

LIBERALIZACION Y POLITICA COMUNITARIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AEREO

Ponencia presentada en el curso *La política aeronáutica norteamericana y de la Comunidad Europea: El nuevo Derecho aeronáutico*, Universidad de Alcalá de Henares, 28 de julio de 1992.

LUIS ORTIZ BLANCO*

Administrador de la Comisión de las Comunidades Europeas en la Dirección General de la competencia - DG IV.

I. LA LIBERALIZACION DEL TRANSPORTE AEREO EN LA COMUNIDAD EUROPEA

El transporte aéreo es desde hace pocos años uno de los sectores de mayor actividad legislativa de las instituciones de la CE. El aparente olvido del transporte aéreo hasta 1987 contrasta, sin embargo, con su importancia económica, social y política.

Durante mucho tiempo el transporte aéreo ha estado organizado sobre la base de la regulación o reglamentación pública de las condiciones de competencia, más que sobre la libre competencia. Los gobiernos controlaban y en buena medida aún controlan el acceso al mercado (autorizando o no a nuevos transportistas aéreos para operar en sus aeropuertos), la capacidad de transporte dispo-

* Las opiniones contenidas en esta ponencia son puramente personales del autor.

nible en las rutas (determinando la frecuencia de los vuelos e incluso el tipo de aeronave) y las tarifas (fijando los precios que los usuarios habrían de pagar). Además, determinadas organizaciones internacionales tales como la International Air Transport Association (IATA) se ocupaban de introducir aún más restricciones en la libertad comercial de las empresas de transporte aéreo.

Como consecuencia, el transporte aéreo comunitario se ha caracterizado por la existencia de cuasi-monopolios nacionales, reparto de mercados y tarifas muy elevadas; un sistema que no ha producido ventajas para los consumidores, y quizá ni tan siquiera para las propias líneas aéreas, cuya eficiencia económica puede haber sido afectada por tantos años de reglamentación.

La liberalización del mercado del transporte aéreo persigue precisamente como objetivo favorecer los intereses de los consumidores y promover una mayor eficacia en la gestión de las compañías aéreas.

La liberalización, en este contexto, se puede definir como el proceso de cesación de la intervención pública —que había sustituido la libre competencia por la limitación del acceso a los mercados, el control de la oferta y la demanda, y la fijación de precios— y la introducción de los principios de libre mercado en sectores previamente no sometidos a la competencia.

La CE se encamina decididamente hacia la liberalización, dejando atrás la antigua regulación de mercado comunitario. La libertad de establecimiento y la libertad de prestación deservicios, dos de las libertades fundamentales sobre las que gravita el Mercado único, son cada vez más importantes en el transporte aéreo. Hoy en día el acceso al mercado comunitario es más fácil para las compañías aéreas, las restricciones en cuanto a la oferta de transporte están desapareciendo y la libre fijación de tarifas va poco a poco siendo la regla, y no a excepción.

Otros nos han precedido en la liberalización: *la desregulación o desreglamentación* del transporte aéreo en EE.UU. a finales de los años 70 es un buen ejemplo.

La liberalización del transporte aéreo en la CE se inscribe en el marco general de la política de transportes comunitaria, una de las tres políticas comunes incluidas ya desde 1958 en el Tratado CEE que, sin embargo, no ha tenido casi desarrollo hasta bien entrada la década de los 80.

Desde 1985, fecha en que el Consejo de la CE fue condenado por el TJCE en un asunto en el que el Parlamento Europeo acusa-

ba a aquel de no haber cumplido con su obligación de establecer una política común de transportes, de conformidad con los artículos 3, letra e) y 74 a 84 del Tratado¹, la política de transportes de la CE ha tenido un desarrollo colosal. La inmensa mayoría de los reglamentos, decisiones y directivas sobre transporte han sido adoptados en los últimos siete años. Este desarrollo ha sido impulsado por algunos de los requisitos cruciales de la integración europea, como son la realización de un Mercado único, el respeto a las normas de competencia, la cohesión económica, las preocupaciones medioambientales, y los compromisos exteriores de la CE.

