CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 19 de octubre de 2000 [1]

1. La República Portuguesa solicita la anulación de una Decisión de la Comisión basada en el artículo 90, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 3) en la que ésta considera que el sistema de cánones de aterrizaje aplicado por la empresa pública que gestiona los aeropuertos portugueses continentales constituye una medida incompatible con el artículo 90, apartado 1, del Tratado, en relación con el artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE).

Marco jurídico

2. El Decreto-Lei portugués nº 102/90, de 21 de marzo de 1990, establece, en su artículo 18, que, en los aeropuertos gestionados por Aeroportos e Navegação Aérea/ Empresa Publica (empresa pública de aeropuertos y navegación aérea; en lo sucesivo, «ANA-EP»), el importe de los cánones aeronáuticos se fija mediante Portaria (Decreto ministerial). El apartado 3 de este artículo permite modular los cánones según la categoría, la función y el grado de utilización de cada aeropuerto.

3. El Decreto Regulamentar (Decreto de desarrollo) nº 38/91, de 29 de julio de 1991, fija las modalidades de los cánones de aterrizaje. En virtud de su artículo 4, apartado 1, por cada aterrizaje se adeuda un canon de aterrizaje que se calcula en función del peso máximo en el momento del despegue indicado en el certificado de navegabilidad. El artículo 4, apartado 5, establece que los vuelos nacionales se benefician de una reducción del 50 %.

4. Todos los años, el Gobierno publica un Decreto que actualiza el nivel de los cánones. En virtud de un sistema de descuentos instituido mediante Portaria nº 352/98, de 23 de junio de 1998, adoptado de acuerdo con el Decreto-Lei nº 102/90, a partir del aterrizaje nº 51 de cada mes se aplica un descuento del 7,2 % en el aeropuerto de Lisboa (18,4 % en los demás aeropuertos). A partir del aterrizaje nº 101 y del nº 151 de cada mes, se aplican descuentos, respectivamente, del 14,6 % y del 22,5 % en el aeropuerto de Lisboa (24,4 % y 31,4 % en los demás aeropuertos). Los aterrizajes siguientes al nº 200 se benefician de un descuento del 32,7 % (40,6 % en los demás aeropuertos).

5. ANA-EP es una empresa pública encargada de la gestión de los tres aeropuertos continentales (Lisboa, Faro y Oporto) objeto de la Decisión impugnada.

1 — Lengua original: francés.

Hechos y Decisión impugnada

6. Mediante escrito de 2 de diciembre de 1996, la Comisión informó a la República Portuguesa de que había iniciado una investigación relativa a los sistemas de descuentos sobre cánones de aterrizaje en los aeropuertos de los Estados miembros. Pedía a las autoridades portuguesas que le comunicaran todos los datos relativos a la normativa portuguesa aplicable a los cánones de aterrizaje con objeto de poder apreciar la compatibilidad de los descuentos concedidos con las normas comunitarias sobre la competencia.

7. Tras haber recibido la información solicitada, la Comisión comunicó a las autoridades portuguesas, mediante escrito de 28 de abril de 1997, que consideraba que el sistema de descuentos sobre los cánones de aterrizaje vigente en los aeropuertos portugueses gestionados por ANA-EP era discriminatorio. La Comisión instó al Gobierno portugués a que le comunicara las medidas que proyectaba adoptar a este respecto y a que presentara sus observaciones. El contenido de este escrito se comunicó a ANA-EP y a las compañías aéreas portuguesas TAP y Portugalia con objeto de que también éstas pudieran presentar observaciones.

8. En su respuesta de 3 de octubre de 1997, la República Portuguesa alegó, en primer lugar, que la modulación de los cánones según el origen del vuelo se justificaba por el hecho de que una parte de los vuelos nacionales cubren aeropuertos insulares para los que no existe ninguna alternativa al transporte aéreo y los otros vuelos nacionales son muy cortos y sus tarifas poco elevadas. En segundo lugar, el sistema de cánones de aterrizaje vigente responde a imperativos de cohesión económica y social. Por último, por lo que se refiere a los vuelos internacionales los aeropuertos portugueses hacen frente a la competencia de los aeropuertos de Madrid y de Barcelona (España), que tienen el mismo tipo de fijación de precios. Por otra parte, el sistema vigente tiene por objetivo fomentar tanto las economías de escala que resultan de una mayor utilización de los aeropuertos portugueses como a Portugal como destino turístico.

9. En su respuesta a la Comisión, ANA-EP indicó que el sistema de cánones controvertido se justificaba por la necesidad de aplicar una política de tarifas similar a las vigentes en los aeropuertos de Madrid y de Barcelona, y por el deseo de reducir los costes de explotación de los transportistas que utilizan los aeropuertos que ella administra con mayor frecuencia y regularidad.

