



IPN 39/10. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA DE LOS DERECHOS DE TRÁFICO AÉREO Y SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA SU ASIGNACIÓN.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 24 de marzo de 2010, ha aprobado el presente informe, relativo al *Proyecto de Real Decreto por el que se establece el régimen de transparencia de los derechos de tráfico aéreo y se regula el procedimiento para su asignación*.

Dicho informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La solicitud de informe fue recibida en la CNC en fecha 23 de febrero de 2010, procedente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento.

I. ANTECEDENTES

El Proyecto de Real Decreto en cuestión (PRD) se propone desarrollar las obligaciones de publicidad de los acuerdos bilaterales entre el Reino de España y terceros países en materia de derechos de tráfico aéreo, así como su procedimiento de asignación. Dicha regulación trae causa de la evolución sufrida, a nivel comunitario, en el régimen de los acuerdos bilaterales entre Estados Miembros de la UE y terceros países por este tipo de derechos.

En el campo de la negociación de este tipo de derechos, tradicionalmente las negociaciones para la conclusión de acuerdos entre los Estados Miembros y terceros Estados habían sido bilaterales, denominación que correspondía a los acuerdos concluidos para que las compañías aéreas pudiesen operar en los respectivos mercados, en los cuales los Estados intervinientes se otorgaban recíprocamente derechos de tráfico. Esto suponía que, frente a los principios y preceptos del Derecho Comunitario vigente en el ámbito de la UE, en el ámbito internacional, mediante estos acuerdos se mantenía un sistema de proteccionismo plasmado en acuerdos bilaterales en los que se regulaba con detalle la oferta de vuelos, de asientos, de destinos y de tipos de operaciones que se permitía hacer a las compañías aéreas de los países signatarios. De esta forma, la obtención de mejores condiciones dependía en gran medida del poder de negociación de cada uno de los Estados en cuestión.

En 1992 los Estados miembros de la Comunidad Europea acordaron crear un mercado único del transporte aéreo, lo que suponía la liberalización del transporte y permitir a todas las compañías establecidas en la CE operar sin restricciones por motivos de nacionalidad. Pero esta política debía trasladarse al ámbito internacional, siendo necesaria una política común frente a terceros

Estados. La Comisión Europea consideró que los Estados Miembros debían dejar de concluir convenios bilaterales por separado y adaptar los existentes a las exigencias que impone el Derecho Comunitario, tras constatar que la situación discriminatoria entre operadores comunitarios limitó los beneficios de la liberalización del mercado único iniciada en 1992.

Como consecuencia de ello, la Comisión Europea impugnó una serie de acuerdos bilaterales entre diversos Estados de la UE y los EEUU. La Comisión consideró que, amén de discriminar a los operadores comunitarios en relación con los nacionales del respectivo Estado miembro, los mencionados acuerdos bilaterales conferían ventajas competitivas a las empresas de EEUU frente a las de la CE, ya que aquéllas podían operar prácticamente sin restricciones en todo el territorio de la CE, mientras que las europeas sólo podían hacerlo desde su país de origen. Esta situación restringía a las compañías europeas las posibilidades de crear oportunidades de negocio sólidas a escala transeuropea.

El TJCE sentenció, el 2 de noviembre de 2002 (asuntos C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 y C-476/98), que los acuerdos bilaterales mencionados eran contrarios al Derecho Comunitario debido a que las cláusulas de nacionalidad infringían el derecho de establecimiento del Tratado, al discriminar a empresas comunitarias de otros Estados Miembros por razones de nacionalidad, y que otras cláusulas eran contrarias a las competencias exteriores exclusivas de la UE.

A raíz de la solución judicial dada por el TJCE, la Comisión Europea recibió del Consejo un mandato horizontal para negociar acuerdos horizontales con terceros Estados, de forma que se tenga en cuenta el mercado único de la aviación de la UE y que se permita a todas las aerolíneas comunitarias operar de manera no discriminatoria.

La mencionada sentencia obligó a las instituciones comunitarias a actuar para evitar la incertidumbre ligada a los acuerdos bilaterales existentes, asegurarse de que se cumpla con lo dictaminado por el TJCE y conseguir que en este proceso el sector no se vea perjudicado. Para ello, se aprobó el Reglamento (CE) nº 847/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y terceros países. Este Reglamento permite la negociación bilateral entre un Estado Miembro y un tercer país, sujeta a la notificación a la Comisión Europea de las negociaciones, así como a otras condiciones.

Así, el PRD desarrolla el mencionado Reglamento 847/2004, sobre la base del artículo 5 de dicho Reglamento, que dispone que *“Cuando un Estado miembro celebre un acuerdo, o introduzca modificaciones en un acuerdo o en sus anexos, que establezca limitaciones sobre el uso de derechos de tráfico o*

sobre el número de compañías aéreas comunitarias que puedan optar a ser designadas para beneficiarse de los derechos de tráfico, ese Estado miembro garantizará el reparto de los derechos de tráfico entre las compañías aéreas comunitarias que puedan optar a ellos mediante un procedimiento no discriminatorio y transparente”.