El paso más importante hacia la liberalización del transporte aéreo en la CE ha tenido lugar en el mes de juli de 1992, y ha sido llamado el *tercer paquete* de medidas liberalizadoras, después de los *paquetes* de 1987 y 1990.

El primer² y el segundo *paquete*³ supusieron, respectivamente una tímida apertura y un régimen transitorio y provisional que permitirá a los transportistas aéreos comunitarios adaptarse a un futuro entorno más competitivo, que habrá ahora de producirse con el *tercer paquete*.

El *tercer paquete* propiamente dicho se compone de tres reglamentos del Consejo de la CE relativos a licencias de explotación, acceso al mercado y tarifas. Junto a estos tres reglamentos se han adoptado otros dos relativos a determinadas modificaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas de transporte aéreo y se han propuesto ciertas medidas de armonización que en un futuro próximo completarán el panorama legislativo del transporte aéreo comunitario en el Mercado único.

¹ Sentencia del TJCE de fecha 22 de mayo de 1985 en el asunto 13/83, Parlamento Europeo/Consejo de las CC.EE. Rec. 1985, p. 1556.

² Reglamento (CEE) Nº 3976/87 del Consejo (sobre el procedimiento a seguir para aplicar las normas de competencia), DOCE Nº L 374, p. 1 (1987); Reglamento (CEE) Nº 3976/87 del Consejo (facultando a la Comisión para conceder exenciones por categorías), DOCE Nº L. 374, p. 9 (1987); Directiva (CEE) Nº 87/601 del Consejo (sobre tarifas de vuelos regulares), DOCE Nº L. 374, p. 12 (1987); Decisión (CEE) Nº 87/602 del Consejo (sobre acceso de los transportistas aéreos a rutas y servicios regulares, y sobre el reparto de capacidades), DOCE Nº L. 374, p. 19 (1987).

³ Reglamento (CEE) Nº 2342/90 del Consejo (sobre tarifas de vuelos regulares), DOCE Nº L. 217, p. 1 (1990); Reglamento (CEE) Nº 2343/90 del Consejo (sobre acceso de los transportistas aéreos a rutas y servicios regulares), DOCE Nº L. 217, p. 8 (1990); Reglamento (CEE) Nº 2344/90 del Consejo (modificando el Reglamento Nº 3976/87, citado en la nota anterior), DOCE Nº L. 217, p. 15 (1990).

Por lo que se refiere a las licencias de explotación⁴, como requisito técnico previo al acceso a una ruta aérea, el *tercer paquete* establece nuevos criterios y nuevos métodos objetivos para su concesión.

En segundo lugar, en lo que atañe al acceso al mercado y al reparto de capacidad entre transportistas aéreos⁵, el *tercer paquete* establece la libre prestación de servicios de transporte aéreo entre países de la Comunidad, sin restricciones, lo cual permite la posibilidad de que un transportista del país A vuele entre aeropuertos situados en los países B y C⁶, y suprime definitivamente en los vuelos internacionales intracomunitarios e lreparto decapacidad entre compañías aéreas, que antiguamente se realizaba en la inmensa mayoría de los casos al 50% entre los dos únicos transportistas —uno de cada Estado miembro— autorizados para operar en una ruta dada. Además, se permite también sin restricciones la múltiple designación de más de un transportista aéreo nacional por parte de las autoridades aeronáuticas de los Estados miembros en las rutasinternacionales interiores de la CE.

El cabotaje aéreo queda permitido: hasta el primero de abril de 1997, sólo si se trata de vuelos conectados con una ruta intracomunitaria, con una capacidad máxima disponible a estos efectos del 50% del total de la capacidad de lasaeronaes; y a partir de tal fecha, sin restricciones.

Las únicas restricciones al libre acceso a las rutas intracomunitarias se definen claramente en función de la necesidades de servicio público, la congestión aeroportuaria y de espacio aéreo, y los problemas medioambientales.

