eficiencia. Incluso la Comisión Europea propuso en el *Libro blanco Tarifas justas por el uso de infraestructuras (Estrategia gradual para un marco común de infraestructuras de transporte en la Unión Europea)*<sup>934</sup> que para garantizar el principio “*el usuario paga*” por todos los costes generados por las infraestructuras (incluidos los causados al medio ambiente), la tarificación de las infraestructuras debía basarse en los costes marginales causados en el punto de uso.

En cualquier caso, sea cual fuere el método que se utilice, lo cierto es que la regulación de precios permite restringir la voluntad de toda empresa de conseguir el máximo beneficio, limitándolo al beneficio razonable o controlado que considere el regulador, lo cual es especialmente relevante en aquellas situaciones de monopolio o posición dominante en las que el titular de la infraestructura ostenta un poder de mercado que se quiere limitar.

Una de las consecuencias de la aplicación de este principio de suficiencia debería ser la imposibilidad de incluir subvenciones cruzadas en la fijación de los precios, pues éstas no obedecen a ningún coste relacionado con el uso de

---

<sup>931</sup> Según Puig Junoy, J., “*La regulación de precios máximos en servicios públicos privatizados*”, *op. cit.*, pp. 23-36, la regulación de precios máximos (*Price-Cap Regulation*) permite limitar la tasa máxima de crecimiento del precio medio de una cesta de productos durante un periodo de cuatro o cinco años, permitiendo discrecionalidad a la empresa regulada en la fijación concreta de los precios de cada servicio, siempre que el precio medio del conjunto de estos servicios no supere una determinada tasa (denominada RPI-X). El método se aplicó con éxito a monopolios naturales privatizados en el Reino Unido a partir de 1984 (telecomunicaciones, agua, gas, electricidad y aeropuertos). El economista británico S. Littlechild recomendó este método en 1983 para los servicios privatizados de telecomunicaciones (British Telecom, BT), que fue adoptado en 1984, y luego se extendió a otras empresas privatizadas con poder de mercado. Tiene la virtud de obligar a las empresas a mejorar su eficiencia reduciendo los costes con el fin de poder obtener mayores beneficios.

<sup>932</sup> De la Cuétara Martínez, J.M., “*El régimen tarifario*”, *op. cit.*, pp. 322-323.

<sup>933</sup> Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, *op. cit.*, pp. 184-192.

<sup>934</sup> COM (1998) 466, Boletín de la Unión Europea, Suplemento 3/98.

la concreta infraestructura. No admitir esta conclusión supone perpetuar un modelo que distorsiona la competencia entre infraestructuras.

Por otro lado, el principio de suficiencia se puede derogar por la concurrencia de causas objetivas, lo cual implica la fijación de precios de acceso que no atiendan al coste real, con la obligación en estos casos de arbitrar mecanismos transparentes de compensación al titular de la infraestructura en caso de que vea reducido su beneficio razonable. Así lo manifestó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada Sentencia de 18 de junio de 1998 (asunto C-266/96, Corsica Ferries), en la que se admitió la conformidad con el Derecho comunitario de las tarifas superiores al coste efectivo para atender un servicio universal.

La regulación de precios debe respetar, en segundo lugar, el principio de objetividad. Ello exige disponer de una metodología que permita calcular de manera simple (con pocos parámetros, razonables y fáciles de medir y aplicar) y objetiva cuál debe ser la retribución por el uso de las infraestructuras de transporte.

También se exige, en tercer lugar, que la regulación de precios atienda al principio de eficiencia en una doble vertiente<sup>935</sup>. Por un lado, debe garantizarse que la metodología que se aplique proporcione una solución óptima entre una calidad mínima a un coste mínimo. Y por el otro, debe procurarse una eficiencia asignativa, esto es, que cada agente pague los costes que le correspondan y perciba la remuneración ajustada a los costes incurridos.

En cuarto lugar, la regulación de precios debe obedecer al principio de no discriminación. Ello comporta, por un lado, que en los precios sólo se incluyan los costes necesarios más el beneficio razonable con el fin de evitar que el

---

<sup>935</sup> Véase en este sentido a De Quinto, J., *“Principios económicos de tarificación”*, *op. cit.*, pp. 248-250. Respecto a la metodología aplicable para establecer unos precios eficientes, el autor precisa que debe ser simple, esto es, debe tener pocos parámetros, que además deben ser razonables, fáciles de conocer y medir, con fin de poder ser auditados (contrastados). Asimismo, la metodología debe ser predecible, de modo que sea mínimo el grado de incertidumbre sobre su vigencia y sobre la evolución de los precios tarifados en relación con los costes. Siempre habrá un riesgo regulatorio, pero los cambios deben ser progresivos y predecibles, dice el autor.

precio finalmente establecido suponga una barrera discriminatoria en el acceso a la infraestructura para determinados usuarios<sup>936</sup>, y por el otro, que se apliquen los mismos precios a situaciones iguales. Desde esta segunda vertiente, no es admisible la aplicación discriminatoria de exenciones en los precios en beneficio de unos y en perjuicio de otros, pues ello distorsiona la competencia.

En este sentido se manifestó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 17 de julio de 1997 (asunto C-242/95, puerto de Gedser), al concluir que la exención en el pago de las tasas para determinadas líneas de transporte marítimo suponía la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Igualmente, en el ámbito aeroportuario, puede hacerse referencia a la actuación de la Comisión Europea exigiendo un pago no discriminatorio por el acceso a las infraestructuras aeroportuarias de distintos países. En este sentido, la Decisión de la Comisión Europea de 26 de julio de 2000 (2000/521/CE)<sup>937</sup> cuestionó el sistema de descuentos sobre los cánones de aterrizaje establecido en los aeropuertos españoles. Según esta Decisión, España no garantizaba un derecho de acceso neutral a los aeropuertos, sino que restringía la libre competencia cuando favorecía a una de las empresas que operaban en los aeropuertos españoles, IBERIA, mediante un sistema de descuentos y modulación de los cánones de aterrizaje que perjudicaba claramente a sus empresas competidoras, por lo que era discriminatorio<sup>938</sup>. Y la

---

<sup>936</sup> Como advierte González Sanfiel, A.M., *“Competencia en las infraestructuras y nuevo régimen para las de dominio público”*, op. cit., p. 177, un canon excesivo equivale a una denegación del acceso a la infraestructura, por lo que será un canon discriminatorio.

<sup>937</sup> DOCE nº L 208 de 18 de agosto de 2000.

<sup>938</sup> La Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000 concluyó que el sistema de descuentos y la modulación de los cánones de aterrizaje establecido en los aeropuertos españoles era contrario al artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea porque falseaba la competencia al producir el efecto de beneficiar a las compañías españolas, especialmente a IBERIA, que veían reducidas las tasas a pagar y las colocaba por ello en una situación más ventajosa respecto de sus competidores. La normativa española preveía, por un lado, una serie de descuentos sobre las tasas establecidas en función del número de aterrizajes realizados durante el periodo de un mes en un mismo aeropuerto, y por el otro, una modulación de las tasas según la naturaleza de los vuelos (nacionales e internacionales). Según razonó la Comisión, los servicios que prestaba AENA en las operaciones de aterrizaje y despegue (explotación y mantenimiento de las pistas, utilización de las vías de circulación y zonas de tráfico y control de aproximación de aeronaves), que eran los que daban derecho a cobrar

misma práctica fue denunciada en el caso de Portugal, que dio lugar a la Decisión de la Comisión Europea de 10 de febrero de 1999 (1999/199/CE)<sup>939</sup>, posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de marzo de 2001 (asunto C-163/99).

Finalmente, la regulación de precios debe atender al principio de seguridad jurídica. Ello implica, según De la Cuétara Martínez<sup>940</sup>, que la fijación de los precios debe obedecer a criterios de certeza y previsibilidad, debiéndose actuar de manera rápida en función de las circunstancias cambiantes del mercado, porque sólo así se dan señales inequívocas a los agentes que intervienen. Los precios regulados indican a los potenciales inversores la rentabilidad que pueden esperar por sus inversiones, y a los potenciales consumidores les permite optar entre una u otra infraestructura en función de la satisfacción que obtienen por el precio pagado. De ahí la necesidad de contar con una regulación certera, previsible y fácilmente adaptable a las circunstancias cambiantes del mercado.

En el aspecto formal, la regulación de precios debe responder, en primer lugar, al principio de transparencia. Ello exige conocer con carácter previo cuál va a ser la metodología utilizada para fijar el precio de acceso, cuáles son los costes que se van a considerar y cómo se va determinar el beneficio razonable que el administrador de la infraestructura puede percibir. Asimismo, este principio debe estar presente durante el procedimiento de consultas entre el titular de la infraestructura y sus usuarios, con la obligación de un intercambio mutuo de información.

En segundo lugar, también es exigible que la fijación de los precios sea una decisión motivada, pues ello facilita el control posterior sobre la aplicación de los principios de no discriminación y de interdicción de la arbitrariedad. En

---

estos cánones, eran los mismos para todas las compañías aéreas con independencia de su procedencia nacional o internacional o del número de vuelos, por lo que no existían razones objetivas para favorecer a las compañías españolas con los descuentos aplicados –las compañías españolas eran las beneficiadas de manera especial al ser las que más usaban los aeropuertos españoles–, concluyendo así que AENA había abusado de su posición dominante.

<sup>939</sup> DOCE nº L 69 de 16 de marzo de 1999.

<sup>940</sup> De la Cuétara Martínez, J.M., *“El régimen tarifario”*, op. cit., pp. 310-311.

particular, deben motivarse los costes que se incluyen en el precio y la concreción que se haga del beneficio razonable.

En tercer lugar, debe garantizarse la independencia del administrador de la infraestructura en la fijación de los precios, si bien deberá respetar los parámetros fijados por el marco regulador. El objetivo debe ser que cada administrador de una infraestructura pueda establecer sus propias políticas comerciales con el fin de poder atraer los tráficos de personas y mercancías.

En cuarto lugar, la regulación de precios debería tener, en principio, carácter transitorio, al menos mientras dure la falta de competencia suficiente entre infraestructuras de transporte. A medida que se amplíe la competencia y sea el mercado el que fije los precios de acceso, ya no será necesaria la intervención pública sobre los precios<sup>941</sup>, porque se trataría de una limitación de la libertad de empresa no justificada<sup>942</sup>. No obstante, según se apuntó, ello resulta extremadamente difícil, dado que las infraestructuras de transporte no son fácilmente duplicables por razones económicas, urbanísticas y medioambientales, por lo que la regulación del precio de acceso puede revestir perfectamente un carácter duradero ante esta situación de monopolio.

Finalmente, debe garantizarse el control *a posteriori* de los precios de acceso a cargo de una autoridad independiente, a quien debe encomendársele el control sobre el cumplimiento de los principios materiales y formales descritos, y cuyas decisiones deben ser vinculantes.

---

<sup>941</sup> La regulación debe ir de más a menos a medida que las fuerzas del mercado garanticen la disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad de los bienes y servicios. Véase en este sentido a Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., p. 242.

<sup>942</sup> Algunas leyes sectoriales que afrontaron liberalizaciones de antiguos monopolios previeron expresamente el carácter transitorio de la regulación de precios. En este sentido, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, previó (art. 97.1) que “*Cuando la situación del mercado lo haga recomendable, el Gobierno podrá acordar la liberalización, total o parcial, de las tarifas, peajes y cánones regulados en el presente capítulo*”. También la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, previó (DT 4ª) que “*La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar, transitoriamente, precios, fijos máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado*”.

## **5. La alternativa de un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias**

### **5.1 El concepto de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias en la doctrina del Tribunal Constitucional**

Frente a la anterior opción analizada, basada en un modelo de precios no coactivos por el acceso y utilización de las infraestructuras de transporte, sujetos a regulación, las líneas que siguen analizan la posibilidad de generalizar un modelo de precios de acceso que, manteniendo su imposición coactiva, huya de su carácter tributario, configurándolos como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

Como es sabido, dentro del concepto de prestaciones patrimoniales públicas del artículo 31.3 de la Constitución cabe distinguir entre las que tienen naturaleza tributaria (tasas, contribuciones especiales e impuestos), sujetas a las previsiones de los artículos 31.1 y 133.1 de la norma fundamental, y las que no tienen naturaleza tributaria<sup>943</sup>.

El Tribunal Constitucional ha tratado de concretar las notas características de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias en las escasas ocasiones en que ha tenido la oportunidad de pronunciarse (SSTC 182/1997, 83/2014, 139/2016, 167/2016 y 63/2019). En las SSTC 182/1997 y 167/2016 ya apuntó

---

<sup>943</sup> Existen numerosos ejemplos de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias: en el sector eléctrico, se pueden citar las aportaciones que determinadas empresas deben realizar para financiar el déficit de ingresos o el bono social o las aportaciones de los consumidores para financiar los costes de transición a la competencia; en el sector gasista, la compensación por la renuncia a la concesión para la explotación del almacenamiento subterráneo de gas natural (Castor); en el sector de las telecomunicaciones, la financiación de las obligaciones de servicio universal; en el sector audiovisual, la financiación de la actividad de servicio público de la Corporación de Radio y Televisión Española; o en el sector aeroportuario, las prestaciones patrimoniales públicas que percibe AENA Aeropuertos SA por el acceso y utilización de las instalaciones aeroportuarias. Véase en este sentido a Gómez-Ferrer Rincón, R., “*Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria*”, en López Ramón, F. (coordinador), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, pp. 31-67; y a Ortiz Calle, E., “*Las fronteras del derecho tributario. A propósito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario*”, en *Revista Quincena Fiscal*, nº de 19, noviembre de 2018.



que las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias se caracterizan, como las tributarias, por ser coactivas, por perseguir una finalidad pública y por la obligación de respetar la reserva de ley, y que se diferencian de las tributarias en que no tienen por finalidad contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, sino que están destinadas a financiar determinados costes sectoriales.

En estén sentido, la STC 167/2016 recordó que *“calificada una determinada prestación como patrimonial de carácter público, además, tendrá naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, “se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 6), “sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica” (SSTC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4)”*.

Por el contrario, refiriéndose a las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, la citada STC 167/2016 indicó que *“hemos manifestado que “no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando con ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación” (STC 83/2014, FJ 3), sino que nos hallamos ante una medida adoptada por el Estado al margen de su poder tributario (art. 133.1 CE) cuyos destinatarios son llamados a su cumplimiento no como contribuyentes (en el seno de una relación jurídico tributaria), sino en el marco, al que antes hemos hecho referencia, de su relación económica con el Estado dentro de un sector regulado (...), relación de la que pueden surgir tanto derechos como cargas que asumir”*.

En definitiva, la clave para distinguir entre prestaciones patrimoniales públicas tributarias y no tributarias está, como apunta Gómez-Ferrer Rincón<sup>944</sup>, en el

---

<sup>944</sup> Gómez-Ferrer Rincón, R., *“Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria”*, op. cit., pp. 31-67.

hecho de que las primeras son ingresos públicos que contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos, mientras que las segundas están destinadas a financiar determinados costes sectoriales.