II. CONTENIDO

El PRD consta de 17 artículos, una disposición transitoria y cuatro disposiciones finales.

Como indica la memoria justificativa, el Proyecto de Real Decreto objeto de análisis “desarrolla en el ordenamiento jurídico español el procedimiento de asignación de los derechos de tráfico aéreo derivados de los acuerdos bilaterales de transporte aéreo celebrados entre España y terceros Estados”. El procedimiento general que fija para la asignación no distingue entre los casos en que los derechos de tráfico obtenidos mediante el convenio bilateral sean limitados o ilimitados, concediendo a la asignación un tratamiento uniforme.

El PRD regula en sus tres Capítulos el régimen de transparencia de los derechos de tráfico aéreo en España y el procedimiento para su asignación.

Así, en su Capítulo I (Disposiciones generales), el artículo 1 expresa que el Real Decreto “tiene por objeto establecer el régimen de transparencia de los derechos de tráfico obtenidos por España en virtud de acuerdos bilaterales de servicios aéreos suscritos con un tercer Estado y adoptar el procedimiento de asignación de tales derechos”. El artículo 2 determina la normativa aplicable, y el artículo 3 regula el régimen de transparencia de los derechos de tráfico.

En el Capítulo II (Procedimiento de asignación de derechos de tráfico), se delimita el ámbito de aplicación del procedimiento de asignación de los derechos de tráfico obtenidos por España en virtud de un acuerdo bilateral de servicios aéreos suscritos con un tercer Estado, donde destaca el régimen de publicidad aplicable al acuerdo de iniciación, que incluye la publicación en la página Web del Ministerio de Fomento, la comunicación a todas las compañías aéreas interesadas y asociaciones más representativas del sector, e incluso la posibilidad de ser objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Para la obtención de estos derechos, pueden presentar solicitudes de participación en el procedimiento de asignación de derechos de tráfico las compañías aéreas establecidas en España que cuenten con una licencia de explotación otorgada de acuerdo con la normativa comunitaria. Se prevé que los proyectos operativos presentados serán valorados por un comité técnico designado al efecto (al que corresponderá elaborar un informe técnico de

valoración y asignación de derechos de tráfico). Destaca la posibilidad expresa de que el Estado pueda dejar desierta la asignación o no asignar todos los derechos disponibles, estableciendo las causas que pueden motivar esta decisión.

En el Capítulo III (Control, revocación y transferencia de los derechos de tráfico reconocidos) se disponen las obligaciones de las compañías aéreas que resulten adjudicatarias de derechos de tráfico, los supuestos en los que la Dirección General de Aviación Civil puede autorizar la modificación de alguna de las condiciones de ejercicio de los derechos de tráfico, el régimen de control del cumplimiento, la revocación de los derechos asignados en determinados supuestos, el régimen de renuncia previa notificación, y la transferencia de los derechos en supuestos de fusión o absorción de compañías aéreas.

III. OBSERVACIONES

Desde la CNC se considera que el PRD, en términos generales, realiza un desarrollo satisfactorio de los principios establecidos en el Reglamento comunitario de 2004 para posibilitar la negociación bilateral de derechos de tráfico aéreo, favoreciendo el acceso transparente y no discriminatorio a estos derechos.

Asimismo, se consideran adecuadas las medidas de publicidad que se adoptan para poner en conocimiento de los operadores tanto lo relativo a los derechos de tráfico como, incluso, a las futuras negociaciones internacionales, así como lo estrictamente relativo a los procedimientos concretos de asignación.

No obstante, para potenciar su carácter favorecedor de la competencia, se considera conveniente formular las siguientes observaciones particulares al PRD:

Artículo 5. *Iniciación del procedimiento de asignación*

Este precepto establece que el procedimiento de asignación se iniciará por la Dirección General de Aviación Civil, por propia iniciativa o a instancia de una compañía aérea interesada, mediante un acuerdo de iniciación en el que se harán constar determinados elementos, entre los cuales se encuentran *“las condiciones adicionales a las previstas con carácter general en este real decreto que sea preciso satisfacer atendiendo a la naturaleza del mercado...”*.

En este sentido, se considera que dicha posibilidad, que está formulada en términos muy amplios al aludirse a las condiciones que sea preciso satisfacer *“atendiendo a la naturaleza del mercado”* puede servir para introducir condiciones que limiten o eviten el acceso al mercado de una manera

injustificada. Sería conveniente que se explicitasen en mayor medida cuáles pueden ser este tipo de condiciones.

Artículo 10. Propuesta de resolución

Este precepto dispone, en su apartado 1, la elevación de la propuesta de resolución del órgano instructor al competente para resolver, así como, en su apartado 2, la posibilidad de que esta propuesta pueda contener *“una relación ordenada, con indicación del orden de prelación, de todas las solicitudes que siendo adecuadas para gestionar los derechos de tráfico disponibles, no hayan sido seleccionadas por no existir derechos de tráfico suficientes”*.