En tercer lugar el *tercer paquete* establece respecto a las tarifas⁷, ya sean estas para pasajeros o para carga, que las compañías aéreas serán libres para fijar sus propias tarifas sin intervención, en principio, de las autoridades públicas. Sin embargo, determinadas tarifas que lasautoridades aeronáuticas consideren excesivamente altas o bajas podrán ser suspendidas. Por otro lado, las compañías aéreas podrán seguir consultándose sobre sus respectivas

⁴ Reglamento (CEE) Nº 2407/92 del Consejo, DOCE Nº L. 240, p. 1 (1992).

⁵ Reglamento (CEE) Nº 2408/92 del Consejo, DOCE Nº L. 240, p. 8 (1992).

⁶ Si no se trata de países comunitarios, pertenecientes a la misma entidad política supranacional, este particular derecho de cabotaje intracomunitario podría ser llamado, con la terminología clásica, *quinta libertad*. Esta terminología, con sr muy al uso, parecer estar superada en el transporte aéreo intracomunitario.

⁷ Reglamento (CEE) Nº 2409/92 del Consejo, DOCE Nº L. 240, p. 15 (1992).

tarifas en el seno de la IATA, algo que la Comisión ha aceptado sólo de forma transitoria hasta el pleno restablecimiento del libre mercado en cuanto a precios en el futuro, mediante la prohibición incondicional de la fijación de tarifas de transporte aéreo en la CE.

Por último, en paralelo al bloque principal del *tercer paquete* se han modificado los reglamentos comunitarios de aplicación de las normas de competencia⁸, y se han propuesto otras medidas de armonización relativas a la seguridad en las aeronaves, la reserva de billetes, las licencias de pilotaje, los límites de las horas de vuelo de los pilotos, el ruido producido por las aeronaves y la responsabilidad civil de los transportistas, todo ello con el fin de evitar la competencia desleal, mejorar la seguridad y proteger a los consumidores. Estas últimas medidas serán adoptadas con toda probabilidad en los primeros meses de 1993.

El *tercer paquete* de liberalización viene de la mano de la creación del Mercado único y de la necesidad de permitir a todo transportista aéreo comunitario la oportunidad de ofrecer sus servicios entre cualesquiera aeropuertos de la Comunidad.

Los logros futuros del *tercer paquete* pueden, sin embargo, verse frustrados por la escasa disponibilidad de períodos horarios en los aeropuertos (o *slots*) debido a la congestión aeroportuaria, y a la limitada capacidad del espacio aéreo, también congestionado. Las instituciones europeas, como dije con anterioridad, son conscientes de estos problemas y han previsto medidas con el fin de paliarlos.

Finalmente, es de esperar que en un futuro no muy lejano la liberalización del transporte aéreo se extienda, con los mismos principios, al transporte aéreo entre la CE y terceros países.

II. LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMUNITARIA

El mantenimiento de los logros de la liberalización no puede, sin embargo y paradójicamente, mantenerse sin intervención públi-

⁸ Reglamento (CEE) N° 2410/92 del Consejo modificando el Reglamento N° 3975/87 (citado en la nota 2), DOCE N° L. 240, p. 18 y Reglamento (CEE) N° 2411/92 del Consejo, modificando el Reglamento N° 3976/87 (citado también en la nota 2). El Reglamento N° 3975/87 fue modificado previamente por el Reglamento (CEE) N° 1284/91 del Consejo, DOCE N° L. 122, p. 2 (1991), con el fin de establecer un procedimiento especial abreviado para la adopción de medidas cautelares en determinadas circunstancias.

ca. La aplicación de las normas de defensa de la competencia es indispensable para que las empresas no impidan mediante acuerdos y prácticas colusorias el desarrollo de la libre competencia, una vez que las autoridades públicas han decidido someter un sector económico previamente regulado a los imperativos de la libre competencia, como es el caso del transporte aéreo intra comunitario.

Las normas de competencia comunitarias pueden clasificarse en cuatro grupos.