## 5.2 Las prestaciones patrimoniales públicas tras la Ley de Contratos del Sector Público

La Ley de Contratos del Sector Público de 2017<sup>945</sup> trata de abordar por primera vez a nivel legal la noción y el régimen jurídico de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y su distinción de las tributarias, al dar una nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley General Tributaria<sup>946</sup>, modificándose asimismo la Ley de Tasas y Precios Públicos y el Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Tras recordar que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales públicas tributarias las tasas, las contribuciones especiales y los impuestos, la Ley General Tributaria define las no tributarias como *“las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general”*, lo cual es decir poco porque también las tributarias son coactivas y persiguen el cumplimiento de fines de interés general<sup>947</sup>.

Así pues, por exclusión, serán prestaciones patrimoniales públicas no tributarias las que no sean tributarias –*“las demás”*, dice la ley–, por lo que para poder determinar cuándo se está ante una prestación patrimonial pública no tributaria, deberá verificarse que la prestación que se analiza no se incluye dentro del concepto de tasa, contribución especial o impuesto. Como ha dicho la reciente STC 63/2019, la Ley de Contratos del Sector Público contiene una definición por exclusión de lo que son las prestaciones patrimoniales públicas

---

<sup>945</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre de 2017).

<sup>946</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre de 2003).

<sup>947</sup> Menéndez Moreno, A., *“Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Un análisis de la noción de las mismas en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”*, en Revista Quincena Fiscal, año 2018, nº 1-2 enero.

no tributarias, *“de modo que no se trata propiamente de una categoría homogénea de prestación en sí misma, sino que obedecen a diferentes finalidades, y que únicamente tienen en común, además de no ser tributos (delimitación negativa), la coactividad y el hecho de que su finalidad no es la de financiar «todos» los gastos públicos”*.

Asimismo, la nueva disposición adicional primera de la Ley General Tributaria considera que, en cualquier caso, serán prestaciones patrimoniales públicas no tributarias *“aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta”*, y en concreto cita *“aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado”*.

De este nuevo marco jurídico se desprende que el legislador ha tratado de regular como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias dos realidades bien distintas.

Por un lado, la Ley de Contratos del Sector Público se referiría a aquellas prestaciones patrimoniales públicas impuestas como obligaciones propias de algún sector regulado. Se trataría, en palabras de la citada STC 167/2016, de aquellas prestaciones que sus destinatarios deben cumplir *“no como contribuyentes (en el seno de una relación jurídico tributaria), sino en el marco (...) de su relación económica con el Estado dentro de un sector regulado (...), relación de la que pueden surgir tanto derechos como cargas que asumir”*.

Por el otro, la Ley de Contratos del Sector Público incluiría en el concepto de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias aquellas que se exigen cuando el poder público actúa bajo formas de personificación privada o mediante concesionario. Con ello, se ha pretendido poner fin a la discusión existente sobre las tarifas abonadas por los usuarios por la utilización de obras o la prestación de servicios gestionados de forma directa por la Administración mediante personificación privada o de forma indirecta a través de

concesionario, admitiéndose en estos casos la posibilidad de una financiación distinta a la tributaria. De este modo, si los servicios o actividades se prestan en régimen de Derecho público, estaremos ante tasas y si se prestan en régimen de Derecho privado, estaremos ante una prestación patrimonial pública no tributaria en el marco diseñado por la Ley de Contratos del Sector Público<sup>948</sup>.

Parece ser, pues, que en estos casos de tarifas abonadas por los usuarios cuando el poder público actúa bajo formas de personificación privada o mediante concesionario, el legislador habría optado por incorporarlas en el concepto de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, asumiendo así la tesis del voto particular de dos magistrados formulado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (casación 4091/2013), según apunta Litago Lledó<sup>949</sup>.

En dicha Sentencia del Tribunal Supremo, en la que se discutía la naturaleza jurídica de la contraprestación económica que debía pagarse por la prestación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable mediante un concesionario, el Tribunal Supremo recordó que, de acuerdo con la STC 233/1999, debía prescindirse de la forma o régimen jurídico con que se presta el servicio a la hora de definir las prestaciones patrimoniales públicas, pues *“lo esencial era determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos”*, y por ello resolvió que se trataba de una tasa. Según el Tribunal, *“Poco importa que el servicio público de suministro de agua potable sea prestado mediante concesión administrativa. Las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable prestado mediante concesión deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada. Incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de*

---

<sup>948</sup> Véase en este sentido a Ortiz Calle, E., *“Las fronteras del derecho tributario. A propósito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario”*, op. cit., y a García Moreno, A., *“Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. La importancia de la coactividad y del régimen de prestación del servicio público como determinante de la naturaleza de la contraprestación percibida”*, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, nº 49, 2019.

<sup>949</sup> Litago Lledó, R., *“El nuevo concepto legal de prestación patrimonial de carácter público”*, en *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, nº 11, 2018.

*Derecho privado –las entidades públicas empresariales–, a través de sociedades municipales o por un concesionario, lo exigido a los ciudadanos tiene la calificación de tasa, no de precio privado o tarifa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión”.*

Sin embargo, en el voto particular formulado en la anterior Sentencia, que es la postura finalmente adoptada por el legislador en la Ley de Contratos del Sector Público, los magistrados disidentes manifestaron que tras la modificación introducida por la Ley de Economía Sostenible en el artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, *“ni la Ley de Tasas y Precios Públicos ni la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/1995) son aplicables a las tarifas de los servicios públicos prestados mediante formas de gestión directa con personificación privada (sociedades mercantiles con participación pública exclusiva o mayoritaria) o de gestión indirecta mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos (concesión, empresa mixta con participación pública minoritaria, arrendamiento, concierto y gestión interesada), y, menos aún, a las actuaciones de interés general que se realicen por empresas privadas, aunque su capital sea participado por un ente público”.*

Sea como fuere, la STC 63/2019 ha bendecido la regulación de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias contenida en la Ley de Contratos del Sector Público. El Tribunal Constitucional, en definitiva, niega que todos los servicios públicos deban financiarse mediante tasas al margen de si se gestionan de forma directa o indirecta, admitiendo que la utilización de obras o la prestación de servicios gestionados de forma directa por la Administración mediante personificación privada o de forma indirecta a través de concesionario pueda retribuirse por prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

### **5.3 La libertad del legislador para crear nuevas prestaciones patrimoniales públicas no tributarias**

El legislador tiene, en principio, libertad para determinar los supuestos que se configuran como tributos o como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, pues la Constitución no impone ningún criterio. En este sentido, el Tribunal Constitucional dijo en la STC 185/1995 que *“desde la perspectiva constitucional, (...) el legislador puede alterar el alcance de las figuras que hoy integran esta categoría [la de los tributos] –impuestos, tasas y contribuciones especiales– y puede crear nuevos ingresos de Derecho público”*, o dicho en otros términos, *“En uso de su libertad de configuración, el legislador puede crear las categorías jurídicas que considere oportunas”*.

Ello pueda dar pie a que el legislador, en la medida que se utilicen formas de personificación privada para administrar las infraestructuras de transporte, pueda llegar a calificar los precios de acceso a dichas infraestructuras como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

De hecho, éste sería el caso de las tarifas de acceso a las infraestructuras aeroportuarias gestionadas mediante una personificación privada (AENA SA), que según se vio, se configuran como prestaciones patrimoniales públicas sin calificarse como tasas.

A ello debe añadirse que el propio Tribunal Constitucional, al juzgar la Ley de Contratos del Sector Público en la STC 63/2019, ha manifestado que la Constitución *“ni define de antemano cuáles deban ser los servicios públicos, ni predetermina tampoco un único régimen de definición y prestación de servicios públicos ni, por lo tanto, un único régimen de financiación”*, con lo cual, a priori, sería posible que la utilización de todas las infraestructuras de transporte se retribuyese mediante prestaciones patrimoniales públicas no tributarias. Dice la citada STC 63/2019 que *“Admitido, por tanto, que dentro de la Constitución el legislador dispone de un amplio margen de configuración para establecer el modo de prestación y gestión de los servicios públicos, es lógico concluir que este margen se proyecta igualmente sobre su modo de financiación, pues la misma tiene carácter instrumental”*. En definitiva, concluye el Tribunal, *“ni se predetermina en la Constitución un modelo único de gestión de los servicios públicos, ni tampoco de la doctrina constitucional se infiere que la financiación*

*de los costes asociados a su prestación deba ser siempre necesariamente tributaria, pudiendo obedecer a otras fórmulas de distinta naturaleza jurídica”.*

No obstante, debe significarse que existe una importante diferencia entre las infraestructuras aeroportuarias, por un lado, y las ferroviarias y portuarias, por el otro, que hace que las situaciones no sean comparables, pues las infraestructuras aeroportuarias dejaron de ser bienes de dominio público tras la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010.

Centrándonos en las infraestructuras ferroviarias y portuarias, no puede perderse de vista que son bienes de dominio público y que precisamente en ejercicio de su libertad de configuración, el legislador estableció con carácter general que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público comporta la obligación de pagar una prestación patrimonial pública de carácter tributario, en particular, una tasa (arts. 2.2.a de la Ley General Tributaria y 6 de la Ley de Tasas y Precios Públicos).

Por ello, frente a esta regulación de carácter general, la calificación del precio de acceso a las infraestructuras ferroviarias y portuarias como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias es muy problemática y está sujeta a un alto riesgo si la cuestión llega al Tribunal Constitucional, porque según se ha apuntado, estos bienes son también bienes de dominio público. Tienen la particularidad apuntada de que son susceptibles de explotación económica, pero son en definitiva bienes de dominio público. Sería cuestionable que frente al régimen general que exige el pago de una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, en el caso de los bienes ferroviarios y portuarios se estableciese, siendo también bienes de dominio público, una prestación patrimonial pública no tributaria. En la STC 185/1995 el Tribunal Constitucional no aceptó precisamente que una parte de las tasas fuesen calificadas de precios públicos cuando de hecho los supuestos que se pretendía diferenciar tenían la misma naturaleza y tan sólo se había operado un cambio de nombre.

El legislador tiene libertad para crear nuevas prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, pero este ejercicio está sujeto al respeto de los principios constitucionales, entre ellos, el principio de igualdad en la ley y la interdicción de arbitrariedad, sin que sea admisible que una norma ofrezca un trato desigual entre quienes están en la misma situación jurídica, salvo que existan motivos objetivos y razonables.

Como sostiene el Tribunal Constitucional, *“la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el art. 14 de la CE contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley”* (STC 49/1982, de 14 de julio), y si bien se admite que la ley ofrezca un trato distinto, se ha precisado que *“para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”* (STC 209/1988, de 10 de noviembre). De forma más precisa, la STC 167/2016 manifestó que *“Como declaramos en la STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1, el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”*. En definitiva, la igualdad en la ley *“impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación”* (STC 134/1996, de 22 de julio).

Así pues, para el Tribunal Constitucional, la posibilidad de establecer desigualdades en la ley debe cumplir cuatro requisitos para no ser contraria al principio de igualdad (STC 167/2016): *“a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la*



*produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que se persigue con ella, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.*

Por ello, para comprobar si una desigualdad en la ley es respetuosa con el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional obliga a realizar un triple juicio (STC 167/2016): *“es preciso, en primer lugar, concretar si las situaciones que se pretenden comparar son iguales (juicio de comparabilidad); en segundo término, y una vez razonado que las situaciones son comparables, si concurre una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual de esas situaciones (juicio de razonabilidad, en clave de legitimidad y funcionalidad para el fin perseguido); y, por último, si las consecuencias jurídicas a que conduce la disparidad de trato son razonables, por existir una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y la finalidad perseguida, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (juicio de proporcionalidad)”.*

En definitiva, si se opta por calificar los precios de acceso a las infraestructuras ferroviarias y portuarias como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, debería justificarse cuáles son las razones objetivas y proporcionales para establecer este diferente régimen jurídico respecto del

resto de bienes de dominio público, y aquí entraría en juego la particularidad apuntada de las infraestructuras de transporte en el sentido de que, a pesar de ser bienes de dominio público, se conciben hoy en día como empresas que realizan una actividad económica.

#### **5.4 El margen del administrador de infraestructuras de transporte para fijar las cuantías de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias**

La opción de configurar los precios de acceso a las infraestructuras de transporte como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias deberá respetar en cualquier caso el principio de reserva de ley, porque ésta es una obligación que afecta a todas las prestaciones patrimoniales públicas por mandato del artículo 31.3 de la Constitución.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha matizado que se trata de una reserva relativa de ley en lo que se refiere a la fijación de las cuantías, más todavía cuando se trata de relaciones sinalagmáticas (STC 185/1995). El Tribunal Constitucional incluso ha manifestado que la relatividad puede ser especialmente intensa en el caso de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias (SSTC 83/2014, 167/2016 y 63/2019). En la última de estas Sentencias, el Tribunal ha dicho que *“El alcance de la reserva de ley es distinto tanto entre las diferentes prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria, como entre las que son tributarias y las que no lo son”*. Según precisa el Tribunal, *“el alcance de la reserva de ley difiere en función de las diferentes clases de prestaciones patrimoniales de carácter público, precisamente porque también es distinta la coactividad que encierran sus presupuestos de hecho”*. Y concretando esta cuestión en lo que se refiere a las cuantías de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, el Tribunal ha manifestado que *“lo esencial es que su establecimiento se lleve a cabo bien por la propia ley, bien con arreglo a la misma [por todas, SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3, y 139/2016, de 21 de julio, FJ 6 c)], lo que exige que sea una norma legal la que establezca los criterios a partir de los cuáles deben cuantificarse, de*

*acuerdo con los fines y principios de la legislación sectorial en la que en cada caso se inserte”.*

Pero esta relatividad no permite una deslegalización completa de la materia, por lo que las distintas leyes sectoriales que se ocupan de las infraestructuras de transporte deberían establecer los criterios o límites aplicables para determinar los precios de acceso, esto es, el marco regulador. Al mismo tiempo, este marco debería prever que sea el administrador de infraestructuras quien tome las decisiones a la hora de fijar los precios de acceso. De este modo, se conjugarían los intereses del Derecho de la Unión Europea y los del artículo 31.3 de la Constitución: por un lado, la ley crearía las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y los criterios o límites para fijar las cuantías, y por el otro, se brindaría el administrador de infraestructuras cierto margen para determinar las cuantías de los precios de acceso, con lo que podría desarrollar sus propias políticas comerciales. Asimismo, este modelo también permitiría que una autoridad independiente de regulación revisase las decisiones del administrador de infraestructuras en materia de fijación de precios de acceso, al no estar fijados en la ley.

En definitiva, esta opción de calificar los precios de acceso a las infraestructuras de transporte como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias es un punto intermedio entre el régimen jurídico vigente que los califica de prestaciones patrimoniales públicas tributarias y la opción de calificarlos como precios privados regulados. Pero esta opción, como se apuntaba, es muy arriesgada en el caso de las infraestructuras ferroviarias y portuarias por su consideración como bienes de dominio público y por la previsión general de tener que pagar en estos casos una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. Existe el riesgo de que, si la cuestión llega al Tribunal Constitucional, éste pueda llegar a la conclusión de que el modelo descrito es contrario al principio de igualdad en la ley, salvo que se pueda justificar la concurrencia de motivos objetivos, razonables y proporcionados que justifiquen este trato diferente.