10. Tras un nuevo intercambio de correspondencia entre la Comisión y la República Portuguesa, la Comisión adoptó, el 10 de febrero de 1999, la Decisión 1999/199/CE.[2] En ella, la Comisión constata esencialmente los extremos siguientes:

— ANA-EP es una empresa pública a efectos de lo dispuesto en el

2 — Decisión relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 90 del Tratado CE (Asunto IV/35.703 — Aeropuertos portugueses)(DO L 69, p. 31).

artículo 90, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 1), que es titular del derecho exclusivo a administrar los aeropuertos de Lisboa, Oporto y Faro y los cuatro de las Azores;

— la política de tarifas de ANA-EP se basa en disposiciones legislativas y reglamentarias que constituyen una medida estatal a efectos del artículo 90, apartado 1, del Tratado;

— los mercados pertinentes son los de los servicios vinculados al acceso a las infraestructuras aeroportuarias de los siete aeropuertos gestionados por ANA-EP;

— como la gran mayoría del tráfico de los tres aeropuertos continentales (Lisboa, Oporto y Faro) se efectúa entre Portugal y los demás Estados miembros, el sistema de cánones controvertido afecta al comercio entre los Estados miembros; no sucede así, por el contrario, en el caso de los cuatro aeropuertos de las Azores, cuyo tráfico es enteramente nacional o procedente de países terceros;

— los tres aeropuertos continentales tienen un tráfico importante y cubren todo el territorio de Portugal continental, de forma que puede considerarse que el conjunto de estos aeropuertos, que efectúan conexiones intracomunitarias, representa una parte sustancial del mercado común;

— puesto que ANA-EP tiene un derecho exclusivo para cada uno de los aeropuertos que gestiona, detenta una posición dominante en el mercado de servicios vinculados al aterrizaje y al despegue de aviones por los que se percibe un canon;

— el sistema de cánones de aterrizaje controvertido produce el efecto de aplicar a las compañías aéreas condiciones desiguales por prestaciones equivalentes, ocasionándoles por lo tanto una desventaja desde el punto de vista de la competencia;

— por una parte, el sistema de descuentos concedidos en función del número de aterrizajes da lugar a la concesión a las compañías portuguesas TAP y Portugalia de un descuento medio del 30 % y del 22 %, respectivamente, sobre la totalidad de sus vuelos, mientras que este porcentaje varía entre el 1 % y el 8 % para las compañías de los demás Estados miembros. Esta diferencia de trato no está justificada por ninguna razón objetiva, puesto que el tratamiento de un aterrizaje o de un despegue de un avión requiere el mismo servicio con independencia de quién sea el propietario y del número de aviones pertenecientes a una misma compañía. Además, ni el hecho de que los aeropuertos competidores de Madrid y Barcelona hayan establecido

un sistema análogo, ni el objetivo de fomentar la utilización de las infraestructuras y el turismo en Portugal pueden justificar descuentos discriminatorios;

— por otra parte, el descuento del 50 % que obtienen los vuelos nacionales crea una desventaja para las compañías que cubren vuelos intracomunitarios que no puede justificarse ni por el objetivo de ayudar a los vuelos que unen Azores con el continente ni por la corta distancia de los vuelos nacionales. Por una parte, los vuelos con destino a las Azores o procedentes de estas islas quedan de todas formas fuera del ámbito de aplicación de esta Decisión. Por otra parte, el canon se calcula en función del peso del aparato, y no de la distancia, sin contar que los vuelos internacionales de corta distancia no disfrutan del descuento controvertido;

— el hecho de que una empresa en posición dominante como ANA-EP aplique a los interlocutores comerciales las condiciones que acaban de describirse constituye un abuso de posición dominante según lo dispuesto en el artículo 86, párrafo segundo, letra c), del Tratado CE [actualmente artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c)];

— la excepción prevista en el artículo 90, apartado 2, del Tratado, que, por lo demás, no ha sido invocada por las autoridades portuguesas, no se aplica;

— en la medida en que el sistema de cánones controvertido le ha sido impuesto a ANA-EP a través de una medida estatal, ésta constituye una infracción del artículo 90, apartado 1, del Tratado, en relación con el artículo 86 del mismo, por lo que se refiere a la aplicación de dicho sistema a los aeropuertos portugueses continentales.

11. Por todo ello, la Comisión consideró que el sistema de descuentos sobre los cánones de aterrizaje y de modulación de éstos según el origen del vuelo en los aeropuertos de Lisboa, Oporto y Faro, establecido por el Decreto-Lei nº 102/90, el Decreto Regulamentar nº 38/91 y la Portaria nº 352/98, constituye una medida incompatible con el artículo 90, apartado 1, del Tratado CE, en relación con el artículo 86 del mismo (artículo 1 de la Decisión 1999/199). La Comisión ordenó a la República Portuguesa que pusiera fin a esta infracción y que le informara, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la Decisión, de las medidas adoptadas al efecto (artículo 2 de la Decisión).

12. En su recurso, la República Portuguesa se apoya en motivos relativos, por un lado, a la forma y el procedimiento seguidos por la Comisión y, por otro, al fondo del acto impugnado.

13. En relación con el primero de estos aspectos, la parte demandante formula tres motivos, basados, respectivamente, en la

falta de motivación, la violación del principio de proporcionalidad y la desviación de poder.

Sobre la falta de motivación

14. La República Portuguesa considera que la Decisión impugnada adolece de falta de motivación, y ello por cuatro razones. En efecto, la Comisión debería haber indicado las razones por las que actuó, en el presente asunto, basándose en el artículo 90, apartado 3, del Tratado, mientras que, en el caso de la tasa por el servicio a los pasajeros y de la tasa de seguridad, que son tasas de aeropuerto al igual que los cánones de aterrizaje, recurrió al procedimiento por incumplimiento.

15. Además, afirma que incumbe a la Comisión explicar la razón por la que, en la Decisión impugnada, analiza la situación desde el punto de vista de las normas sobre la competencia, y no desde la perspectiva de la libre prestación de servicios, como en el procedimiento por incumplimiento.