Se regulan, además, las consecuencias derivadas de la aprobación de esta lista, donde destaca la siguiente previsión: *“En este supuesto, si cualquiera de los concurrentes renunciase a los derechos de tráfico cuya asignación se proponga en la propuesta de resolución, éstos se otorgarán al solicitante o solicitantes al que le hubieran correspondido atendiendo al orden de prelación”*.

Se entiende que la previsión del artículo 10.2 PRD se refiere a la posible renuncia a los derechos por parte de los operadores solicitantes inmediatamente después de la asignación, y no a lo largo de la vida de dichos derechos (esto es, en cualquier momento de la explotación de los mismos por parte del operador adjudicatario).

Si este no fuese el caso, y lo que se estuviese previendo es que dicho orden de prelación sirva para realizar sucesivas asignaciones, en caso de renuncia a la explotación de los derechos por su asignatario original (aunque esta renuncia se produzca una vez haya iniciado la explotación de los derechos), esta posibilidad se consideraría menos adecuada que la iniciación de un nuevo procedimiento para volver a asignar esos derechos. Un nuevo procedimiento permite que, con posterioridad a su asignación inicial, los operadores puedan volver a competir por el acceso, presentando nuevos proyectos más competitivos que los presentados en su día.

Por ello, se debería ceñir la virtualidad de la lista de reserva al período inmediatamente posterior a la asignación. Más allá de un período razonable posterior a la asignación de los derechos, se debería recurrir a un nuevo procedimiento de asignación a la hora de otorgar nuevos derechos de asignación. De no aceptarse dicha recomendación, debería preverse, como mínimo, que la Dirección General de Aviación Civil pudiese optar, pasado un período razonable desde la asignación inicial, por ceñirse al orden de prelación o convocar un nuevo procedimiento.

Artículo 11. Criterios de valoración de los proyectos operativos

El artículo 11 establece los criterios con arreglo a los cuales el comité técnico de valoración elaborará el informe técnico de valoración y asignación.

En este sentido, si bien se considera acertado explicitar dichos criterios, también sería muy conveniente que se estableciese el peso o ponderación que cada uno de los mismos van a tener en dicho informe, en aras de que la decisión sea lo más transparente posible y se puedan limitar posibles excesos de discrecionalidad por parte de dicho Comité técnico. Ello evitaría, asimismo, que cada uno de los proyectos sea valorado con arreglo a un peso diferente de estos criterios en el total de la puntuación.

Asimismo, se considera que la formulación de los criterios es un tanto vaga, y que resultaría conveniente que se desarrollase en qué consiste cada uno. Por ejemplo, uno de los criterios de ponderación es el “impacto sobre la competencia”. Si bien se considera que puede resultar positivo que dicho impacto constituya un factor relevante para el orden de mérito de las solicitudes, no es posible conocer qué elementos va a tener en cuenta la Dirección General de la Aviación Civil para establecer dicho impacto sobre la competencia.

Artículo 12. Fin del procedimiento

Este artículo regula la terminación del procedimiento mediante una resolución, así como el contenido, notificación y régimen de recursos administrativos aplicables a la misma, y dispone en su apartado 3 que, cualquiera que sea el sentido de ésta, *“la resolución que ponga fin al procedimiento podrá dejar desierta la asignación de derechos de tráfico o no asignar todos los disponibles, cuando los proyectos operativos presentados no garanticen suficientemente su viabilidad y continuidad, no se satisfacen los requisitos y necesidades de ese mercado o el buen uso de los derechos de tráfico en beneficio del interés general o de los usuarios del transporte aéreo”*.

La posibilidad prevista en el artículo 12.3 PRD ha de aplicarse con cautela, puesto que la no asignación de derechos o la asignación parcial y no completa de los mismos supone la reducción de las posibilidades de explotación de un mercado que exige de la asignación administrativa de los recursos, sin que sea posible operar al margen de dicha intervención. En particular, de nuevo, el aludir a la no satisfacción de “los requisitos y necesidades de ese mercado” puede dar lugar a aplicaciones de esa facultad discrecional de la Administración que resulten restrictivas de la competencia, por lo que se insiste en la necesidad de acotar más esta valoración, en el sentido ya manifestado a propósito del art. 5.

Por añadidura, si bien puede resultar procedente que se consideren objetivamente inadecuadas todas las propuestas presentadas para el

otorgamiento de los derechos de tráfico, esta posibilidad ha de complementarse, al menos, con la previsión de que la Administración haya de celebrar un nuevo procedimiento de asignación, en un plazo razonable, tras dicha decisión. Ello permitiría que se evalúen nuevas propuestas de operadores que, a la vista del resultado del procedimiento anterior, tendrán incentivos a presentar ofertas o proyectos más competitivos y adecuados con la finalidad de obtener los derechos de tráfico que hayan quedado desiertos, de forma que se evite que los derechos se queden sin explotar durante un plazo de tiempo indefinido.