## CONCLUSIONES

1. El dominio público se ha caracterizado desde sus orígenes por cumplir una función protectora para preservar la integridad de los bienes incluidos en esta categoría y su afectación a una utilidad pública (un uso público, un servicio público o el fomento de la riqueza nacional), que se consigue sustrayéndolos del tráfico jurídico-privado mediante la configuración de un régimen jurídico exorbitante caracterizado por las notas de la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad y con la garantía de un régimen especial de protección.

2. Los antecedentes de esta institución hay que buscarlos en el Derecho romano, en el que, sin usar la expresión “*dominio público*”, ya estaba presente la idea de determinados bienes destinados al uso público o común de todos los ciudadanos. En la división de las cosas que realizaron Gayo y Justiniano (*summa divisio rerum*) se incluyeron distintas clases de bienes que estaban fuera del comercio de los hombres (*res extra commercium* o *res extra patrimonium*), identificados como *res publicae in publico usu*, *res communes omnium* y *res universitatis*, tales como las vías y los caminos, los puentes, las calles, las plazas, los puertos, el mar y sus riberas, los ríos, los lagos, los teatros, los foros, las termas, los estadios, los acueductos, los edificios públicos y un largo etcétera. Estos bienes reunían las notas características de la inalienabilidad e imprescriptibilidad y, al mismo tiempo, se les brindaba un especial régimen de protección interdictal, todo ello con el fin de garantizar su exclusión del tráfico jurídico-privado y su destino al uso público o común.

3. Esta idea del Derecho romano como derecho protector de determinados bienes para garantizar su destino a un uso público o común perduró durante la Edad Media, si bien la concepción de esta clase de bienes cambió fruto de un proceso de subjetivación, en el que lo importante ya no era la afectación de los mismos a este destino público, sino la titularidad del rey sobre estos bienes. Ello supuso que se confundiera el patrimonio privado del rey y el patrimonio de la Corona, si bien los bienes de uso público mantuvieron las notas de la

inalienabilidad y la imprescriptibilidad y continuaron como bienes excluidos de las relaciones jurídico-patrimoniales, regla que no siempre el rey respetó.

4. A pesar de estos antecedentes históricos, se suele afirmar por la doctrina que el origen y la teorización del dominio público, tal como lo conocemos en la actualidad, se debe al Derecho francés.

El nacimiento de un patrimonio público en Francia partió de la aprobación del Edicto de Moulins de 1566, que consagró la regla de la inalienabilidad de los bienes integrados en el dominio de la Corona como reacción a la concepción patrimonial o señorial del reino que otorgaba al rey, mediante la técnica regaliana, la facultad absoluta de disponer de todos los bienes públicos en su beneficio. Ello permitió distinguir entre bienes de la Corona y bienes personales del rey, atribuyendo a los primeros el carácter de inalienables.

Cuando dos siglos después se produjo la Revolución Francesa, el Decreto de la Asamblea Nacional de 22 de noviembre de 1790 transformó los bienes de la Corona en dominio nacional y, además, previó la posibilidad de su alienación si lo decidía la nación, con lo que se puso fin a la regla de la inalienabilidad del Edicto de Moulins. Sin embargo, ello no afectó a los bienes que, desde el Derecho romano, estaban destinados al uso público, que continuaron considerándose bienes inalienables al no ser de propiedad de nadie ni estar dentro del comercio de los hombres.

Tras los cambios introducidos durante la Revolución Francesa en el patrimonio de la Corona y la incorporación del dominio público en el Código Civil de Napoleón aprobado en 1804, la doctrina francesa del siglo XIX y principios del siglo XX (Pardessus, Proudhon, Duguit, Hauriou, etc.) contribuyó a la depuración y ampliación del concepto de dominio público. De este debate surgió la superación de la concepción clásica de los bienes públicos heredada del Derecho romano, que los identificaba tan sólo con aquellos bienes destinados a un uso público, y se incluyeron también en esta categoría de bienes a aquéllos que estaban afectados a un servicio público.

5. El dominio público teorizado en Francia se introdujo en España a través de la obra de Colmeiro (1850) y rápidamente empezó a reflejarse en distintas normas sectoriales que se fueron aprobando durante la segunda mitad del siglo XIX, como son la legislación de aguas, carreteras, ferrocarriles, hipotecaria, minas, obras públicas y puertos.

Durante este periodo inicial, la falta de depuración conceptual propició que en ocasiones se usase de forma indistinta los términos dominio público, bienes de uso general, servicio general o servicio público en las normas que se aprobaron, dando lugar en ocasiones a la designación como dominio público de bienes que no obedecían a esta categoría.

Por otro lado, la idea del dominio público limitada a los bienes destinados al uso público se superó tras la aprobación de las Bases generales para la nueva legislación de minas de 1868 y la Ley de obras públicas de 1877, que incluyeron dentro del dominio público los bienes que, sin estar destinados al uso público, estaban afectados al fomento de la riqueza nacional o a la prestación de un servicio público, y así se reflejó finalmente en el Código Civil de 1889.

6. Con la irrupción del dominio público en España, el Estado se dotó de un título de intervención que le permitía incidir no sólo sobre determinados bienes de su titularidad, sino también sobre las actividades que requerían el uso de estos bienes para poderse llevar a cabo. Al calificar determinados bienes como demaniales, se garantizaba el destino público al cual estaban afectados, ya fuese un uso público, un servicio público o el fomento de la riqueza nacional, y al mismo tiempo el Estado podía intervenir sobre los usos y aprovechamientos que se querían desarrollar sobre estos bienes.

7. Las infraestructuras de transporte se han configurado históricamente en nuestro país como bienes de dominio público. De hecho, el gran desarrollo de estas infraestructuras durante los siglos XIX y XX caminó en paralelo a la introducción en España de la figura del dominio público. Ello fue muy relevante dado que, al calificarlas como bienes de dominio público, el Estado se aseguró

no sólo la facultad de intervenir sobre estos bienes, sino también sobre las actividades de transporte de personas y mercancías que sobre ellos se desarrollaban y sobre la prestación de servicios a los operadores de transporte y demás usuarios.

No obstante, la inclusión de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público fue desigual en el tiempo, según se trate de los puertos, las infraestructuras ferroviarias o los aeropuertos. En el caso de los puertos, su inclusión en el dominio público fue fácil porque estas infraestructuras siempre han sido consideradas bienes de uso común, pero en el caso de los ferrocarriles y los aeropuertos hubo en sus inicios un protagonismo casi absoluto de la iniciativa privada, y de hecho no fue hasta la primera mitad del siglo XX que fueron nacionalizados los bienes ferroviarios y aeroportuarios, momento en el que pasaron a integrarse en el dominio público.

8. En el caso de los puertos, el hecho de que hubieran sido considerados desde el Derecho romano como bienes afectados a un uso común de todos los ciudadanos contribuyó a que, desde el mismo instante de la introducción en España del dominio público, encajasen fácilmente en sus notas características como bienes inalienables, imprescriptibles y destinados al uso de todos. En este sentido, la calificación de los puertos como bienes de dominio público ya se produjo en la Ley de aguas de 1866 y en la primera Ley de puertos de 1880, así como en el Código Civil de 1889, y así ha llegado hasta nuestros días al mantener el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 2011 el carácter demanial de los puertos de interés general (además de su consideración como bienes de dominio público marítimo-terrestre).

9. El caso de las infraestructuras ferroviarias es más complejo. Ante la imposibilidad del Estado de asumir las grandes inversiones que requería la construcción de una red ferroviaria y la explotación del servicio ferroviario, fue la iniciativa privada la que tuvo el protagonismo inicial cuando apareció el fenómeno ferroviario durante el siglo XIX.

La falta de recursos del Estado propició que en sus orígenes se implantase un modelo concesional que estuvo vigente durante la segunda mitad del siglo XIX y hasta que los ferrocarriles fueron nacionalizados tras la Guerra Civil. Durante esta etapa se concedía a compañías privadas la facultad de construir y explotar las distintas líneas de ferrocarril, que mantenían la propiedad de la infraestructura y demás bienes hasta que finalizaba la concesión, momento en el que el Estado asumía la propiedad y la prestación del servicio. Ciertamente es que la Ley de ferrocarriles de 1855 dispuso que *“todas las líneas de ferrocarril destinadas al servicio general son del dominio público, y serán consideradas como obras de utilidad general”*, pero la calificación de estas infraestructuras de propiedad de las compañías ferroviarias como bienes de dominio público era impropia porque no se trataba de bienes de titularidad pública. Con esta calificación tan sólo se quería indicar que estas infraestructuras eran de utilidad o uso general por parte de los ciudadanos, en contraposición con aquellas líneas de ferrocarril que eran de servicio particular, destinadas generalmente a la explotación de alguna industria. Por ello, sólo cuando los bienes de las concesionarias pasaban a ser de propiedad del Estado por haber finalizado el plazo de concesión o por producirse un rescate anticipado, se podía considerar que estos bienes se integraban en el dominio público. Antes de llegar a esta situación, el Estado sólo era titular del servicio ferroviario y, por ello, lo sujetaba a la previa concesión, pero no era titular de los bienes. Sin embargo, al calificar los bienes ferroviarios de propiedad de las concesionarias como dominio público, el Estado se dotaba de un título de intervención sobre unos bienes y una actividad de interés general como era el transporte por ferrocarril de personas y mercancías.

Este modelo concesional entró en crisis tras la Primera Guerra Mundial. Con la aprobación del Estatuto Ferroviario de 1924, el Estado incrementó su intervención en el sector ferroviario ante la precaria situación económica y financiera de las empresas concesionarias, a las que tuvo que subvencionar e incluso rescatar en algunas ocasiones, hasta que finalmente en 1941 se optó por nacionalizar toda la red ferroviaria de vía ancha y se inició el monopolio estatal a través de RENFE. Ello supuso un rescate anticipado de las concesiones ferroviarias, cuyos bienes pasaron a ser de propiedad del Estado,



y si bien la Ley de bases de ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera de 1941 no declaró de forma expresa que los bienes nacionalizados se integraban en el dominio público, ni tampoco distinguió, dentro del conjunto de estos bienes nacionalizados, cuáles debían considerarse bienes de dominio público y cuáles bienes patrimoniales, debe considerarse que los bienes directa y específicamente afectados a la explotación del servicio público ferroviario tenían la condición de bienes de dominio público en aplicación del artículo 339 del Código Civil.

En la actualidad, la vigente Ley del sector ferroviario de 2015 mantiene el carácter demanial de los bienes ferroviarios a pesar del proceso de liberalización de las actividades de transporte ferroviario y de prestación de servicios emprendido en los últimos años por impulso de la Unión Europea.

10. El caso de los aeropuertos presenta muchas similitudes con las infraestructuras ferroviarias, si bien tras la liberalización de las actividades de transporte aéreo a finales del siglo XX, las infraestructuras aeroportuarias fueron mayoritariamente despublificadas en el año 2010 e integradas en el patrimonio de la sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA.

Como ocurrió con los ferrocarriles, la iniciativa privada asumió un importante protagonismo inicial cuando la actividad aeronáutica apareció en nuestro país a principios del siglo XX, pasando después por un proceso de nacionalización durante la II República.

En sus inicios las actividades aeronáuticas se limitaron al transporte postal y cuando las aeronaves mejoraron su autonomía, capacidad y seguridad, se ampliaron al transporte de mercancías y personas. Ello obligó a mejorar los aeródromos, y aquí la iniciativa privada jugó un importante papel, aunque debió contar con la ayuda de subvenciones públicas o con la garantía de determinado tráfico aéreo. Estos primeros aeródromos eran de propiedad privada, si bien estaban sujetos a la previa autorización del Ministerio de Fomento y a la inspección del Estado. No obstante, también es cierto que, junto a estos

aeródromos de propiedad privada, se empezaron a construir aeródromos de iniciativa pública con fines de defensa nacional.

Al incrementarse la actividad de transporte aéreo, y con el fin de organizar una red pública de aeropuertos nacionales, en 1927 se aprobaron las bases para la construcción de aeropuertos de interés general, que distinguía tres modalidades: aeropuertos de servicio del Estado, aeropuertos de servicio público o interés general y aeropuertos particulares o privados. Los aeropuertos de servicio del Estado, destinados a servicios militares, navales o a cualquier otro servicio oficial, eran de propiedad del Estado y, al estar afectados a la defensa nacional o a la prestación de un servicio público, debían considerarse bienes de dominio público. En el caso de los aeropuertos de servicio público o interés general, que estaban destinados a prestar servicios públicos de transporte aéreo, podían ser de titularidad pública o de particulares que obtenían una concesión, por lo que sólo los primeros eran bienes de dominio público, mientras que, en el segundo caso, como ocurría con las concesionarias de ferrocarriles, se trataba de bienes de propiedad privada de quienes los construían.

Durante la década de los años veinte, ante la imposibilidad de que existiesen líneas aéreas sostenidas únicamente con sus propios recursos y por su dependencia de las ayudas públicas, se optó por establecer un monopolio en la explotación de las líneas regulares de interés general a favor de una única empresa privada, que resultó ser CLASSA, aunque con el advenimiento de la II República se declaró nulo y resuelto el contrato celebrado entre el Estado y CLASSA y se incautaron todos sus bienes y derechos a cambio de una indemnización, pasando el servicio de transporte aéreo a ser prestado directamente por el Estado primero a través de una comisión gestora y luego por LAPE, una entidad mercantil de titularidad pública que tras la Guerra Civil fue substituida por IBERIA en el monopolio público del transporte aéreo (salvo el internacional). Esta incautación de los bienes de CLASSA, previo pago de un precio, determinó que sus bienes se integraran en el dominio público por su afectación al servicio público de transporte aéreo, aunque el reconocimiento

expreso como bienes demaniales no llegó hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

Sin embargo, y esta es una particularidad del sector aeroportuario, por Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, se puso fin al carácter demanial de los bienes aeroportuarios adscritos a la entidad pública empresarial AENA (salvo los afectados a los servicios de navegación aérea) y se integraron en el patrimonio de la sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA (actualmente, AENA SA), creada para la gestión de los aeropuertos.

11. La calificación de las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público comporta la aplicación del régimen jurídico previsto para esta categoría de bienes, fundamentalmente, la obtención de una concesión o autorización para su ocupación y aprovechamiento y el correspondiente pago de una prestación patrimonial de carácter público.

Al amparo del título de intervención del dominio público, la Administración no sólo determina discrecionalmente los usos y actividades admitidos dentro de las infraestructuras de transporte, sino que, además, con la misma discrecionalidad, otorga los correspondientes títulos que permiten el uso y ocupación de los bienes y el desarrollo actividades sobre ellos.