16. Asimismo, la Comisión debería haber expuesto la situación vigente en los aeropuertos de los demás Estados miembros de una forma mucho más detallada de lo que lo hizo.

17. Por último, en la medida en que el artículo 90, apartado 3, del Tratado dispone que, en tanto fuere necesario, la Comisión dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas, ésta estaba obligada a justificar la necesidad de su actuación y la elección de una decisión y no de una directiva como instrumento.

18. La Comisión replica que, cuando recurre al artículo 90, apartado 3, del Tratado, sólo debe indicar las razones por las que considera que se cumplen los requisitos exigidos por el apartado 1 de este artículo. Por el contrario, no está obligada a motivar ni la necesidad de recurrir a esta disposición ni el instrumento elegido, que son de su única incumbencia.

19. ¿Qué puede decirse de estos argumentos?

20. Por lo que respecta a la necesidad de motivar la elección efectuada por la Comisión entre los artículos 90, apartado 3, del Tratado y 169 del Tratado CE (actualmente artículo 226 CE), procede recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el artículo 90, apartado 3, encomienda a la Comisión velar por que los Estados miembros cumplan las obligaciones que les incumben en lo relativo a las empresas a que se refiere el artículo 90, apartado 1, del Tratado, y le atribuye expresamente la facultad de intervenir a este respecto mediante directivas y decisiones. En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha reconocido a la Comisión la facultad de declarar que una medida estatal deter-

minada es incompatible con las normas del Tratado y de indicar las medidas que el Estado destinatario habrá de adoptar para cumplir las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. [3]

21. En consecuencia, no cabe discutir que, en relación con la medida estatal determinada que según la Comisión constituye la fijación de los cánones controvertidos, ésta podía basarse en el artículo 90, apartado 3, del Tratado.

22. La eventual posibilidad de recurrir al procedimiento por incumplimiento no puede limitar la facultad de la Comisión, reconocida en la citada jurisprudencia, de hacer uso del artículo 90, apartado 3, del Tratado. Así se desprende claramente de la sentencia Países Bajos y otros/Comisión, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia no acogió el argumento según el cual, para declarar la existencia de una determinada infracción de las normas del Tratado, la Comisión debía basarse en el artículo 169 de este último.

23. El derecho de la Comisión a basarse en el artículo 90, apartado 3, del Tratado tampoco se ve afectado por el hecho de que iniciara un procedimiento por incumplimiento referido a medidas que la parte demandante considera relacionadas con los cánones controvertidos.

24. Para empezar, he de señalar que la Comisión niega la existencia de una relación entre los diferentes cánones de que se trata, y alega que la delimitación de la infracción declarada no es ni arbitraria ni ilógica. A este respecto, expone que, aun cuando las diferentes categorías de cánones aeroportuarios presentan características comunes, no es menos cierto que cada una de esas categorías corresponde a una prestación de servicios específica por parte de las entidades que gestionan los aeropuertos y puede, por tanto, ser objeto de un análisis diferenciado teniendo en cuenta sus características propias.

25. En todo caso, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Comisión dispone de una facultad de apreciación muy amplia por lo que respecta a la oportunidad de actuar contra un Estado miembro, especificar las disposiciones que éste haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento. [4]

26. De ello se desprende que la Comisión estaba facultada para limitar el objeto de su recurso por incumplimiento a determinados cánones y para excluir otros. Por lo que respecta a estos últimos, tenía la opción, como queda señalado, de adoptar una decisión basada en el artículo 90, apartado 3, del Tratado si consideraba que se cumplían los requisitos materiales establecidos en dicha disposición.

3 — Véase la sentencia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión (asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565), apartados 25 a 28.

4 — Sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851), apartado 27.

27. Con todo, aunque haya quedado, pues, acreditado que la Comisión estaba facultada para optar por el artículo 90, apartado 3, en lugar del artículo 169 del Tratado, la argumentación de la parte demandante nos obliga a examinar si la Comisión estaba obligada a motivar su elección.

28. Esta última subraya, en mi opinión acertadamente, que en principio no cabe exigirle que explique en cada uno de sus actos el motivo por el cual no ha adoptado un acto diferente, so pena de paralizar su acción.

29. A este respecto, debe recordarse que la obligación de motivar un acto tiene por objeto permitir que los interesados puedan conocer las razones en que se basa dicho acto para poder, en su caso, impugnarlo, y al órgano jurisdiccional ejercer su control de la legalidad del mismo. [5]

30. De ello se desprende, en relación con el presente caso, que la decisión impugnada debe exponer de manera suficientemente detallada la naturaleza de la infracción imputada a su destinatario, las razones por las cuales la Comisión considera que se trata de una infracción y las medidas que espera que adopte el destinatario.

31. Ahora bien, la parte demandante no alega que la Comisión incumpliera esta obligación en el presente asunto. En consecuencia, no cuestiona que el texto de la Decisión le permita comprender sin ninguna dificultad la naturaleza y la justificación de las imputaciones formuladas por la Comisión.