El primer grupo de normas se refiere a las ayudas estatales y está contenido en los artículos 92 y 94 del Tratado CEE. En su virtud, los Estados miembros han de abstenerse de otorgar ayudas que falseen la competencia favoreciendo a sus empresas en detrimento de las empresas de otros países comunitarios. Ahora bien, en determinadas circunstancias las ayudas estatales pueden ser compatibles con el Tratado CEE. En el transporte aéreo, por ejemplo, la Comisión Europea ha considerado recientemente que una importante ayuda económica concedida por el Estado español a Iberia era compatible con el mercado común⁹.

El segundo grupo de normas constituye el Derecho antitrust comunitario, cuyas fuentes son los artículos 85 y 86 del Tratado CEE y la legislación de ellos derivada.

El Artículo 85 del Tratado prohíbe los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia entre empresas. La consecuencia de esta prohibición en Derecho civil es la nulidad de pleno derecho de los acuerdos restrictivos.

Como en el caso de las ayudas de Estado, el principio general prohibitivo está sujeto a excepciones. Los acuerdos restrictivos pueden así ser autorizados siempre que concurren cuatro circunstancias, dos positivas y dos negativas. Los acuerdos han de mejorar la producción o la distribución o fomentar el progreso técnico o económico. También han de reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Por otro lado, las restricciones autorizadas no podrán ir más allá de lo estrictamente indispensable, y no han de eliminar de forma sustancial la competencia en el mercado de que se trate.

Hay dos maneras de autorizar los acuerdos y prácticas restrictivas: la primera, de forma individual, mediante decisión de la

⁹ La ayuda concedida ascendió a 120.000 millones de pesetas. Ver a este respecto el Comunicado de Prensa de la Comisión IP (92) 606, de 22 de julio de 1992.

Comisión (exención individual); la segunda, de forma colectiva para un tipo o categoría de acuerdos y prácticas, mediantereglamentos del Consejo y de la Comisión (exención por categorías).

En el transporte aéreo la Comisión ha concedido exencione sindividue a diversos aucerdos entre compañías aéreas, como por ejemplo ciertos acuerdos con el fin de establecer un servicio aéreo en común¹⁰, o con el fin de establecer un programa de agencias de pasajeros y de cara en el seno de la IATA¹¹.

La Comisión Europea también ha concedido, previa autorización del Consejo, varias exenciones por categorías a determinados tipos de acuerdos, como los relativos a planificación y coordinación de horarios, consultas sobre tarifas, asignación de períodos horarios y sistemas informatizados de reservas (SIR)¹². Estas exencions han sido concedidas algunas de ellas con carácter transitorio como paso previo a la adopción de un régimen más competitivo en el transporte aéreo comunitario.

El artículo 86 del Tratado CEE prohíbe por su parte el abuso de una posición dominante de una o varias empresas en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Se entiende que una o varias empresas están en posición dominante cuando las presiones del mercado no le afectan de forma apreciable, de modo que pueden actuar con considerable independencia respecto a sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores¹³. Tener una posición dominante no es ilegal de por sí. Tan sólo obliga a las empresa a

¹⁰ Así, por ejemplo, los acuerdos Air France/NFD, Air France/Brymon y Londo City Airways/Sabena, cuyo resumen fue publicado en el DOCE N° C 204 (1989), y que fueron autorizados por no oposición de la Comisión, siguiendo el procedimiento del Artículo 5 del Reglamento N° 3975/87, citado en la nota 2.

¹¹ Decisiones de la Comisión de fecha 30 de julio de 1991 relativas a los programas de la IATA sobre agencias de pasajeros y de carga, DOCE N° L. 258, pp. 18 y 29 (1991), respectivamente.

¹² La Comisión concedió tras el primer y el segundo *paquetes* varias exenciones por categorías, contenidas, respectivamente, en el DOCE N° L. 239 dfe 1989 (Reglamentos (CEE) N° 2671/88, 2672/88 y 2673/88 de la Comisión). La Comisión prepara en la actualidad los nuevos reglamentos de exención que habrán de aplicarse junto con el *tercer paquete*, y sustituirán a los de 1991. Los primeros borradores han sido publicados en el DOCE N° C 253, de 30 de septiembre de 1992. Todos estos reglamentos de la Comisión se basan en el Reglamento N° 3976/87 del Consejo (ver notas 2 y 8).