Asimismo, bajo este modelo, aquéllos a quienes se les autoriza o concede el uso y ocupación del dominio público deben pagar una prestación patrimonial pública de carácter tributario, cuya determinación debe hacerse por ley, generalmente con carácter anual mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sin ningún margen de decisión por parte de quienes administran estas infraestructuras para poder atender a sus necesidades de explotación comercial.

12. La figura histórica del dominio público no se discute y debe continuar vigente en el caso de aquellos bienes para los que sigue siendo útil con el único propósito de garantizar su integridad y su afectación a un uso público o a un servicio público.

13. Sin embargo, con la presente tesis doctoral se ha evidenciado que el mantenimiento de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público y, por consiguiente, la aplicación del régimen jurídico demanial para ordenar su explotación, no se ajusta a un entorno de liberalización en el que las actividades de transporte y la prestación de servicios ya no son un monopolio público, sino que se prestan en un marco de libre competencia.

A partir del momento en que las actividades de transporte y la prestación de servicios dejan de ser un monopolio en manos del Estado, ya no está justificado que las infraestructuras de transporte continúen siendo bienes demaniales por su afectación a un servicio público. Cuando estas actividades tenían la consideración de servicio público, el dominio público era el instrumento necesario para garantizar la afectación de los bienes a dicho servicio. Pero, cuando el Estado prescinde del monopolio sobre estas actividades, que se liberalizan, y se limita a supervisar el mercado para asegurar que los distintos operadores privados puedan prestar estas mismas actividades en régimen de libre competencia, el mantenimiento de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público y la consiguiente aplicación de su régimen jurídico exorbitante es difícilmente justificable, porque desaparece la causa por la que los bienes deben mantenerse como demaniales.

El dominio público apareció históricamente como un instrumento para garantizar el uso público de los bienes y luego se añadieron otras finalidades, como la de servir a la prestación de los servicios públicos o al fomento de la riqueza natural. Por el contrario, el dominio público no se configuró para servir a actividades privadas prestadas en un entorno de libre competencia.

Por otro lado, para intervenir sobre las actividades liberalizadas, el Estado ya cuenta con las técnicas y potestades de otro título de intervención, como es la regulación económica, con el que garantiza el interés general, por lo que no está justificado el mantenimiento de las infraestructuras de transporte dentro

del dominio público con el único propósito de intervenir sobre las actividades que sobre ellas se desarrollan.

14. La presente tesis doctoral también ha demostrado que el modelo de infraestructuras de transporte de dominio público no encaja con la concepción actual de las mismas como empresas que realizan una actividad económica, consistente en la oferta de sus instalaciones y la prestación de servicios a los operadores privados de transporte y demás usuarios.

Cuando el Estado ostentaba el monopolio sobre los bienes y las actividades de transporte, las infraestructuras no dejaban de ser simples bienes de paso que servían de soporte a las actividades de transporte que el mismo prestaba. En este modelo de monopolio público, el Estado se limitaba a ordenar el uso y explotación de sus infraestructuras y a preservar su afectación e integridad con el fin de prestar los servicios públicos de los que también era titular.

Pero una vez abiertas las actividades de transporte y la prestación de servicios a la libre competencia, el titular de las infraestructuras asume un papel diferente, consistente en la oferta de bienes e instalaciones y en la prestación de servicios a los distintos operadores privados de transporte y demás usuarios. Desde el momento en que los barcos, los aviones o los ferrocarriles llegan o parten de un puerto, un aeropuerto o una estación de ferrocarril, el administrador o gestor de cada infraestructura ofrece el uso de distintas instalaciones (pistas de aterrizaje, terminales portuarias, andenes de las estaciones de ferrocarril, hangares, zonas de facturación, etc.) y presta distintos servicios sin los cuales la actividad de transporte no es posible o incluso pone sus instalaciones a disposición de terceros para que sean éstos los que presten estos servicios (remolque, amarre, desamarre, embarque, desembarque, carga, descarga, estiba, desestiba, suministro de corriente de tracción o combustible, precalentamiento de trenes, acceso a la redes de telecomunicaciones, inspección técnica de material rodante, venta de billetes en estaciones, asistencia a pasajeros, recogida o entrega de equipaje, *catering*, cafeterías, restaurantes, hoteles, tiendas comerciales y un largo etcétera).

Ante esta nueva tesitura, las infraestructuras de transporte han dejado de concebirse como simples lugares de paso obligado para concebirse, en consonancia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como verdaderas empresas, dado que realizan una actividad económica a cambio de un precio, consistente en ofrecer sus bienes e instalaciones a quienes realizan actividades de transporte o quieren prestar distintos servicios a los operadores de transporte y demás usuarios de las infraestructuras, o incluso los prestan directamente en algunas ocasiones, obteniendo de toda esta actividad una rentabilidad.

15. Ante este cambio de paradigma, lo más razonable sería prescindir del carácter demanial de las infraestructuras de transporte y que, tras su despublificación, se sujetasen a otro título de intervención pública como es la regulación económica, mucho más dinámico y adecuado a las actuales características de estos bienes. Las infraestructuras de transporte son bienes que pueden ser explotados económicamente y ello casa mal con la figura del dominio público, caracterizado precisamente por su extracomercialidad.

Concebir las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público y afirmar a la vez, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que actúan como empresas que realizan una actividad económica es una contradicción en sus términos, al menos con la concepción actual del dominio público, porque si una cosa caracteriza a los bienes de dominio público desde sus orígenes es que se trata de bienes sujetos a un régimen jurídico exorbitante que los excluye del tráfico jurídico-privado.

Cuando se liberalizaron las actividades de transporte se impuso un modelo en el que el Estado gestiona menos y regula más para dar satisfacción a determinados intereses generales, y el mismo criterio se puede aplicar a las infraestructuras de transporte. Para ordenar su utilización y aprovechamiento y garantizar su vinculación permanente a las actividades de transporte no es necesario que sean de titularidad pública, ni mucho menos deben calificarse como bienes de dominio público, sino que el Estado puede satisfacer los

mismos intereses generales mediante mecanismos de regulación económica, que actuarían de alternativa al dominio público.

Las infraestructuras de transporte son bienes esenciales para la competencia, porque son lugares de paso obligado para los operadores privados que quieran realizar sus actividades de transporte (cuellos de botella), los cuales además no tienen alternativa dónde escoger porque no son bienes fácilmente duplicables. Ello coloca a las infraestructuras de transporte en una posición dominante, lo cual obliga a sujetarlas a determinadas reglas. Sin embargo, ello no significa que las infraestructuras de transporte deban mantenerse como bienes de dominio público, ni que la intervención del Estado sobre las mismas deba hacerse mediante las técnicas demaniales. Bien al contrario, la satisfacción de los intereses generales también se puede conseguir a través de la regulación económica de las infraestructuras de transporte, que actuaría como título de intervención alternativo al dominio público. Este título de intervención, de origen anglo-americano, no impide que las infraestructuras de transporte sean objeto del tráfico jurídico-privado y a la vez permite imponer obligaciones jurídicas a los titulares de estos bienes con el fin de satisfacer el interés general presente en las mismas.

Es más, en una época de restricciones económicas en la que los presupuestos públicos no llegan a todo, el Estado debe abandonar el sueño de ser a la vez el constructor, el propietario y el gestor de todas las infraestructuras de transporte. Es perfectamente posible que algunas infraestructuras de transporte sean financiadas, construidas y gestionadas por el capital privado, total o parcialmente, y que bajo este modelo el Estado se limite a ostentar una posición de garante de estos bienes a través de la regulación económica.

En definitiva, despublificar las infraestructuras de transporte y sujetarlas a regulación económica no supone que el Estado se olvide de las mismas, sino que tan sólo supone afrontar la cuestión de una manera distinta, optando por un nuevo modelo en el que el Estado deja de intervenir con las facultades propias del dominio público y pasa a intervenir mediante las técnicas y potestades de regulación económica con el fin de garantizar que las

infraestructuras despublificadas continúen vinculadas a las actividades de transporte para las cuales fueron construidas y sean accesibles a todos los operadores privados que requieran su uso para poder desarrollar sus actividades de transporte o de prestación de servicios en régimen de libre competencia.

16. Este modelo de infraestructuras de transporte despublificadas sujetas a regulación económica es el camino que ya ha sido emprendido en el caso de los aeropuertos desde que en el año 2010 los bienes aeroportuarios dejaron de ser dominio público (salvo los bienes afectados a los servicios de navegación aérea) y se integraron en el patrimonio de la sociedad mercantil estatal AENA Aeropuertos SA (actualmente, AENA SA), creada para gestionar todos los aeropuertos de interés general y sobre la que el Estado mantiene el control a través de ENAIRE, al ser titular del 51% de su capital.

A partir del momento en que se decide que una sociedad mercantil sujeta al Derecho privado sea la titular de las infraestructuras aeroportuarias, estos bienes ya no pueden ser de dominio público porque una sociedad mercantil no puede ser titular de bienes sujetos a las reglas del Derecho público que permiten el ejercicio de potestades públicas.

Sin embargo, a pesar de haberse despublificado los aeropuertos, el Estado mantiene la intervención pública sobre los mismos dado el interés general de estas infraestructuras y de las actividades que sobre las mismas se desarrollan, pero no lo hace amparándose en el carácter demanial de los bienes, sino de acuerdo con otro título de intervención como es la regulación económica. Y este modelo aplicado a los aeropuertos se puede hacer extensible a los puertos y a las infraestructuras ferroviarias porque son una misma realidad, dado que todas estas infraestructuras de transporte realizan la misma actividad de oferta de instalaciones y servicios a los operadores privados de transporte y demás usuarios. Desde el punto de vista jurídico, no existen obstáculos a una despublificación de los puertos o las infraestructuras ferroviarias porque la Constitución no establece límites a la decisión de incorporar unos bienes u otros dentro del dominio público, con la salvedad de los bienes que prevé que



necesariamente deben ser de dominio público, esto es, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental (art. 132 CE). Corresponde, en definitiva, al legislador la decisión sobre si el título de intervención pública sobre las infraestructuras de transporte debe ser el dominio público u otro distinto.

17. Este nuevo modelo de infraestructuras de transporte despublificadas sujetas a regulación económica exige que, a través de la ley sectorial que regule cada infraestructura o mediante una ley especial que las regule todas ellas de forma conjunta, se establezca un estatuto jurídico de las mismas, en el que lo fundamental es la definición de determinadas obligaciones jurídicas de los titulares de los bienes, que deben considerarse obligaciones de servicio público destinadas a que se cumplan muchos de los principios que caracterizan estos mismos bienes cuando tienen carácter demanial.

Dentro de estas obligaciones de servicio público que constituyen el estatuto jurídico de las infraestructuras de transporte destacan, por un lado, la obligación de preservar la vinculación permanente de las infraestructuras a la actividad de transporte y, por el otro, la obligación de garantizar el derecho de acceso a las mismas a los distintos operadores privados de transporte o a aquellos que quieran prestar determinados servicios a transportistas y demás usuarios. Existen, además, otras obligaciones de servicio público no menos importantes, como son las que se refieren a la ampliación y el mantenimiento de las infraestructuras, la interconexión de distintas redes, la regulación de los precios de acceso, la calidad de las infraestructuras y la cesión obligatoria de espacios para que el Estado pueda continuar prestando determinados servicios públicos vinculados al transporte de personas y mercancías (control de aduana, control sanitario, seguridad, protección del medio ambiente, etc.).

18. De las citadas obligaciones de servicio público destacan la que se refiere al acceso de los operadores privados de transporte a las infraestructuras de transporte y a las instalaciones de servicio y el precio a pagar por ello, que son las dos cuestiones sobre las que se centra la tesis doctoral.

Las infraestructuras de transporte tienen una capacidad limitada y sólo admiten un determinado volumen de tráfico, que además no se puede simultanear: no es posible usar a la vez por dos operadores de transporte la misma pista de aterrizaje, el mismo punto de atraque o la misma vía férrea. Asimismo, las infraestructuras de transporte son difícilmente duplicables por razones principalmente económicas, urbanísticas y medioambientales, por lo que al ser única la red en cada sector y el paso por las mismas obligado, la regulación del derecho de acceso se convierte en la clave de bóveda del sistema para garantizar que los distintos operadores privados de transporte o de prestación de servicios puedan realizar sus actividades en régimen de libre competencia.

La regulación de este derecho de acceso debe determinar la capacidad de infraestructura disponible, las condiciones de acceso, que deben ser objetivas, transparentes, proporcionadas, no discriminatorias y a un precio razonable, y el procedimiento de reparto de esta capacidad, que debe hacerse de manera técnica e independiente para no distorsionar la competencia.

En particular, la regulación del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte debe incidir en aspectos como quién tiene derecho de acceso; quién determina la capacidad de infraestructura disponible y quién la reparte; a qué elementos de la infraestructura se tiene derecho a acceder; los puntos de acceso y las condiciones técnicas para ello; el acceso a determinados servicios imprescindibles para poder acceder a las infraestructuras y operar sobre las mismas; las limitaciones y las causas objetivas de denegación del acceso; el procedimiento a seguir para adjudicar la capacidad de infraestructura disponible, que debe ser ágil, transparente y no discriminatorio; el procedimiento y requisitos para la fijación de los precios de acceso; el establecimiento de unos estándares de calidad mínima que deben reunir las infraestructuras; y un mecanismo de resolución de conflictos a cargo de una autoridad independiente y profesionalizada.

La regulación de todos estos aspectos debe constar en cada ley sectorial y sus normas reglamentarias de desarrollo, aunque algunos aspectos de detalle se pueden completar –y de hecho es así– mediante distintos instrumentos

elaborados por el titular de la infraestructura, como serían la *Declaración sobre la red* o la *Descripción de instalación de servicio* en el sector ferroviario, o la determinación de los parámetros de coordinación (capacidad de pista, capacidad de terminal y capacidad de plataforma) en el caso de los aeropuertos.

19. En la regulación del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte tiene un lugar destacado el procedimiento de reparto de la capacidad de infraestructura disponible.

Llama poderosamente la atención que en aquellos sectores del transporte en los que se han arbitrado mecanismos de reparto de la capacidad de infraestructura (fundamentalmente los sectores aeroportuario y ferroviario), el procedimiento implantado es completamente ajeno a las técnicas de dominio público, e incluso es irrelevante que ese reparto opere sobre infraestructuras de transporte de dominio público (caso del sector ferroviario) o despublificadas (caso del sector aeroportuario). A pesar de que el reparto de la capacidad de infraestructura implica un uso y una ocupación intensivos y en exclusiva de los bienes, ello no se vehicula a través de los instrumentos propios del dominio público previstos con carácter general en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas o en la legislación sectorial, esto es, mediante autorizaciones y concesiones demaniales, sino mediante un mecanismo propio de la regulación económica.

Se ha previsto, al respecto, un procedimiento *ad hoc* de reparto de la capacidad de infraestructura disponible que permite el acceso a las instalaciones, y ello al margen de la tipología de bienes a los que se acceda (demaniales o despublificados). Se trata de un procedimiento en el que se determina la capacidad de infraestructura disponible en forma de franjas horarias o surcos, que luego se reparten con criterios de prioridad objetivos, transparentes y no discriminatorios que deben estar preestablecidos en el marco regulador, y es esta asignación de franjas horarias o surcos la que habilita a los distintos operadores privados a usar en exclusiva la capacidad de

infraestructura asignada durante un periodo de tiempo concreto, a cambio de pagar un precio por ello.