32. Por lo demás, dicho cuestionamiento resultaría tanto más sorprendente cuanto que, según reconoce la propia demandante, antes de que se adoptara la Decisión se produjeron numerosos contactos entre las autoridades portuguesas y la Comisión. En consecuencia, nos encontramos en una situación, bastante frecuente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la cual debe tenerse en cuenta el hecho de que el Estado miembro estuvo estrechamente asociado al proceso de elaboración del acto objeto de litigio y conoce, pues, las razones que motivaron dicho acto. [6]

33. Por último, añadiré que, en todo caso, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión dispone de una amplia facultad discrecional para apreciar si conviene o no iniciar un procedimiento por incumplimiento. [7] De ello se desprende necesariamente que su decisión en la materia no puede ser objeto de control jurisdiccional. Ahora bien, tal como se ha señalado anteriormente, la obligación de motivación debe interpretarse en el contexto de ese control y no puede extenderse, por tanto, a aspectos del acto impugnado que corres-

5 — Véase, como ejemplo de una reiterada jurisprudencia, la sentencia de 22 de enero de 1986, Eridania y otros (250/84, Rec. p. 117).

6 — Véase, como ejemplo de una reiterada jurisprudencia, la sentencia de 17 de octubre de 1995, Países Bajos/Comisión (C-478/93, Rec. p. I-3081), apartados 48 a 50.

7 — Sentencia de 14 de febrero de 1989, Star Fruit/Comisión (247/87, Rec. p. 291), apartado 11.

ponden a la facultad discrecional de su autor y escapan, por ello, a cualquier recurso.

34. Por las razones expuestas, considero que procede desestimar el primer argumento de la parte demandante.

35. A continuación, ésta alega que la Comisión habría debido explicar los motivos por los cuales se basó en las normas sobre la competencia del Tratado y no en las relativas a la libre prestación de servicios.

36. De las consideraciones expuestas anteriormente se desprende que la obligación de motivación de la Comisión implica que ésta debe exponer en el acto impugnado las razones por las cuales considera que se ha cometido una infracción de las normas sobre la competencia. En cambio, no tiene por qué explicar de manera específica por qué no actuó contra la medida estatal controvertida basándose en otro fundamento jurídico.

37. En efecto, la posibilidad de que el destinatario del acto lo impugne y de que el juez controle su validez depende únicamente de la existencia de una motivación que justifique la conclusión a la que ha llegado la Comisión.

38. En consecuencia, procede desestimar asimismo este argumento.

39. La parte demandante también alega que la Comisión no debía haber ignorado la situación existente en los demás Estados miembros.

40. Esta tesis no puede acogerse. En efecto, el objeto de la Decisión impugnada es la declaración de una infracción de las normas sobre la competencia. La existencia de dicha infracción no depende en modo alguno de la existencia de medidas similares en otro u otros Estados miembros. Por lo demás, la parte demandante no alega en ningún momento que exista dicha relación.

41. En consecuencia, no veo en absoluto por qué la motivación de la Decisión adoptada habría debido incluir consideraciones relativas a la situación existente en los demás Estados miembros.

42. Es cierto que la parte demandante puede considerar que, dado que existían infracciones similares en otros Estados miembros, era inoportuno que la Comisión se limitara a adoptar una decisión en relación con la República Portuguesa, haciendo abstracción de la situación existente en el resto de la Comunidad.

43. Sin embargo, no es menos cierto que dicho punto de vista no entra dentro del ámbito del litigio sobre la validez de la motivación del acto impugnado.

44. Por último, la República Portuguesa considera que la Comisión habría debido motivar la elección de una decisión como instrumento, puesto que el artículo 90, apartado 3, del Tratado le permitía asimismo adoptar una directiva, lo que habría permitido resolver el problema en todos los Estados miembros, y no sólo en Portugal.

45. En ese contexto, alude al hecho de que la Comisión, sin hacer uso de su propia competencia para adoptar una directiva, presentara al Consejo una propuesta de Directiva relativa a las tasas aeroportuarias, [8] lo que a su juicio viene a demostrar que dicho problema debía resolverse mediante un acto normativo y no mediante una decisión individual.

46. No obstante, hay que señalar, como hace la Comisión, que el Tribunal de Justicia ha declarado que el objeto de la competencia conferida a la Comisión por el artículo 90, apartado 3, del Tratado es diferente y más específico que el de las competencias legislativas atribuidas al Consejo. En consecuencia, la eventualidad de una normativa dictada por el Consejo en aplicación de una competencia general que ostente en virtud de otros artículos del Tratado y que contenga disposiciones que afecten a la materia específica del artículo 90 del Tratado no constituye obstáculo alguno para el ejercicio de las facultades que este último artículo atribuye a la Comisión. [9]

47. De ello se desprende que no cabe alegar la existencia de una propuesta de Directiva relativa a las tasas aeroportuarias para cuestionar la competencia de la Comisión para adoptar medidas en la materia.

48. Ahora bien, el argumento de la parte demandante se refiere sobre todo a la elección de la Comisión de no adoptar por sí misma una directiva, sino una decisión.

49. A este respecto, ha de recordarse, en primer lugar, la jurisprudencia [10] según la cual «del tenor literal del apartado 3 del artículo 90 y del sistema del conjunto de disposiciones de dicho artículo se deduce que la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación en el ámbito de los apartados 1 y 3 de dicho artículo, tanto en lo relativo a la acción que considere necesario llevar a cabo como en lo relativo a los medios apropiados para ello».

50. De ello se deduce que la Comisión estaba, *a priori,* facultada para recurrir a la

8 — COM(97) 154 final.

9 — Sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223).

10 — Sentencias de 20 de febrero de 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comisión (C-107/95 P, Rec. p. I-947), y Países Bajos y otros/Comisión, citada en la nota 2 *supra.*

decisión como instrumento normativo. En cuanto a la motivación de esta elección, únicamente tenía que exponer las razones que justificaban su punto de vista, según el cual se trataba de una medida estatal constitutiva de una infracción de las normas sobre la competencia.