¹³ Sentencia del TJCE de fecha 14 de febrero de 1978 en el asunto 27/76, United Brands/Comisión, Rec. 1978, p. 207.

¹⁴ Sentencia del TJCE de fecha de 9 de noviembre de 1983 en el asunto 322/81, Michelin/Comisión, Rec. 1983, p. 3461.

examinar con un cuidado especial las repercusiones de sus actos en la competencia, a la hora de planear su estrategia competitiva¹⁴.

El artículo 86 da una lista no exhaustiva de conductas que son consideradas abusivas por el Tratado CEE, tales como la imposición de precios no equitativos, las prácticas discriminatorias y otras.

La Comisión ha aplicado en repetidas ocasiones el artículo 86 contra empresas de transporte aéreo en posición dominante.

En el año 1988 la Comisión decidió actuar contra la compañía aérea belga Sabena por haber negado el acceso a su sistema informatizado de reservas (SIR) a la compañía aérea británica London European Airways que acababa de abrir una línea entre Bélgica y el Reino Unido¹⁵.

Más recientemente, en 1992, la Comisión actuó contra la compañía aérea irlandesa Aer Lingus por haber puesto fin a su acuerdo de *interlineado* con la compañía aérea británica British Midlands, que acababa de abrir una línea entre el Reino Unido e Irlanda¹⁶. El *interlineado* permite que los billetes de una línea aérea le sean endosados a otra, con lo que la clientela puede utilizar, si es preciso, los servicios de varias compañías aéreas en un mismo trayecto o ruta. Tras esta decisión Sir Leon Brittan, Vicepresidente de la Comisión Europea y Comisario encargado de la cartera de competencia, subrayó la importancia de que en un momento en el que la industria del transporte aéreo comunitario está siendo liberalizada es especialmente importante que las compañías que intenten utilizar las nuevas oportunidades creadas por este proceso tengan la posibilidad de desarrollar y mantener su competencia frente a las compañías aéreas bien establecidas¹⁷.

El tercer grupo de normas que integran el Derecho de la competencia comunitario trata de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que los Estados miembros concedan derechos exclusivos o especiales, las cuales, de conformidad con el artículo 90 del Tratado CEE, están sujetas, tanto como las empresas privadas, a las normas del Tratado, especialmente al Derecho antitrust comunitario y a las normas relativas a las ayudas estatales.

¹⁴ Sentencia del TJCE de fecha de 9 de noviembre de 1983 en el asunto 322/81, Michelín/Comisión, Rec. 1983. p. 3461.

¹⁵ Decisión de la Comisión de 26 de febrero de 1992, DOCE N° L. 96, p. 34 (1992). Aer Lingus fue castigada con una multa de 750.000 ecus.

¹⁷ Comunicado de Prensa de la Comisión IP (92) 132, de 26 de febrero de 1992.

Que los Estados miembros sean propietarios de empresas es perfectamente compatible con el Tratado. Ahora bien, la legislación comunitaria exige que haya la suficiente transparencia de los efectos de la propiedad estatal sobre las empresas en cuestión¹⁸.

En este contexto, la Comisión examina en la actualidad, entre otros asuntos, el régimen de prestación de los servicios de asistencia en escala (como por ejemplo los de recogida y traslado de equipajes, lo de preparación y distribución a las aeronaves de las comidas servidas durante los vuelos, o *catering*, y otros) en los aeropuertos de la CE, incluida España, y puede que en el futuro proponga una directiva al respecto.

Por último, el cuarto grupo de normas comunitarias de la competencia es el relativo al control de las fusiones y concentraciones entre empresas. En 1989 la Comisión Europea recibió poderes del Consejo para controlar dichas operaciones¹⁹. El control de las concentraciones gira en la CE entorno al principio de subsidiariedad, o de división de trabajo entre la Comisión y los Estados miembros, cada uno al nivel más adecuado.