En definitiva, la tesis doctoral pone de manifiesto que en la actualidad la garantía del derecho de acceso a las infraestructuras de transporte y la preservación de la libre competencia de las actividades que sobre las mismas se desarrollan no está en el mantenimiento de estos bienes dentro del dominio público, sino en la implantación de un mecanismo de reparto de la capacidad de infraestructura disponible mediante criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

20. En el caso de los aeropuertos y las infraestructuras ferroviarias, este procedimiento *ad hoc* de reparto de la capacidad de infraestructura disponible pone especial énfasis en los mecanismos de coordinación entre quien adjudica la capacidad de infraestructura y los operadores privados de transporte con el fin de resolver, mediante la mediación, el conflicto que se genera cuando confluyen distintas solicitudes que pretenden usar a la vez las mismas franjas horarias o surcos, y cuando esta coordinación no es posible y la infraestructura se declara congestionada, se articulan mecanismos de reparto de la capacidad de infraestructura mediante la aplicación de determinados criterios de prioridad preestablecidos.

Esta actividad de reparto de la capacidad de infraestructura disponible se considera una función esencial del gestor o administrador de cada infraestructura en la normativa de la Unión Europea, con el fin de garantizar su independencia en la toma de decisiones. Por regla general, ello se cumple en nuestro país, si bien la cuestión no se trata de manera uniforme. Mientras que en el sector ferroviario existe una única figura que administra la infraestructura y adjudica los surcos ferroviarios (ADIF), en el sector aeroportuario se reparten ambas funciones entre el gestor aeroportuario (AENA SA), por un lado, y el facilitador y coordinador de horarios (AEFCA), por el otro, correspondiendo al primero la determinación de la capacidad aeroportuaria disponible y al segundo el reparto de las franjas horarias o *slots*. Esta separación parece ser la más razonable, dado que el gestor o administrador de una infraestructura suele

tener muchos intereses económicos en la infraestructura y ello puede incidir en sus decisiones a la hora de repartir la capacidad de infraestructura de forma neutral.

21. En el caso de los puertos no se ha previsto todavía el mismo mecanismo de reparto de la capacidad de infraestructura disponible, sino que continúa vigente el viejo sistema de turnos de entrada según el orden de llegada y un particular régimen de estancia en los mismos. No se ha previsto para los puertos un sistema de previa determinación de la capacidad de infraestructura disponible, ni el reparto de franjas horarias con criterios de prioridad preestablecidos que ordenen la entrada de buques al puerto, sino que la asignación de los puntos de atraque o lugares de fondeo sigue el criterio del orden de llegada al puerto, debiendo esperar su turno fondeados en las inmediaciones del puerto (*first come, first served*).

Se trata de un modelo cada vez más discutido porque los puertos forman parte de una red global de transporte y ello requiere que se articulen mecanismos de coordinación de las llegadas y salidas de buques para hacer el transporte marítimo más eficiente. Seguramente, con la digitalización global de las operaciones portuarias que se está implantando se podrá en un futuro próximo prever con antelación la llegada de los buques al puerto y planificar de manera óptima los distintos recursos portuarios que se precisan, con la consiguiente asignación de franjas horarias, por lo que se ganará en eficiencia.

Asimismo, es necesario que una futura regulación del derecho de acceso a los puertos determine los criterios objetivos que permiten denegar el atraque de un buque, como podrían ser criterios de seguridad, medioambientales, de disponibilidad de espacios, instalaciones y equipos u otras razones objetivas; obligue a motivar las denegaciones de acceso; y prevea un mecanismo de reclamación ante una administración independiente para resolver los conflictos que surjan en relación con el acceso a los puertos.

Donde sí se ha avanzado en este sentido es en la prestación de servicios portuarios, pues tras la aprobación del Reglamento (UE) 2017/352 de 15 de

febrero de 2017 se exige el establecimiento de un procedimiento eficaz para tramitar reclamaciones ante una autoridad independiente del gestor del puerto o de cualquier prestador de servicios portuarios con el fin de garantizar la aplicación efectiva y correcta de dicho Reglamento, así como un mecanismo para recurrir las decisiones individuales que adopte el gestor del puerto o la autoridad competente en materia de servicios y los precios exigidos por su prestación.

22. Por el contrario, los clásicos instrumentos del dominio público, y en particular, los títulos demaniales (autorizaciones y concesiones) se continúan utilizando para permitir las ocupaciones y usos privativos sobre esta clase bienes con el fin de poder prestar servicios a los operadores privados de transporte y demás usuarios.

Este sistema no se ajusta a un modelo de infraestructuras de transporte que actúan como empresas y a unas actividades y servicios que se prestan en régimen de libre competencia.

Sin embargo, los instrumentos propios del dominio público se han abandonado en el caso de los aeropuertos, en los que se aplican instrumentos de Derecho privado tras su despublificación en 2010, lo cual no impide que mediante técnicas de regulación económica se establezcan las condiciones de acceso a estos bienes despublificados para no distorsionar la competencia en la actividad de prestación de servicios.

23. La tesis doctoral, en definitiva, apuesta decididamente por un modelo de infraestructuras de transporte despublificadas sujetas a regulación económica porque este modelo se adapta mejor a una nueva concepción de las mismas como empresas que realizan una actividad económica y facilita su explotación económica.

No obstante, también se ha analizado la viabilidad de una alternativa a la despublificación de las infraestructuras de transporte, que pasaría por la implantación de un régimen jurídico del dominio público singular para las

mismas, justificado precisamente por esta concepción como empresas que realizan una actividad económica y por la voluntad de implantar mecanismos que favorezcan su rentabilidad o valorización económica.

Se trataría de mantener el carácter demanial de las infraestructuras de transporte, pero sin la rigurosa aplicación de su régimen jurídico exorbitante que dificulta que puedan ser objeto de tráfico jurídico-privado y explotación económica, estableciendo para ello un estatuto jurídico propio en el que se modulasen las notas características del dominio público.

De hecho, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 5) admite la posibilidad de establecer un estatuto jurídico especial para determinados bienes de dominio público, distinto del régimen general, como podría ser el caso de las infraestructuras de transporte, cuando prevé que los bienes y derechos de dominio público se regirán preferentemente por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación.

Esta alternativa pasaría por descartar la interpretación según la cual, la afectación de los bienes a una determinada utilidad pública los excluye del tráfico jurídico-privado. La integridad de los bienes de dominio público no se consigue excluyéndolos del tráfico jurídico-privado, sino garantizando su afectación o vinculación permanente a una determinada finalidad, sea cual sea el tráfico jurídico que sobre los mismos se genere.

En cualquier caso, de acometerse esta alternativa, el estatuto jurídico especial que se estableciese para las infraestructuras de transporte debería, por un lado, acotar la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder o autorizar el uso y aprovechamiento de los bienes para no distorsionar la libre competencia de las actividades que se pretendan desarrollar sobre los mismos, así como las causas de su revocación, y por el otro, modificar el sistema de retribución que se exige por su utilización y aprovechamiento, de carácter tributario, por un modelo de prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario, que presenta dosis de mayor flexibilidad.

No obstante, esta alternativa analizada es poco aconsejable porque se corre el riesgo de desnaturalizar el dominio público y desvirtuar sus notas más características, convirtiendo esta figura en un simple *nomem iuris* para poderlo aplicar a situaciones para las que no estaba pensado. Por ello, pues, la decisión de establecer un nuevo régimen jurídico para las infraestructuras de transporte debe dar prioridad al modelo de regulación económica que se ha descrito.

24. La contrapartida al acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte y de las instalaciones de servicio es la obligación de pagar un precio por ello.

Tradicionalmente, este precio se ha configurado como una prestación patrimonial pública de carácter tributario –una tasa–, dado que se retribuye la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. Ello es así porque, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional, en especial a partir de la STC 185/1995, confluyen dos elementos: un monopolio público sobre los bienes y una imposición coactiva de los precios por parte del poder público.

Este continúa siendo el modelo vigente en el caso de las infraestructuras portuarias y ferroviarias. Sin embargo, en el caso de las infraestructuras aeroportuarias, si bien el precio que se paga también es una prestación patrimonial pública, ésta no tiene naturaleza tributaria al haberse suprimido el carácter demanial de estos bienes. A pesar de la despublificación de los bienes aeroportuarios, éstos continúan siendo un monopolio en manos del Estado a través de la sociedad mercantil estatal AENA SA que le permite imponer de forma unilateral el precio que se paga.

Sea como fuere, ya se trate de prestaciones patrimoniales públicas tributarias o no tributarias, su creación y la determinación de sus elementos esenciales debe respetar el principio de reserva de ley.



25. En el caso de las infraestructuras portuarias, al no existir en puridad una regulación detallada del derecho de acceso a las mismas y del precio a pagar por ello, como sí ocurre en los sectores ferroviario y aeroportuario, la ocupación, uso y aprovechamiento del dominio público portuario se retribuye, como los demás bienes demaniales, mediante el pago de tasas.

Ello supone, como sucede con todas las prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, que los elementos esenciales de las tasas portuarias deben estar fijados en la ley y que su actualización deba hacerse también por ley, generalmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Por ello, la intervención de las autoridades portuarias en la determinación del precio a pagar por la ocupación, uso y aprovechamiento del dominio público portuario es más bien escasa, dado que se reduce a la aplicación de determinadas bonificaciones y coeficientes correctores de las tasas en los supuestos y con los requisitos predeterminados en la ley. Las funciones de las autoridades portuarias se reducen, en definitiva, a la liquidación y recaudación de las tasas, sin ningún margen de decisión relevante.

26. En el caso de las infraestructuras ferroviarias, al haberse previsto el derecho de acceso a las mismas, se contempla como contrapartida la obligación de pagar un precio o canon por este acceso, que también tiene la naturaleza de tasa.

Los cánones ferroviarios se configuran como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario que se pagan por la utilización de las líneas de la RFIG, las estaciones de transporte de viajeros, las terminales de transporte de mercancías y las instalaciones de servicios. Como cualquier otra tasa, los elementos esenciales de los cánones ferroviarios deben estar previstos en la ley.

El papel del administrador de infraestructuras ferroviarias en materia de cánones ferroviarios también es escaso a pesar de que en el Derecho de la Unión Europea se considera una función esencial del administrador, el cual

debería estar facultado para tomar decisiones con el fin de garantizar su independencia, y sus decisiones deberían poderse revisar *a posteriori* por una autoridad independiente. Como ocurre en el sector portuario, las funciones del administrador de infraestructuras ferroviarias se limitan a la liquidación y recaudación de los cánones ferroviarios, sin ningún margen de decisión relevante. Ciertamente es que se reconoce al administrador de infraestructuras ferroviarias la facultad de realizar la propuesta de revisión de los cánones ferroviarios, y que con ello gozan de cierta iniciativa, pero la decisión última está en manos del Parlamento, dada la exigencia de reserva de ley al tratarse de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario. Ello pone de manifiesto, una vez más, el conflicto entre unos bienes de dominio público que son un monopolio en manos del Estado y los requerimientos del Derecho de la Unión Europea en materia de cánones ferroviarios. El dominio público exige que los precios a pagar por el uso y aprovechamiento de los bienes sean prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario y el Derecho de la Unión Europea exige que los precios a pagar por el acceso a las infraestructuras ferroviarias sean fijados por el administrador de infraestructuras ferroviarias, con control posterior a cargo de una Administración independiente.

Además de los cánones que se pagan por el acceso a las infraestructuras ferroviarias, la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público ferroviario comporta, como en el sector portuario, la obligación de pagar las correspondientes tasas, también predeterminadas por la ley.

27. En el caso de las infraestructuras aeroportuarias, el acceso, ocupación y utilización de los bienes e instalaciones exige el pago de tarifas aeroportuarias, que se configuran como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias al haber perdido estos bienes la condición de dominio público en 2010.

La actualización anual de estas tarifas aeroportuarias no se realiza en la actualidad a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino que se ha optado por un modelo de revisión tarifaria en el que se aplica sobre cada tarifa un porcentaje de actualización que resulta de la variación anual del ingreso máximo anual por pasajero (IMAAJ). Al respecto, el *Documento de*

*Regulación Aeroportuaria* (DORA), que se aprueba por el Consejo de Ministros, fija el ingreso máximo anual por pasajero (IMAP) para toda la red, aplicando al respecto una metodología de cálculo prevista en la ley que contempla los ingresos aeroportuarios necesarios (obtenidos con las prestaciones patrimoniales públicas) para cubrir el coste de los servicios aeroportuarios básicos, y sobre este IMAP AENA SA aplica los correctores (incentivos y penalizaciones) también previstos en el DORA, con el fin de determinar el IMAAJ, y una vez determinado el IMAAJ, que viene a ser la cuantía global que debe respetarse a la hora de actualizar las tarifas, se aplica sobre cada una de las tarifas existentes (en su día creadas por la Ley de Seguridad Aérea) el porcentaje que resulte de la variación del IMAAJ previsto para un ejercicio respecto al IMAAJ del año precedente.

Se trata, en definitiva, de un sistema de actualización anual de las tarifas en el que es la propia ley la que establece cómo debe hacerse mediante la aplicación de un determinado porcentaje cuyo cálculo también resulta de la ley, por lo que, en contra de las previsiones del Derecho de la Unión Europea, tampoco existe en el sector aeroportuario la posibilidad real de que cada gestor aeroportuario pueda establecer su propia política tarifaria pactada con los usuarios del aeropuerto y que con posterioridad las decisiones del gestor aeroportuario puedan ser revisadas por una autoridad independiente. La clave de este modelo tarifario está en la determinación del IMAAJ, que es el que permite aplicar anualmente sobre cada tarifa aeroportuaria un porcentaje para su actualización, y esto no es negociable con los usuarios del aeropuerto, e incluso la CNMC, en su función de revisión tarifaria, no puede apartarse del IMAAJ.

Por otro lado –y esta es una diferencia destacable respecto de los bienes portuarios y ferroviarios–, AENA SA percibe también precios privados por el uso de determinadas instalaciones aeroportuarias en vez de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias. No se comprende por qué teniendo la misma la naturaleza jurídica el conjunto de las instalaciones aeroportuarias y dándose la misma situación de monopolio en manos de AENA SA, la utilización de instalaciones para, por ejemplo, el embarque y desembarque de pasajeros

genera la obligación de pagar una prestación patrimonial pública no tributaria y, por el contrario, la utilización de espacios para oficinas, almacenes o hangares obliga a pagar un precio privado. No existe en los aeropuertos de AENA SA una pluralidad en la oferta de instalaciones y los precios que se pagan revisten la misma nota de la coactividad en uno y otro caso, por lo que, en puridad, todos estos precios deberían ser tratados como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

28. Lo más característico de este modelo de precios que se pagan por el acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte es el escaso margen del que dispone cada gestor o administrador de las mismas, que simplemente se limita a ejercer funciones de liquidación y cobro, sin ninguna capacidad real de negociarlos con los usuarios y de adaptarlos a las necesidades de explotación comercial de la infraestructura.