51. En cambio, según he señalado anteriormente en relación con el primer argumento de la parte demandante, una vez motivado el contenido de la medida adoptada, la Comisión no estaba obligada a exponer asimismo las razones por las cuales no había adoptado un acto diferente.

52. En consecuencia, procede desestimar en su totalidad el primer motivo invocado por la parte demandante.

Sobre la violación del principio de proporcionalidad

53. La parte demandante alega que, al adoptar una decisión sobre la base del artículo 90, apartado 3, del Tratado, la Comisión optó por la vía más constrictiva y menos adecuada. En efecto, puesto que no se discute que, en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, un gran número de Estados miembros aplicaban sistemas de descuentos de los cánones aeroportuarios similares, la Comisión habría debido adoptar una medida de carácter general en lugar de una decisión que, por definición, sólo afecta a la República Portuguesa.

54. En este contexto, ésta insiste en que la violación del principio de proporcionalidad se deriva del hecho de que, al adoptar una decisión, la Comisión obligó a modificar su sistema únicamente a las autoridades portuguesas, por lo que los transportistas portugueses debieron hacer frente a unas condiciones de competencia desfavorables en los demás Estados miembros, a los que no se les impidió mantener sus sistemas pese a ser análogos al que la Comisión criticaba en Portugal.

55. En consecuencia, la República Portuguesa concluye, también en el marco de este motivo, que la Comisión habría debido limitarse a procurar que el Consejo adoptara una directiva que regulara esta materia o, en su defecto, a adoptar ella misma una directiva con arreglo al artículo 90, apartado 3, del Tratado.

56. En su opinión, ésa era la única medida adecuada, ya que era la única forma de garantizar que todos los Estados miembros adaptasen simultáneamente sus sistemas de cánones aeroportuarios a lo dispuesto en el Derecho comunitario.

57. A este respecto, la Comisión alega, a mi juicio con razón, que no es éste el caso. En

efecto, una directiva basada en el artículo 90, apartado 3, del Tratado sólo podría aplicarse a las medidas estatales, y no produciría, por tanto, ningún efecto sobre los regímenes imputables no a un Estado miembro, sino únicamente a las empresas que gestionan aeropuertos.

58. Es cierto que la República Portuguesa alega que todas estas empresas cumplen en realidad los requisitos para estar incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 90, pero no aporta ninguna prueba a este respecto ni cuestiona el ejemplo citado por la Comisión en apoyo de su postura, a saber, el de los aeropuertos finlandeses, que, al haber adoptado un sistema de descuentos del mismo tipo por iniciativa propia, fueron objeto de una decisión basada únicamente en el artículo 86 del Tratado, sin que la Comisión recurriera al artículo 90.

59. Por otro lado, la Comisión recuerda la jurisprudencia, antes citada, que le confiere una amplia facultad de apreciación en la aplicación del artículo 90, apartado 3, del Tratado.

60. Por mi parte, considero que de dicha jurisprudencia se desprende que, cuando la Comisión está ante una medida estatal determinada que a su juicio constituye una infracción del artículo 90 del Tratado, en relación con otra de sus disposiciones, está facultada para adoptar una decisión con objeto de poner fin a la infracción.

61. A este respecto, el hecho de que dicha infracción exista asimismo en otros Estados miembros carece de pertinencia.

62. Así, en la sentencia Países Bajos y otros/ Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia precisó que la decisión de la Comisión basada en el artículo 90, apartado 3, del Tratado se adopta «en consideración a determinada situación existente en uno o varios Estados miembros». Por consiguiente, a diferencia de lo que sugiere la tesis de la demandante, no está condicionada por el hecho de que la infracción sólo exista en el Estado miembro destinatario de la decisión.

63. Por otro lado, por más que la parte demandante lo niegue, su tesis equivale a afirmar el derecho de un Estado miembro a mantener en vigor una medida contraria al Derecho comunitario con el pretexto de que existen medidas similares en otros Estados miembros.

64. En efecto, el único argumento invocado por la República Portuguesa para alegar una violación del principio de proporcionalidad se basa en la situación existente en los demás Estados miembros. A su juicio, dicha situación impide a la Comisión actuar, so pena de violar el referido principio, e implica, comoconsecuencia necesa-

ria, un derecho a la impunidad en favor de un Estado miembro.

65. Ni que decir tiene que semejante tesis es incompatible con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual un Estado miembro no puede invocar en su defensa la violación del Derecho comunitario por otros Estados miembros. [11]

66. En consecuencia, procede desestimar asimismo el segundo motivo invocado por la demandante.

Sobre la utilización de un procedimiento inadecuado

67. En el marco de este motivo, la parte demandante alega que cuando la Comisión decide adoptar una decisión con arreglo al artículo 90, apartado 3, del Tratado o iniciar un recurso por incumplimiento no dispone de una libertad de elección ilimitada.

68. En efecto, cuando se haya demostrado que la supuesta infracción existe en varios Estados miembros la Comisión está obligada, so pena de utilizar un procedimiento inadecuado, a recurrir al artículo 169 del Tratado.

69. No obstante, la parte demandante no explica por qué el hecho de que la infracción exista en varios Estados miembros priva a la Comisión de la posibilidad de recurrir al artículo 90, apartado 3, del Tratado.

70. Por otro lado, debe recordarse, a este respecto, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, antes citada, establece el principio de la libertad de elección de la Comisión en la materia, y que de ella no se desprende en modo alguno que la Comisión esté limitada por consideraciones relativas a la situación existente en otros Estados miembros distintos del destinatario del procedimiento iniciado por la Comisión.