El criterio utilizado para el reparto de competencias es la importancia económica de las fusiones y concentraciones, que es valorada mediante límites cuantitativos cumulativos que permiten fácilmente dilucidar si una operación concreta es competencia de la Comisión en Bruselas o de las autoridades nacionales de los Estados miembros afectados por la concentración económica de empresas²⁰.

El examen sustantivo de los casos gira alrededor de la noción de posición dominante, de modo que no podrán ser autorizadas aquellas concentraciones entre empresas que creen o refuercen una posición dominante en el mercado común o en una partesustancial del mismo.

¹⁸ Directa (CEE) N° 80/723 de la Comisión, DOCE N° L. 195, p. 35 (1980), modificada por el DOCE N° L. 229, p. 20 (1985).

¹⁹ Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, DOCE N° L. 395, p. 1 (1989).

²⁰ El artículo 1, apartado 2 del Reglamento N° 4064/89 establece que:

"A efectos del presente Reglamento, las operaciones de concentración se consideran de dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ecus, y

b) el volumen de negocios total, en la Comunidad, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de ecus,

salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen total en la Comunidad, en un Estado miembro".

La Comisión ha tratado varias fusiones entre compañías aéreas, como las acaecidas entre British Airways y British Caledonian (1988)²¹; Air France, UTA y Air Inter (1990)²²; KLM y Transavia (1991)²³; y, más recientemente, Air France y Sabena (1992)²⁴.

La Comisión es consciente de que la liberalización traerá consigo mayor competencia al transporte aéreo comunitario, y quizá haga necesaria la reestructuración o la consolidación de las líneas aéreas europeas. La Comisión no se opone a este proceso, siempre que se garantice que la competencia no será sustancialmente por las concentraciones económicas. En efecto, un pequeño número de empresas operando en un mercado liberalizado puede crear más competencia que un gran número de empresas operando en un mercado reglamentado. Esta puede ser una de las lecciones del proceso de *desregulación* en los EE.UU.

Por otra parte, le pretexto de mejorar la competitividad de nuestras compañías a escala mundial no ha de servir tampoco para dejar a los usuarios europeos en manos de las compañías aéreas dominantes en la CE.

Por estas razones, la Comisión Europea está en favor de evitar la excesiva concentración del sector del transporte aéreo comunitario.

III. CONCLUSIONES

En conclusión, los reglamentos comunitarios no han de ser considerados como "regulación" pública del mercado del transporte aéreo en la CE. Todo lo contrario, son "desreguladores" en cuanto que abren el mercado a la competencia y mantienen la competencia creada aplicando la normativa prevista para su defensa.

²¹ Ver el "Decimoctavo informe sobre la política competencia". *Comunidades Europeas. Comisión*. Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1989, punto 81.

²² Ver el "Vigésimo informe sobre la política de competencia". *Comunidades Europeas Comisión*. Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas Luxemburgo, 1991, punto 116.

²³ Ver el Comunicado de Prensa de la Comisión IP (91) 658, de 5 de julio de 1991.

²⁴ Decisión de la Comisión de 5 de octubre de 1992 en el asunto N^o IV/M.157 -Air France/Sabena, DOCE N^o C 272, p. 5 (1992).

También es preciso observar que la liberalización en la CE ha sido paulatina y escalonada, y que no se ha pasado repentinamente de un régimen competitivamente cerrado a un régimen totalmente abierto, a diferencia de lo ocurrido en EE.UU.

Finalmente, en una industria en vías de liberalización la aplicación de las normas de competencia es especialmente importante para evitar que las desaparecidas restricciones estatales a la libre competencia sean sustituidas por restricciones privadas de tipo colusorio.

Las normas de competencia han de garantizar que las compañías aéreas hagan uso de las oportunidades creadas por la liberalización europeo del transporte aéreo, un mercado que pasará de estar fragmentado y reglamentado a ser único y competitivo.