A pesar de que el Derecho de la Unión Europea exige en el sector aeroportuario que se arbitre un procedimiento de consulta con los usuarios de las infraestructuras para negociar los precios de acceso, y que en el sector ferroviario el administrador de la infraestructura goce de independencia en la toma de decisiones en materia de cánones, la realidad demuestra que los precios acaban siendo fijados unilateralmente por el poder público mediante fórmulas predeterminadas por la ley. Ello impide que se puedan despojar de su carácter coactivo y que, por consiguiente, no puedan escaparse de su configuración como prestaciones patrimoniales de carácter público, tributarias o no tributarias en función de la naturaleza jurídica de los bienes.

Este modelo de prestaciones patrimoniales públicas diseñado en nuestro país no deja ningún margen de maniobra al administrador o gestor de cada infraestructura de transporte para que pueda desarrollar una política comercial propia en materia de precios que le permita maximizar su explotación, especialmente en el caso de las franjas horarias menos solicitadas. A pesar de que las infraestructuras de transporte actúan como empresas, el actual modelo de prestaciones patrimoniales públicas les impide, como cualquier otra empresa, que puedan buscar la rentabilidad con sus actividades y optimizar al

máximo la explotación de sus instalaciones, compitiendo en precios y en oferta de servicios para atraer el tráfico de personas y mercancías.

No existe, en definitiva, una firme voluntad de nuestras autoridades públicas de ajustarse a los postulados del Derecho de la Unión Europea, que exigen en esta materia que el administrador o gestor de las infraestructuras de transporte esté dotado de cierto margen de decisión a la hora de fijar los precios y que con posterioridad sus decisiones puedan ser revisadas por una autoridad independiente, con facultad incluso para modificarlos de forma vinculante. Tampoco existe la voluntad de adaptar el modelo de precios a la nueva concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que ofrecen unas instalaciones y prestan determinados servicios a sus usuarios, para las que no sirve el actual modelo de prestaciones patrimoniales públicas.

29. Frente a este modelo de precios por el acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte, la tesis doctoral plantea que se configuren como precios regulados establecidos en ejercicio de una potestad de regulación, que huya de la actual concepción como precios coactivos, si bien también se analiza como alternativa la posibilidad de generalizar el modelo de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias para todas las infraestructuras de transporte, siguiendo el modelo aeroportuario.

30. Es difícil que se pueda multiplicar la existencia de infraestructuras de transporte en una misma área de influencia que, en manos de distintos propietarios, compitan entre sí en precios y servicios ofrecidos. Lo más probable es que las grandes infraestructuras de transporte continúen siendo un monopolio, porque desde el punto de vista económico, urbanístico y medioambiental, no resulta viable que se dupliquen.

Sin embargo, aceptando esta realidad, se puede implantar un modelo diferente que huya de la imposición coactiva de los precios por parte del poder público. Con sujeción a un determinado marco regulador, es perfectamente posible concebir un modelo de precios de acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte basado no en la imposición coactiva del titular de

la infraestructura, sino en la negociación con sus usuarios a través de un procedimiento transparente de consulta que permita llegar a acuerdos o que, ante el desacuerdo, sean fijados por el administrador o gestor de cada infraestructura dentro de los parámetros y límites impuestos por dicho marco regulador, con especial obligación de motivación para facilitar el control posterior a cargo de una autoridad independiente.

La implantación de un modelo de precios regulados de estas características debería cumplir los siguientes puntos:

1º) Los precios de acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte deben ser regulados al no existir una competencia suficiente entre infraestructuras que permita que sea el mercado el que los fije. Las infraestructuras de transporte se conciben como un servicio de interés económico general y ello justifica que el Estado los regule para evitar que supongan una distorsión de la competencia y una barrera de acceso al mercado.

2º) Debe cuestionarse el mantenimiento de las infraestructuras de transporte dentro del dominio público porque los bienes demaniales están fuera del tráfico jurídico-privado y constituyen un monopolio en manos del Estado, lo cual, en buena lógica, hace pensar que se trata de precios coactivos y ello dificulta que se pueda implantar un modelo alternativo de precios regulados que pivote sobre una negociación transparente entre el gestor de la infraestructura y sus usuarios y el posterior control por una autoridad independiente.

3º) No es suficiente con despublificar las infraestructuras de transporte de dominio público si el Estado mantiene igualmente el control sobre los bienes a través de otras fórmulas, como serían las sociedades estatales de capital mayoritariamente público (caso de AENA SA). Lo realmente relevante es que se suprima la imposición coactiva de los precios.

4º) Debe generalizarse un mecanismo de negociación de precios entre el administrador o gestor de la infraestructura de transporte y sus usuarios que

permita llegar a acuerdos en materia de precios, de forma individual o colectiva, bajo los principios de suficiencia, objetividad, transparencia y no discriminación, debiéndose motivar los desacuerdos y la correspondiente fijación de los precios por el administrador o gestor de la infraestructura para facilitar el posterior control a cargo de una autoridad independiente.

5º) La regulación de los precios de acceso a las infraestructuras de transporte debe limitarse al establecimiento de unos parámetros y principios generales que deben observar los titulares de cada infraestructura, dentro de los cuales puedan establecer su política comercial de precios con el fin de poder optimizar la explotación de los bienes. En este sentido, el marco regulador puede establecer unos precios con carácter de máximos que luego pueden ser concretados por el administrador o gestor de la infraestructura, o puede determinar los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener.

6º) El gestor o administrador de cada infraestructura de transporte no puede ver limitadas sus funciones a las de simple liquidador o recaudador de los precios, sino que debe estar facultado para tomar decisiones de manera independiente.

7º) Debe preverse un sistema de control de los precios así fijados a cargo de una autoridad independiente y profesionalizada, cuyas decisiones deben ser vinculantes.

8º) Debe optarse por una gestión independiente de cada infraestructura, con la facultad de cada gestor o administrador para decidir su política de precios. Sólo así se favorecerá la existencia de un mercado de infraestructuras que compitan entre sí para atraer el tráfico de personas y mercancías.

9º) Debe repensarse el modelo de subvenciones cruzadas entre infraestructuras, contrario al principio de suficiencia u orientación a costes. El modelo de caja única, en el que los mayores ingresos generados por algunas infraestructuras financian a otras con menos ingresos, supone una distorsión

de la competencia. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público para afrontar esta realidad, con previsión de los oportunos mecanismos de compensación.

31. Los precios fijados en estos términos, dentro de un marco de regulación económica, no obedecen a un modelo de precios impuestos unilateralmente por el poder público, por lo que no se pueden considerar precios coactivos, desde el preciso instante en que dichos precios se negocian y se pactan entre el administrador o gestor de la infraestructura y sus usuarios.

Cierto es que, a falta de acuerdo, será en última instancia el administrador o gestor de la infraestructura el que adopte la decisión de los precios a pagar, pero ello no los convierte sin más en precios coactivos si su fijación se ajusta a determinados parámetros y principios preestablecidos por el regulador, se ha seguido un procedimiento transparente de consultas y negociación, se exige la motivación de la decisión que se adopte y finalmente se prevé la posibilidad de un control *a posteriori* por parte de una autoridad independiente, que puede adoptar decisiones vinculantes que supongan su modificación.

Se trata, en definitiva, de precios adoptados en ejercicio de una potestad de regulación al amparo de cada ley sectorial.

32. Para poder implantar este modelo de precios regulados alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas, el carácter de dominio público de las infraestructuras de transporte se presenta como un obstáculo, porque el Tribunal Constitucional identifica el dominio público con la imposición coactiva del precio a pagar por su uso. Existe un monopolio del Estado sobre estos bienes sin la concurrencia de otros titulares que permita a los operadores de transporte escoger en función del precio u otros elementos. Es el Estado quien otorga los títulos que habilitan el uso y ocupación de estos bienes y es el mismo quien fija de manera unilateral los precios de acceso y utilización.

Este modelo está fuera de toda lógica comercial. En un entorno de competencia entre infraestructuras de transporte, especialmente en el ámbito



internacional, que buscan atraerse el tráfico de personas y mercancías, no se ajusta a la realidad que los ingresos que pueden percibirse sigan teniendo la calificación y el trato de prestaciones patrimoniales públicas, cuyas cuantías se fijan por ley, generalmente anual, o con fórmulas predeterminadas por la ley, sin ningún margen de decisión para el administrador o gestor de cada infraestructura para poderlas adaptar en todo momento en función de sus intereses comerciales.

El modelo de precios por el uso de las infraestructuras de transporte que deriva del Derecho de la Unión Europea se inspira en la independencia del administrador o gestor de cada infraestructura, que debe estar facultado para tomar decisiones, y en este modelo no encajan las prestaciones patrimoniales públicas tributarias o no tributarias. Del mismo modo, el modelo vigente en España no se ajusta a una concepción de las infraestructuras de transporte como empresas, que deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La facultad de cada administrador o gestor de infraestructuras de transporte de tomar sus decisiones en materia de precios es la idea que subyace en el Derecho de la Unión Europea, y esto es precisamente lo que nuestro legislador no acaba de incorporar al derecho interno, posiblemente porque no se cree el modelo europeo.

Por ello, debe plantearse la opción de prescindir del régimen demanial de las infraestructuras de transporte y optar por unas infraestructuras sujetas a regulación económica, pues ello permitirá prescindir de las prestaciones patrimoniales públicas e implantar un sistema de precios regulados que debe pivotar sobre su negociación transparente con los usuarios para evitar que sean el fruto de una imposición coactiva del poder público.

33. Según se apuntaba, como alternativa a la despublificación de las infraestructuras de transporte que facilitaría la implantación de un modelo de precios regulados, la tesis analiza la posibilidad de mantener su carácter demanial, pero reinterpreta su régimen jurídico exorbitante, en especial la regla de la inalienabilidad, en el sentido de que su exclusión del tráfico jurídico-privado no debe impedir que el gestor o administrador de la infraestructura

negocie los precios de acceso, ocupación y utilización con sus usuarios dentro de un marco de regulación.

No obstante, además de las dificultades apuntadas de implantar un régimen jurídico del dominio público singular para las infraestructuras de transporte, este modelo de precios regulados no se ajusta al actual régimen jurídico previsto en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que exige el pago de una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, por lo que para su implantación debería preverse en una ley especial que ordenase el derecho de acceso a las infraestructuras y el precio a pagar por ello, al margen de las prestaciones patrimoniales públicas, con las dificultades que ello entraña a la vista de la doctrina sentada por la STC 185/1995.

También en este caso se trataría de precios regulados fijados al amparo de una ley sectorial.

34. Existe, finalmente, la posibilidad de generalizar el modelo de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias para todas las infraestructuras de transporte, aplicadas actualmente en el caso de los aeropuertos.

El legislador tiene, en principio, libertad para determinar los supuestos que se configuran como tributos o como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, pues la Constitución no impone ningún criterio. Sin embargo, ello debería pasar por una despublificación de los bienes ferroviarios y portuarios, porque, en caso contrario, al haberse previsto con carácter general que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público se retribuye con el pago de una tasa, la sujeción de los bienes ferroviarios y portuarios al pago de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias puede presentar problemas con el principio de igualdad en la ley. Sería cuestionable que frente al régimen general que exige el pago de una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, en el caso de los bienes ferroviarios y portuarios se exigiese, siendo también bienes de dominio

público, una prestación patrimonial pública no tributaria, salvo que existan motivos objetivos y razonables para brindar un trato diferente. Y aquí es donde nuevamente podría entrar en juego la particularidad apuntada de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica.

El modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias debe respetar igualmente el principio de reserva de ley, si bien el Tribunal Constitucional ha matizado que se trata de una reserva relativa, que es especialmente intensa en este caso. Ello pasa por establecer en el marco regulador los criterios o límites que debe respetar el administrador o gestor de la infraestructura a la hora de tomar decisiones en materia de precios.

Se trata, en definitiva, de un modelo intermedio entre el régimen jurídico vigente que califica los precios de acceso, ocupación y utilización de las infraestructuras de transporte como prestaciones patrimoniales públicas tributarias y la opción de calificarlos como precios privados regulados.

35. En conclusión, debe afrontarse sin demora un cambio de régimen jurídico de las infraestructuras de transporte, no ya sólo por la incompatibilidad del dominio público con unas infraestructuras que actúan como empresas y por la necesidad de favorecer su explotación económica, sino también por las tensiones que un modelo basado en el dominio público y las prestaciones patrimoniales públicas está generando con la Comisión Europea e incluso con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, en el sector ferroviario, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10), que condenó a España por incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE, ya puso de manifiesto la disyuntiva que se plantea entre el modelo de infraestructuras de transporte de dominio público y la fijación de los cánones ferroviarios.

En este asunto, la Comisión Europea cuestionó que el importe de los cánones por el acceso a las infraestructuras ferroviarias se determinase íntegramente

mediante una Orden ministerial, y que las únicas funciones reconocidas a ADIF fuesen tan sólo el cálculo del importe de cada canon, aplicando para ello una fórmula previamente fijada por el Ministerio de Fomento, y su posterior cobro (funciones de liquidación y cobro). La Comisión, en definitiva, cuestionaba que ADIF no dispusiera de *“ningún margen de discrecionalidad para modular el importe del canon en cada caso concreto”*.

Frente a ello, España defendió que los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias eran tasas, esto es, un tributo por la utilización privativa del dominio público ferroviario, cuyos elementos esenciales debían regularse en la ley, llegando a afirmar que *“la interpretación propuesta por la Comisión es difícilmente compatible con el marco de la legislación española vigente, a menos que se modificara radicalmente la normativa administrativa y tributaria nacional”*.

Así pues, el asunto controvertido ponía de manifiesto la contradicción insalvable entre, por un lado, los cánones ferroviarios concebidos como prestaciones patrimoniales públicas tributarias, y por el otro, el modelo de precios de acceso a las infraestructuras ferroviarias previsto en el Derecho de la Unión Europea.

Finalmente, la citada Sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que, para garantizar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias, a éste debía corresponder la determinación –no sólo la liquidación– de los cánones ferroviarios y su posterior cobro, mientras que al Estado sólo le incumbía establecer el marco de tarifación, pues sólo de este modo se garantizaba al administrador de infraestructuras ferroviarias la utilización de los cánones como instrumento de gestión. Es más, para el Tribunal, el modelo de cánones ferroviarios vigente en nuestro país era incompatible con la posibilidad de posterior revisión de las decisiones del administrador de infraestructuras ferroviarias a cargo de una autoridad independiente.

Las tensiones con la Comisión Europea se reprodujeron cuando se abrió un nuevo expediente a España (Infracción nº 20150281) por no transponer correctamente la Directiva 2012/34/UE en lo que se refiere, entre otras cuestiones, a las competencias del organismo regulador y a la independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias, especialmente en lo que respecta a la fijación de los cánones por el acceso a las infraestructuras, aunque en esta ocasión, tras emitirse el dictamen motivado en junio de 2017, finalmente se cerró el asunto en abril de 2019.