71. En consecuencia, propongo desestimar el motivo basado en la utilización de un procedimiento inadecuado, y únicamente realizaré las consideraciones que siguen en aras de una mayor exhaustividad.

72. La Comisión interpreta generosamente la argumentación de la parte demandante en el sentido de que se le imputa una vulneración de los derechos de defensa basada en que, al recurrir al artículo 90, apartado 3, del Tratado, la Comisión evitó el procedimiento administrativo previo previsto en el artículo 169 del Tratado.

11 — Sentencia de 25 de septiembre de 1979, Comisión/Francia (232/78, Rec. p. 2729).

73. No obstante, la parte demandante no hace ninguna alusión al respeto de los derechos de defensa. En todo caso, como por lo demás explica la Comisión, el principio del respeto de los derechos de defensa se aplica en todos los procedimientos, incluso cuando no existen disposiciones expresas sobre este particular. En consecuencia, el hecho de que la Comisión recurriera al artículo 90, apartado 3, y no al artículo 169 del Tratado, no puede constituir en sí mismo una vulneración de los derechos de defensa. Por último, la demandante no alegó ninguna vulneración concreta de los derechos de defensa por parte de la Comisión en el procedimiento de adopción de la Decisión controvertida.

74. En su réplica, la parte demandante alude a una eventual desviación de poder. En la medida en que se trata de un motivo nuevo, procede declarar su inadmisibilidad.

75. En todo caso, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia sólo existe desviación de poder si el acto controvertido parece haber sido adoptado, según indicios objetivos, pertinentes y concordantes, con el objetivo exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados y perseguidos por la disposición habilitadora de que se trate. Ahora bien, la parte demandante no ha demostrado en modo alguno que eso suceda en el presente caso. [12]

12 — Sentencia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas (69/83, Rec. p. 2447).

76. Sobre el fondo, la parte demandante invoca dos motivos que procede examinar de manera sucesiva.

Sobre la falta de discriminación por razón de la nacionalidad

77. La parte demandante alega que la Decisión impugnada debe ser anulada porque la Comisión no demostró la existencia de una discriminación por razón de la nacionalidad, cuando el artículo 90, apartado 3, del Tratado se refiere en concreto al artículo 6 del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, tras su modificación), que prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad.

78. Es cierto, como subraya el Gobierno portugués, que los descuentos controvertidos no implican una discriminación directa por razón de la nacionalidad, ya que pueden obtenerse con independencia del origen o de la nacionalidad de las aeronaves. Por otro lado, puesto que los transportistas de otros Estados miembros tienen la posibilidad, en virtud del Derecho comunitario, de operar vuelos nacionales, el hecho de que los descuentos estén reservados a éstos no puede constituir una discriminación por razón de la nacionalidad.

79. Pero no es menos cierto, como también destaca la Comisión en la Decisión impug-

nada, que, en la práctica, los transportistas portugueses se benefician de unos descuentos muy superiores, concretamente del 30 % y el 22 % como media, respectivamente, a los obtenidos por los transportistas de los demás Estados miembros, que oscilan entre el 8 % y el 1 %. Por lo demás, estas cifras no han sido discutidas por la parte demandante.

80. Por tanto, aun cuando es legítimo preguntarse por la realidad del carácter no discriminatorio de los descuentos controvertidos, hay que señalar, en todo caso, que este debate no tiene razón de ser. En efecto, el tenor del artículo 90, apartado 3, del Tratado no deja lugar a ninguna duda y obliga a concluir que su aplicación no se limita a los casos en que una medida estatal infrinja el artículo 6 del Tratado. Así, dicha disposición también se refiere expresamente al artículo 86 del Tratado.

81. En consecuencia, la Comisión tiene todo el derecho a basarse en esta disposición para reprimir una medida que si bien no constituye, a su juicio, una discriminación formal, considera, en cambio, que es incompatible con el artículo 86 del Tratado. Pues bien, eso es exactamente lo que hizo en el presente caso.

82. De ello se desprende que nuestro análisis debe centrarse en esta última disposición.

Sobre la inexistencia de un abuso de posición dominante

83. Hemos visto que los descuentos controvertidos son criticados por la Comisión por dos motivos. Por un lado, se otorga un descuento de un 50 % únicamente a los vuelos nacionales. Por otro lado, la normativa controvertida prevé la concesión de descuentos crecientes a los transportistas que realicen un gran número de aterrizajes en los aeropuertos de que se trata.

84. Procede examinar, en primer lugar, el problema de la diferencia que se establece entre los vuelos nacionales y los vuelos internacionales.

Sobre los vuelos nacionales

85. En primer lugar, la parte demandante expone que los transportistas comunitarios, que pueden operar estos vuelos nacionales en virtud de la normativa comunitaria, se benefician de dichos descuentos en las mismas condiciones que sus competidores portugueses. En consecuencia, el sistema no establece ninguna discriminación, sino que, por el contrario, hace una distinción basada en un criterio objetivo y justificado por razones que no tienen nada que ver con la intención de favorecer a los transportistas aéreos locales.

86. En efecto, consta que una compañía aérea de otro Estado miembro que realice un vuelo entre dos ciudades portuguesas disfruta de la reducción del 50 % de los derechos de aterrizaje.

87. La República Portuguesa alega que, por lo que respecta a los vuelos que unen a los aeropuertos del Portugal continental (Lisboa, Oporto y Faro), este descuento se justifica porque se trata de conexiones cortas cuyos precios deben mantenerse a un nivel lo más bajo posible.

88. A este respecto, la Comisión alega que si el sistema controvertido pretendiera favorecer los vuelos cortos, también deberían beneficiarse de los descuentos los vuelos con salida en Portugal y destino en Madrid, Sevilla, Málaga y Santiago, y que debería tenerse en cuenta el factor «distancia» en el cálculo del canon.

89. Considero que debe acogerse esta tesis. En efecto, hay que reconocer que el artículo 86 del Tratado no deja lugar a ninguna duda. Una empresa en posición dominante no tiene derecho, como precisa el párrafo segundo, letra c), de esta disposición, a «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva».

90. Pues bien, la parte demandante no discute el análisis que realiza la Decisión impugnada en cuanto a la existencia de una posición dominante en el presente caso.

91. Además, es indiscutible que las prestaciones que constituyen la contrapartida de los cánones de aterrizaje son idénticas para un vuelo nacional y para un vuelo intracomunitario que cubra una distancia similar.

92. A este respecto, la situación es análoga a la que fue objeto del asunto Corsica Ferries. [13] En dicho asunto, el Tribunal de Justicia, tras señalar que las prestaciones de servicios de práctico de que se trataba no diferían por el hecho de que el buque destinatario cubriera una conexión nacional o no, concluyó que la aplicación de tarifas diferentes en función de este criterio constituía un abuso de posición dominante.

93. Por lo que respecta a las conexiones entre el continente y las regiones autónomas o entre las diferentes regiones autónomas, la parte demandante invoca la referencia al objetivo de cohesión económica y social que figura en el artículo 3 del Tratado CE (actualmente artículo 3 CE, tras su modificación), así como el estatuto de región ultraperiférica reconocido a las Azores y a Madeira mediante su artículo 227 (actualmente artículo 299 CE, tras su modificación).

13 — Sentencia de 17 de mayo de 1994 (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 45.

94. Sin embargo, la Comisión tiene razón al exponer que tales consideraciones sólo podrían ser pertinentes si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90, apartado 2, del Tratado, las normas sobre la competencia impidieran a las empresas consideradas cumplir su misión de servicio público, algo que no se ha alegado en el presente caso.

95. Por otro lado, la normativa comunitaria [14] permite a la República Portuguesa imponer obligaciones de servicio público para tener en cuenta las particularidades de los referidos destinos.

96. Por último, en todo caso las conexiones con las Azores y entre los distintos aeropuertos de este archipiélago no son objeto de la Decisión impugnada.

97. En consecuencia, considero que la Comisión obró acertadamente al considerar que el hecho de otorgar descuentos en favor únicamente de los vuelos nacionales constituía un abuso de posición dominante.

14 — Véase el artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO L 240, p. 8).

Sobre los descuentos por volumen

98. Por lo que respecta a los descuentos por volumen, la parte demandante formula diversos argumentos, de los cuales uno se me antoja de especial interés.

99. En primer lugar, afirma que la práctica de descuentos por volumen es una opción de política comercial de la que no puede privarse a ANA-EP so pretexto de la posición dominante que ocupa.

100. No obstante, es obligado señalar que tanto el tenor del artículo 86 del Tratado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia indican, por el contrario, que existen opciones de política comercial a disposición de las empresas en general que no son necesariamente accesibles a una empresa que ocupa una posición dominante. En efecto, el párrafo segundo de esta disposición enumera como ejemplos de prácticas abusivas una serie de comportamientos que, al menos en algunos casos, son perfectamente lícitos cuando no los adopta una empresa en posición dominante.

101. De ello también se desprende que, al afirmar que la aplicación de descuentos por volumen está prohibida a una empresa cuya posición dominante no se discute, como ANA-EP, la Comisión no incurre en una violación del principio de neutralidad que

la parte demandante deduce del artículo 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE), [15] que a su juicio implica que las empresas no pueden ser tratadas de manera menos favorable por el Derecho comunitario porque un Estado miembro les haya concedido derechos especiales o exclusivos.

102. En efecto, la Comisión no critica dicha concesión y, por lo demás, cita ella misma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual cuando una empresa que disfruta de dichos derechos exclusivos pueda ocupar como consecuencia de ello una posición dominante, no cabe considerar que la concesión de tales derechos sea en sí misma abusiva. [16]

103. Por tanto, el objeto de la Decisión de la Comisión no es la existencia de los derechos exclusivos concedidos a ANA-EP, sino la utilización de la posición dominante que se deriva de ello, cuestión que no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 222 del Tratado, que la parte demandante invoca.

104. Por otro lado, la parte demandante subraya la necesidad de promover las rutas que utilicen los aeropuertos de que se trata, algo que, por lo demás, también beneficiaría a sus respectivas regiones.

105. Este argumento está relacionado con la tesis formulada por la República Portuguesa para justificar los descuentos por volumen por el hecho de que favorecen una utilización intensiva de los aeropuertos de que se trata. Ahora bien, «la frecuencia o la intensidad de la utilización de infraestructuras tan costosas, tanto por su coste inicial como por su coste de mantenimiento, es determinante en el marco de una política estratégica de [re]inversión en el desarrollo de estas infraestructuras aeroportuarias, y afecta asimismo al coste final de amortización de las inversiones». [17]

106. A este respecto, debe destacarse, en primer lugar, que, como también expone la Comisión en la Decisión impugnada, [18] la prohibición de que una empresa en posición dominante practique descuentos por volumen no es absoluta. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el suministrador, éste está facultado para hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable. [19]

107. ¿Estamos ante un caso como ése? ¿Existen, por utilizar los términos de la propia Comisión, razones objetivas, en

15 — «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.»