En el sector aeroportuario, el modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias vigente también está causando tensiones con la Comisión Europea, que desde febrero de 2017 tiene abierto un procedimiento de infracción a nuestro país (Infracción nº 20164135) por incorrecta transposición de la Directiva 2009/12/CE, habiéndose remitido ya la carta de emplazamiento previa al dictamen motivado (art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La Comisión Europea, por un lado, cuestiona el procedimiento de consulta a los usuarios para la fijación de las tasas aeroportuarios en los aeropuertos españoles, que no se ajustaría a dicha Directiva al considerarlo poco transparente, y por el otro, plantea reservas por los poderes reconocidos a la autoridad independiente (la CNMC).

36. La tesis, en definitiva, supone un avance en la forma que deben tratarse las infraestructuras de transporte, al proponer su despublicación y la sujeción a otro título de intervención distinto, como es la regulación económica, más conforme con la actual concepción de las mismas como empresas que realizan una actividad económica y con sus necesidades de explotación, y más proclive a otorgar al gestor de cada infraestructura un margen de decisión en lo que se refiere a la fijación de los precios de acceso, como exige el Derecho de la Unión Europea.

La tesis doctoral, por otro lado, no aborda en profundidad uno de los aspectos sólo enunciados, relativo a la obligación de servicio público consistente en la construcción, ampliación y mantenimiento de las infraestructuras de transporte despublicadas y la financiación de esta obligación, pues ello puede dar lugar a

una nueva tesis centrada en exclusiva en este extremo, lo cual se deja apuntado como sugerencia para un futuro desarrollo del tema.

## BIBLIOGRAFÍA

Acero Iglesias, P., *Organización y Régimen Jurídico de los Puertos Estatales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Acero Iglesias, P., “*Incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*”, en VVAA, *La nueva legislación portuaria (Comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General)*, Atelier-Consorcio Zona Franca de Vigo, 2004.

Aguallo Avilés, A., “*Un criterio jurídico para delimitar tasas y precios: la dicotomía prestación espontánea-prestación impuesta*”, en VV.AA, *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español (XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario)*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1991.

Aguallo Avilés, A., *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 1992.

Aguallo Avilés, A. y Bueno Gallardo, E., “*La reserva de ley establecida en el art. 31.3 CE: naturaleza y alcance*”, en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (directores), *Comentarios a la Constitución española*, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008.

Albuquerque Sacristán, J.M., “*Protección de bienes de dominio público: Experiencia administrativa romana*”, en Fernández de Buján, A. (director), *Derecho administrativo histórico*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005.

Alonso Soto, R., “*La desregulación en el sector portuario: el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia*”, en *Ekonomiaz*, nº 37, 1997.

Álvarez-Gendín, S., *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1956.

Alli Aranguren, J.C., “*La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización*”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

Arcenegui, I. y Cosculluela, L., “*La Empresa Nacional Iberia y la nacionalización del transporte aéreo*”, en RAP, nº 58, 1969.

Ariño Ortiz, G., *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976.

Ariño Ortiz, G., *Prólogo a la obra de Villar Rojas, F.J., Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000.

Ariño Ortiz, G. y De la Cuétera Martínez, J.M., “*Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, 2000.

Ariño Ortiz, G. y Villar Ezcurra, J.L., “*Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio*”, en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, 2000.

Ariño Ortiz, G., “*Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial*”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.



Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, 3ª ed. ampliada, Granada, 2004.

Ariño Ortiz, G., “*Fallos y logros de los sistemas regulatorios*”, en *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, Círculo de Empresarios y Fundación Rafael del Pino, Madrid-Barcelona, 2006.

Ariño Ortiz, G. y De la Cuétara, J.M., “*Congreso mundial sobre regulación económica. Rapport final: conclusiones y recomendaciones (Sevilla, 1996)*”, en Ariño Ortiz, G., De la Cuétara, J.M. y Del Guayo Castiella, I., *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

Auby, J.M., *Droit administratif des biens. Domaine public et privé. Travaux et ouvrages publics. Expropriation*, Dalloz, 5ª ed., Paris, 2008.

Ávila Rodríguez, C.M., “*Perspectivas de cambio en la gestión aeroportuaria tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*”, en RDT, nº 14, 2014.

Azofra Vegas, F., “*La financiación privada de infraestructuras públicas*”, en REDA, nº 96, 1997.

Ballbé Prunes, M., voz “*Dominio público*”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VII, Seix, 1980.

Barquero Estevan, J.M. y García Martínez, A., “*Las tarifas y cánones portuarios desde la perspectiva de la reserva de ley*”, en *Revista Técnica Tributaria*, nº 51, 2000.

Bel i Queralt, G. y Estruch Manjón, A., “*Liberalización, privatización y desregulación*”, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y*

*competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013.

Bermejo Vera, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, Tecnos, Madrid, 1975.

Bermejo Vera, J., “*Empresas Ferroviarias y Agentes Prestadores del Transporte. El Derecho de Acceso*”, en Montoro Chiner, M.J. (coordinadora), *Infraestructuras Ferroviarias del Tercer Milenio*, CEDECS, Barcelona, 1999.

Betancor, A., *Regulación: mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

Boulet-Sautel, M., “*De Choppin a Proudhon: naissance de la notion moderne de domaine public*”, en *Droits*, nº 22, 1995.

Bustillo Bolado, R.O., *Los agentes del sector ferroviario en el nuevo marco regulador*, en Magdalena Anda, J.A. (coordinador), *La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario*, Reus S.A., Madrid, 2005.

Bustillo Bolado, R.O., *Nacimiento y evolución del ferrocarril y su régimen jurídico en España. De las primeras líneas (privadas) en el siglo XIX a la nacionalización en el XX y la liberalización del sector en el XXI*, Dykinson, Madrid, 2013.

Caballero Sánchez, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.

Caballero Sánchez, R., “*Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto*”, en Santamaría Pastor, J.A. (director) y Caballero Sánchez, R. (coordinador), *Las técnicas de*

*regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, Madrid, 2011.

Calatayud Prats, I., “*El nuevo régimen de los aeropuertos: una privatización incompleta*”, en REDA, nº 37, 2014

Cambó y Batlle, F., *Elementos para el estudio del problema ferroviario en España*, Artes Gráficas Mateu, Madrid, 1918.

Canals i Ametller, D., “*Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general*”, en REDA, nº 158, 2013.

Cano Campos, T., “*El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención*”, en VVAA (coordinador T. Cano Campos), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VIII, *Los sectores regulados*, volumen I, Iustel, Madrid, 2009.

Carlón Ruiz, M., “*El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia*”, en Fernández Farreres, G. (coordinador), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004.

Casamitjana Olivé, C., *Análisis jurídico de la competencia en el mercado aeroportuario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Castán Pérez-Gómez, S., “*A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano*”, en *Derecho y opinión*, nº 3-4, 1995-1996.

Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 1996.

Castán Pérez-Gómez, S., “*De la romana institución de la publicatio a la actual noción de afectación*”, en REDA, nº 96, octubre-noviembre de 1997.

Clavero Arévalo, M.F., *La inalienabilidad del dominio público*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1958.

Colmeiro, M., *Derecho Administrativo español*, tomo II, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid y Santiago de Compostela, 1850 (reeditado por Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, informe *El sector aeroportuario en España: situación actual y recomendaciones de liberalización*, julio de 2014.

Coscolluela Montaner, L., *Administración Portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973.

De la Cruz Ferrer, J., “*El problema de las garantías jurídicas en la financiación privada de infraestructuras*”, en *Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996.

De la Cruz Ferrer, J. y Llorente Caballero, A., “*La competencia en los puertos y el transporte marítimo*”, en Fernández Farreres, G. (coordinador), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004.

De la Cuétara Martínez, J.M., “*Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (Un ensayo de prospectiva jurídica)*”, en *Revista Galega de Administración Pública*, nº 1, 1992.

De la Cuétara Martínez, J.M., “*Sobre las infraestructuras en red*”, en REDETI, nº 1, 1998.

De la Cuétara Martínez, J.M., *“El régimen tarifario”*, ponencia presentada en las *Jornadas Internacionales sobre telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Santiago de Compostela, 11 y 12 de febrero de 1999.

De la Cuétara Martínez, J.M., *“Sobre la competencia en y entre redes”*, en REDETI, nº 10, 2001.

De la Cuétara Martínez, J.M., *“Uso y abuso del Derecho indicativo en la regulación económica”*, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

De la Cuétara Martínez, J.M. y Villar Rojas, F.J., *“La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos”*, en Ariño Ortiz, G., De la Cuétara, J.M. y Del Guayo Castiella, I., *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., *“Servicios públicos versus servicios de interés económicos general tras el Tratado de Ámsterdam”*, en *Boletín Aranzadi Administrativo*, nº 4, 1998.

De la Riva, I.M., *“La titularidad de las infraestructuras (entre el dominio público y las restricciones a la propiedad privada)”*, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

De la Serna Bilbao, M.N., *“La desafectación del dominio público aeroportuario”*, en Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (directores), *Derecho de los bienes públicos*, volumen II, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

De Quinto, J., *“Principios económicos de tarifación”*, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

De Rojas Martínez-Parets, F., *El régimen de los puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

De Rus, G., “Regulación de precios en infraestructuras y servicios de transporte”, en *Papeles de Economía Española*, nº 82, 1999.

De Valles, A., “Inalienabilità del demanio pubblico”, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 2, 1914.

Del Guayo Castiella, I., “La privatización de bienes públicos. Algunas reflexiones sobre la “Coal Industry Act 1994””, en *Working Paper*, nº 4, Programa de Estudios de Regulación Económica, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1995.

Del Guayo Castiella, I., “Tarifas, peajes y cánones del gas natural”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

Del Guayo Castiella, I., “La regulación económica como alternativa”, en REDA, nº 130, abril-junio de 2006.

Del Guayo Castiella, I., *Regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Del Guayo Castiella, I., “La regulación y sus tareas”, en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A.M. y Descalzo González, A. (coordinadores), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018.

Demsetz, H., “Why regulate utilities?”, en *Journal of Law and Economics*, volumen 11, nº 1, 1968.

*Digitalizing the port call process*, Transport and Trade Facilitation, Series No 13, United Nations Conference on Trade and Development, Ginebra, 2020.

Eguinoa de San Román, R., *La gestión de los puertos de interés general*, Atelier, Barcelona, 2012.

Eguinoa de San Román, R., *Derecho comunitario y puertos de interés general. Un análisis del modelo portuario estatal a la luz del Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*, Atelier, Barcelona, 2017.

Eguinoa de San Román, R., “*La gestión de las infraestructuras portuarias a la luz de las disposiciones comunitarias sobre puertos*”, en Recuerda Girela, M.A., *Anuario de Derecho Administrativo 2020*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

Eguinoa de San Román, R., “*Reflexiones para una reforma de la legislación de puertos de interés general*”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 56, 2021.

Esteve Pardo, J., “*Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1991 (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/1989)*”, en *REDA*, nº 74, 1992.

Esteve Pardo, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio Público y explotación comercial*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.

Esteve Pardo, J., “*El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente*”, en Cosculluela Montaner, L. (coordinador), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

Esteve Pardo, J., “*La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias*”, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.

Esteve Pardo, J., “*Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general*”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012.

Falcón y Tella, R., “*Las prestaciones patrimoniales públicas en favor de AENA: ¿tasas o precios privados?*”, en *Quinzena Fiscal*, nº 9/2012, editorial Aranzadi.

Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, Civitas Thomson Reuters, 14ª ed., Cizur Menor, 2011.

Fernández de Velasco, R., “*Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou*”, en *Revista de Derecho Privado*, 1921.

Fernández de Velasco, R., “*Sobre la incorporación al Código civil español de la noción del dominio público*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, nº 8-11, 1942.

Fernández García, M.Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003.

Fernández Junquera, M., “*Precios públicos y reserva de ley. Comentario a la sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional*”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 243, de 25 de abril de 1996.

Fernández, T.R. y Santamaría, J.A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.



Fernández Rodríguez, T.R., *“Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy*, en RAP, nº 150, 1999.

Fernández Scagliusi, M.A., *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid, 2015.

Fernández Torres, I., *“La privatización de AENA a examen. Algunas cuestiones desde la perspectiva del derecho de la competencia”*, en Petit Lavall, M.V. y Puetz, A. (directores), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons y Universitat Jaume I, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2015.

Fernando Pablo, M.M., *“Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”*, en RAP, nº 143, 1997.

Ferreiro Lapatza, J.J., *“Tasas y precios públicos: La nueva parafiscalidad”*, en *Revista española de Derecho financiero*, nº 64, 1989.

Font i Llovet, T., *“La ordenación constitucional del dominio público”*, Martín-Retortillo Baquer, S. (coordinador), en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, tomo V, Civitas, Madrid 1991.

Franch i Saguer, M., *“Imbricación del dominio público y privado”*, en RAP, nº 139, 1996.

Fuentes Bodelón, F., *Derecho administrativo de los bienes (Dominio público y Patrimonio)*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977.

Gallego Anabitarte, A., Menéndez Rexach, A. y Díaz Lema, J.M., *El derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986.

García-Andrade Gómez, J., *“La regulación de los precios aeroportuarios en el modelo de gestión privatizada. La disyuntiva entre el cumplimiento de las exigencias constitucionales y del Derecho europeo”*, en *Jornadas Regulación y*

*competencia en servicios de interés general* organizadas por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 23 y 24 de noviembre de 2012.

García-Andrade Gómez, J., *“Regulación de precios aeroportuarios: reserva de ley y liberalización económica”*, en Ruiz Ojeda, A. (director) y Zamora Roselló, M.R. (coordinadora), *Regulación y competencia en servicios de interés económico general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos*, Universidad de Málaga – Debates, 2017.

García de Enterría, E., *“Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”*, en RAP, nº 12, 1953.

García de Enterría, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, 4ª ed., Cizur Menor, 2007.

García-Trevijano Fos, J.A., *“Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”*, en RAP, nº 29, 1959.

García Moreno, A., *“Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. La importancia de la coactividad y del régimen de prestación del servicio público como determinante de la naturaleza de la contraprestación percibida”*, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, nº 49, 2019.

García Pérez, J., *Nuevo marco jurídico del sector ferroviario. Estudio de la Ley del Sector Ferroviario y demás normas de desarrollo*, Editorial Reus, Madrid, 2010.

Garrido Falla, F., *“La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del Gobierno en Norteamérica”*, en RAP, nº 3, 1950.

Garrido Falla, F., *“Sobre el régimen del dominio público”*, en *Problemática de la Ciencia del derecho: estudios en homenaje al profesor José Mª Pi y Suñer*, Bosch, Barcelona, 1962.

Garrido Falla, F., “Comentarios a los artículos 338 a 345 del Código Civil”, en Albaladejo, M. (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, volumen I, Revista de Derecho Privado – EDERSA, 1980.

Garrido Falla, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en REDA, nº 29, 1981.