16 — Véase la sentencia Corsica Ferries, citada en la nota 13 *supra*.

17 — Punto 64 del escrito de interposición del recurso.

18 — Véanse los considerandos 27 y ss.

19 — Sentencias de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207), y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461).

términos de coste del servicio prestado, que justifiquen la concesión de los descuentos por volumen?

108. Comparto el punto de vista de la Comisión según el cual el coste del servicio prestado por la empresa que gestiona el aeropuerto es el mismo independientemente de que se trate del primer vuelo o del vuelo nº 100 de una compañía.

109. No obstante, considero que esto no es suficiente para responder plenamente al argumento formulado por la República Portuguesa. En efecto, desde una perspectiva general, es indiscutible que, en principio, un uso intensivo de las infraestructuras permite, en igualdad de condiciones, alcanzar costes unitarios inferiores a los que se generan cuando dichas infraestructuras se utilizan por debajo de sus posibilidades.

110. Del mismo modo, no me parece que pueda discutirse que la planificación de las inversiones del operador de dicha infraestructura se ve facilitada por la garantía de un determinado volumen de actividad que se deriva de la elección de un aeropuerto como base de operaciones por parte de un transportista.

111. ¿Debe considerase, por tanto, que la parte demandante ha demostrado la existencia de ventajas económicas para ANA-EP que permitan justificar los descuentos otorgados?

112. No lo creo. En efecto, la parte demandante no aporta ninguna indicación concreta capaz de contradecir los argumentos de la Comisión destinados a demostrar la inexistencia de tales ventajas.

113. Según afirma esta última, el objetivo de favorecer la utilización intensiva de los aeropuertos no puede alcanzarse mediante los descuentos controvertidos. En efecto, debido al gran número de aterrizajes mensuales que presuponen, benefician casi exclusivamente, como hemos visto, a los operadores portugueses establecidos en los aeropuertos de que se trata, y que, por tanto, los utilizarían de todos modos. Una escala de descuentos que no produjera este efecto umbral no suscitaría los mismos reparos y sería más adecuada para alcanzar el objetivo alegado.

114. Es verdad que, por su propia naturaleza, se trata de un razonamiento que no puede probarse, ya que presenta un carácter hipotético. Pero también es cierto que es un razonamiento plausible puesto que, efectivamente, es difícil imaginar cómo los operadores establecidos en los aeropuertos de que se trata, que realmente no pueden instalarse en otros, podrían tener incentivos para utilizar con mayor intensidad tales aeropuertos gracias a los descuentos controvertidos, salvo que supongamos que únicamente realizan aterrizajes para beneficiarse de dichos descuentos. Aunque está claro que la rentabilidad de determinados vuelos se ve afectada por el nivel de estos cánones, es muy poco probable que su número sea suficiente como para que el volumen adicional de tráfico generado por este hecho tenga un impacto apreciable para el aeropuerto.

115. En efecto, *a priori* parece mucho más verosímil que el número de vuelos dependa ante todo del volumen de tráfico interesado en la ruta de que se trate. El reparto de este número de vuelos entre diferentes transportistas debería ser indiferente para el operador del aeropuerto.

116. Ahora bien, este número de vuelos puede alcanzarse mediante uno o dos transportistas que realicen gran cantidad de vuelos, o bien mediante un mayor número de transportistas que realicen un menor número de aterrizajes cada uno. Por consiguiente, es perfectamente posible que, estructurando sus tarifas de tal modo que se beneficien de los descuentos un mayor número de transportistas, el operador del aeropuerto consiga de hecho aumentar el grado de utilización del mismo.

117. A esto debe añadirse que las cifras mencionadas en el punto 79 *supra,* aportadas por la Comisión y no discutidas por la parte demandante, tienden, efectivamente, a demostrar que los descuentos controvertidos pueden favorecer muy claramente a los transportistas establecidos en los aeropuertos de que se trata.

118. En consecuencia, habida cuenta de todos estos indicios, no puede considerarse que la referencia genérica de la parte demandante a los efectos financieros favorables que se derivan de una utilización intensiva de las infraestructuras aporte la prueba de que los descuentos controvertidos reflejan de manera efectiva y precisa disminuciones de los costes para el operador de los aeropuertos.

119. Asimismo, la República Portuguesa alega que se trata de incentivar las escalas técnicas en competencia con otros aeropuertos comunitarios. Según afirma, dichas escalas son, por su propia naturaleza, independientes del tráfico.

120. La Comisión replica, sin haber sido contradicha a este respecto, que, en todo caso, los descuentos controvertidos no se aplican a las escalas técnicas.

121. Por último, la parte demandante estima asimismo que el hecho de que ningún transportista comunitario haya reclamado indica claramente que el sistema de descuentos aplicado por ANA-EP no perjudica a los demás operadores comunitarios.

122. Sin embargo, ello no impide que la Comisión tenga derecho a adoptar decisiones en materia de competencia por iniciativa propia.

123. De las consideraciones precedentes se desprende que procede desestimar asimismo este motivo invocado por la parte demandante.

Conclusión

124. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el recurso en su totalidad y que condene en costas a la parte demandante.