Garrido Falla, F., “¿Crisis de la noción de servicio público?”, en Cosculluela Montaner, L. (coordinador), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

Gaudemet, Y., “El futuro del Derecho de las propiedades públicas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 40, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000.

Gaudemet, Y., “Du domaine de la Couronne au domaine public. Étude d’histoire des doctrines”, en VV.AA., *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l’honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007.

Gómez Puente, M., “Ordenación jurídico-administrativa de los servicios de transporte aéreo”, en Fernández Farreres, G. (coordinador), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004.

Gómez Puente, M., *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*, Fundación AENA y Iustel, Madrid, 2006.

Gómez Puente, M., “La infraestructura aeroportuaria: regulación y competencia”, en Carlón Ruiz, M. (directora), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre,*

*del Sector Eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

Gómez-Ferrer Rincón, R., *“Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria”*, en López Ramón, F. (coordinador), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

Gómez-Ferrer Rincón, R., *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

González-Deleito Domínguez, N. y Araujo Barceló, A., *“La entrada de capital privado en AENA Aeropuertos, S.A.: ¿operación patrimonial o establecimiento de una colaboración público-privada?”*, en Recuerda Girela, M.A. (coordinador), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

González García, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

González García, J.V., *“Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas”*, en González García, J.V. (director), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2009.

González-Varas Ibáñez, S., *“Privatización de las infraestructuras”*, en *Derecho privado y Constitución*, nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-diciembre de 2001.

González-Varas Ibáñez, S., “Claves del nuevo Derecho administrativo económico”, en REDA, nº 135, 2007.

González Sanfiel, A.M., “La evolución reciente del dominio público: su afirmación como título de potestad”, en *Revista del Foro Canario*, nº 63, 1996.

González Sanfiel, A.M., “La financiación de la infraestructura portuaria”, comunicación presentada en el *XI Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en Barcelona-Girona del 26 al 28 de septiembre de 1996, Cedecs, Barcelona, 1998.

González Sanfiel, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.

González Sanfiel, A.M., “Competencia en las infraestructuras y nuevo régimen para las de dominio público”, en *VV.AA, Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001.

González Sanfiel, A.M., “Cánones y tarifas portuarias y aeroportuarias”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

González-Berenguer Urrutia, J.L., “Sobre la crisis del concepto de dominio público”, en *RAP*, nº 56, mayo-agosto de 1968.

Hernández, J.C., *Regulación y competencia en el sector eléctrico. Evolución, regulación actual y perspectivas de futuro*, Thomson-Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2005.

Iglesias, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Ariel, 6ª ed. revisada y aumentada, Barcelona-Caracas-México, 1972.

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., “España, en entredicho de Europa. La peripecia de las tarifas aeroportuarias (la Sentencia de la Audiencia Nacional

de 15 de febrero de 2016 y concordantes)”, en Parejo Alfonso, L. y Vida Fernández, J. (coordinadores), *Los retos del Estado y la administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017.

Jiménez de Cisneros Cid, F.J., “*Tasas y Precios Públicos en el Ordenamiento español*”, en *III Jornadas de estudio sobre presupuesto y contabilidad de las entidades locales*, celebradas en Sevilla los días 11 a 13 de noviembre de 1987, convocadas por el Instituto de Estudios de Administración Local.

Jiménez de Cisneros Cid, F.J., “*Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público*”, en VV.AA, *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001.

Jiménez de Cisneros Cid, F.J., “*A propósito del dominio público portuario*”, en Jiménez de Cisneros Cid, F.J. (director), *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, volumen II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Jiménez Compaired, I., “*Sobre el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público*”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario sobre Propiedades Públicas, 2006.

Jordà Fernández, A., *El derecho portuario en la historia (De los orígenes a la codificación)*, Autoritat Portuària de Tarragona, Tarragona, 2008.

La Spina, A. y Majone, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000.

*Las siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*, impresas en Salamanca en el año 1555, edición realizada por el Boletín Oficial del Estado en 1974.

Laguna de Paz, J.C., “*La regulación del mercado. Lecciones para alumnos díscolos*”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñoz, J.L. y Villar

Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

Lavialle, C., “*Le domaine public: une catégorie juridique menacée?*”, en *Revue Française de Droit Administratif*, nº 15, 1999.

Linde Paniagua, E., “*La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos*”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2º semestre 2004.

Litado Lledó, R., “*El nuevo concepto legal de prestación patrimonial de carácter público*”, en *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, nº 11, 2018.

López de Castro García-Morato, L., “*Las tarifas eléctricas: el caso español*”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

López Menudo, F., “*Construcción y gestión de infraestructuras en materia de transporte por ferrocarril (El Tren de Alta Velocidad. El caso español)*”, Ponencia presentada en el *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona-Girona, 26-28 de septiembre de 1996, publicado en *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, CEDECS, Barcelona, 1998.

López Ramón, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Thomson Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2012.

Lozano Serrano, C., “*Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público*”, en *Revista española de Derecho Financiero*, nº 97, 1998.

Malaret i García, E., “*Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)*”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003.

Malaret i García, E., “*Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica*”, en *Diritto Pubblico*, 2/2008.

Malaret i García, E., “*Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la administración*”, en Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A.M. y Descalzo González, A. (coordinadores), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018.

Maresca, D., *Regulation of Infrastructure Markets. Legal Cases and Materials on Seaports, Railways and Airports*, Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2013.

Martín Fernández, J., “*Los precios públicos y el principio de reserva de ley desde una perspectiva constitucional*”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 47, 1997.

Martín Rebollo, L., “*De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*”, en *RAP*, nº 100-102, 1983.

Martín Rebollo, L., “*Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)*”, en Cosculluela Montaner, L. (coordinador), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

Martín Rebollo, L., “*Treinta años de Derecho Administrativo español (Una primera aproximación a los principales cambios producidos)*”, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

Martínez López-Muñiz, J.L., “*Nuevo sistema conceptual*”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 3, 1999.



Meilán Gil, J.L., *“La idea del servicio público: mito, categoría, misión”*, en De la Cuétara Martínez, J.M., Martínez López-Muñiz, J.L. y Villar Rojas, F.J. (coordinadores), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011.

Menéndez Moreno, A., *“Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Un análisis de la noción de las mismas en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”*, en Revista Quincena Fiscal, año 2018, nº 1-2 enero.

Menéndez Rexach, A., *“El dominio público portuario estatal”*, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº 145 bis, Número especial monográfico sobre puertos, 1995 (año XXIX).

Menéndez Rexach, A., *“El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho público español”*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, 2004.

Menéndez Rexach, A., *“El régimen del dominio público portuario en la nueva Ley”*, en VVAA, *La nueva legislación portuaria (Comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General)*, Atelier-Consorcio Zona Franca de Vigo, 2004.

Millán Pereira, J.L., *“Regulación económica, competencia e incentivos”*, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013.

Montero Pascual, J.J., *“Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”*, en REDA, nº 92, 1996.

Montero Pascual, J.J., *“Acceso a la red ferroviaria”*, en Guillén Caramés, J. (director), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley*

39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Montero Pascual, J.J., “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, en REDETI, nº 30, 2007.

Montero Pascual, J.J., *Derecho de las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.

Montero Pascual, J.J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

Montero Pascual, J.J., “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013.

Montero Pascual, J.J., “Reordenación de las competencias regulatorias en el sector ferroviario”, en Carlón Ruiz, M. (directora), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Montero Pascual, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 2016.

Montero Pascual, J.J., Ramos Melero, R. y Ganino, M., *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte terrestre de viajeros*, Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 2019.

Montero Pascual, J.J. y Ramos Melero, R., *Competitive Tendering for Rail Track Capacity: The Liberalization of Railway Services in Spain*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation, EUI Working Paper RSCAS 2020/27, abril de 2020.

Morell Ocaña, L., prólogo a la obra de Ruiz Ojeda, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Moreu Carbonell, E., “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público”, en RAP, nº 161, 2003.

Morillo-Valverde Pérez, J.I., “El Estatuto Jurídico de los Bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en Montoro Chiner, M.J. (coordinadora), *Infraestructuras Ferroviarias del Tercer Milenio*, CEDECS, Barcelona, 1999.

Moscoso del Prado y del Álamo, J.I., “Financiación de infraestructuras de transporte: algunas experiencias recientes”, en Arthur Andersen, *Los nuevos retos del sector público ante la Unión Monetaria Europea. El ciudadano como cliente de una Administración más eficaz y competitiva*, Edición especial Cinco Días, Madrid, 1997.

Muñoz Machado, S., prólogo al libro de Rafael Caballero Sánchez, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.

Muñoz Machado, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.

Navajas Rebollar, M., *“La naturaleza de las tarifas portuarias en la jurisprudencia. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 1998”*, en REDA, nº 107, 2000.

Nieto Menor, M., *“Modernización del sistema aeroportuario español: examen del Real Decreto Ley 13/2010”*, en RDT, nº 7, 2011.

Olmedo Gaya, A., *“La evolución histórica de la normativa del transporte ferroviario en España”*, en Guillén Caramés, J. (director), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Ortiz Calle, E., *“Las fronteras del derecho tributario. A propósito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario”*, en *Revista Quincena Fiscal*, nº de 19, noviembre de 2018.

Padrós Reig, C., *“Las ayudas estatales a la construcción y explotación del aeropuerto de Leipzig-Halle: ¿Un histrión judicial o la consecuencia natural de la liberalización europea?”*, en *Revista General del Derecho Europeo*, nº 30, 2013.

Padrós Reig, C., *“Liberalización económica y transformación de la Administración Pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE”*, en *Revista de Derecho del Transporte*, nº 12, 2013.

Palao Taboada, F., *“Participación privada y financiación de infraestructuras del transporte: la gestión portuaria en un mercado competitivo”*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 145 bis, número especial monográfico sobre puertos, Madrid, 1995.

Palao Taboada, C., *“Los precios públicos y el principio de legalidad”*, en *Quincena Fiscal*, octubre 1996-I.

Parada Vázquez, R. y Lora-Tamayo, M., *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, UNED y Dykinson, S.L., 16ª edición (1ª edición en esta editorial) revisada y ampliada, Madrid, 2019.

Parejo Alfonso, L., “*Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*”, en RAP, nº 100-102, enero-diciembre de 1983.

Parejo Alfonso, L., “*La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público*”, en Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (directores), *Derecho de los bienes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2013.

Parejo Alfonso, L., “*La nueva función pública de regulación*”, en Parejo Alfonso, L. y Vida Fernández, J. (coordinadores), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017.

Pérez del Val Sheriff, V., *La regulación tarifaria en el sistema portuario estatal*, Organismo Público Puertos del Estado, 2014.

Petit Lavall, M.V., “*El modelo español de gestión aeroportuaria*”, en Alba Fernández, M., y Fortes Martín, A. (directores), *Público y privado en el Derecho aeronáutico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Phillips Jr., C.F., *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Public Utilities Reports INC., 2ª edición, Arlington (Virginia), 1988.

Ponce Solé, J., “*Una aproximación al fenómeno privatizador en España*”, en RAP, nº 139, 1996.

Posner, R.A., “*Theories of economic regulation*”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, volumen 5, nº 2, 1974.

Priest, G.L., “*The origins of utility regulation and the theories of regulation debate*”, en *Journal of Law and Economics*, volumen 36, nº 1, parte 2, 1993.

Puig Junoy, J., “*La regulación de precios máximos en servicios públicos privatizados*”, en *Hacienda Pública Española*, nº 139, 1996.

Ramallo Massanet, J., “*Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)*”, en *Revista española de Derecho Financiero*, nº 90, 1996.

Roca Trías, E. y Ahumada Ruiz, M.A., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, XV Conferencia Trilateral, Roma, 24-27 de octubre de 2013.

Rodríguez de Santiago, J.M., comentarios al artículo 33 de la Constitución, en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (directores), *Comentarios a la Constitución española*, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008.

Romero Muñoz, D. y Sáenz Sanz, A., “*La construcción de los puertos: siglos XVI-XIX*”, en Guimerá, A. y Romero, D. (editores), *Puertos y sistemas portuarios (siglos XVI-XX): Actas del Coloquio Internacional El sistema portuario español*, 19-21 de octubre de 1995, Ministerio de Fomento (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones), Madrid, 1996.

Rozas Valdés, J.A., “*Naturaleza jurídica del canon de infraestructuras*”, en Montoro Chiner, M.J. (coordinadora), *Las Infraestructuras Ferroviarias del III Milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999.

Ruiz Hidalgo, C., “*Las infraestructuras portuarias y aeroportuarias como competencia entre los Estados miembros en la Unión Europea. Incidencia en el Derecho tributario español*”, en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº 2, 2018.

Ruiz Ojeda, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Ruiz Ojeda, A., “Sentido y funcionalidad de la regulación pro-competitiva: una aproximación histórico-crítica”, en Ruiz Ojeda, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013.

Ruiz Palazuelos, N., *Regulación económica y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Sáinz-Moreno, F., “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”, en RAP, nº 150, septiembre-diciembre de 1999.

Sánchez Gutiérrez, M.M., *La regulación del sector del gas natural*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

Sánchez Morón, M. (director), *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997.

Sánchez Rodríguez, A.J., “Liberalización y régimen jurídico y económico de las tarifas de telecomunicaciones”, en Cremades, J. y Mayor Menéndez, P. (coordinadores), *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, Las Rojas, 1999.

Serna Vallejo, M., “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”, en González García, J.V. (director), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 2009.

Simón Acosta, E., voz “Reserva de ley tributaria”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

Stigler, G.J., “*The theory of economics regulation*”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, volumen 2, nº 1, 1971.

Swann, D., *The retreat of the State. Deregulation and privatization in the UK and US*, Harvester–Wheatsheaf, New York–London–Toronto–Sydney–Tokyo, 1988.

Tornos Mas, J., “*La actividad de regulación*”, en *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Doctor Don Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Tornos Mas, J., “*La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios*”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

Tornos Mas, J., “*Regulación de precios y tarifas*”, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.

Tornos Mas, J., “*La intervención en precios y tarifas*”, en Cano Campos, T. (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio de Derecho Administrativo*, tomo VIII, *Los sectores regulados*, volumen I, Iustel, Madrid, 2009.

Trias Prats, B., *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Iustel, Madrid, 2011.

Vázquez Cobos, C. y Lozano Cutanda, B., “*Reforma y privatización parcial del sector aeroportuario*”, en *Diario La Ley*, nº 7554, 25 de enero de 2011.

Villar Ezcurra, J.L., “*Las tarifas en la explotación de infraestructuras públicas*”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.



Villar Rojas, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000.

Villar Rojas, F.J., *Las instituciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004.

Villaseca, R., “*La financiación de infraestructuras*”, en Arthur Andersen, *Los nuevos retos del Sector Público ante la Unión Monetaria Europea. El ciudadano como cliente de una Administración más eficaz y competitiva*, Edición especial Cinco Días, Madrid, 1997.

Zurutuza Arigita, I., “*El acceso al mercado de los servicios portuarios: a propósito del nuevo Reglamento (UE) 2017/352*”, en RDT, nº 20, 2017.