



## **IPN 61/11. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA INFORMACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE TRÁFICO AÉREO PROCEDENTES DE LOS ACUERDOS CON TERCEROS ESTADOS EN LOS QUE ESPAÑA SEA PARTE Y EL RÉGIMEN DE SU EJERCICIO.**

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 27 de julio de 2011, ha aprobado el presente informe, relativo al *Proyecto de Real Decreto por el que se regula la información sobre los derechos de tráfico aéreo procedentes de los acuerdos con terceros estados en los que España sea parte y el régimen de su ejercicio*.

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 con fecha de entrada en el Registro de 14 de julio de 2011, procedente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento. El texto viene acompañado de la memoria de análisis de impacto normativo. Así mismo se menciona en la solicitud que una versión anterior de este PRD ya fue objeto de informe por la CNC en fecha 26 de marzo de 2010 (IPN 39/10) pero que la introducción de una serie de modificaciones en el texto justifican la petición de un nuevo informe.

### **I. ANTECEDENTES**

Este PRD desarrolla en el ordenamiento jurídico español el mandato recogido en el Reglamento (CE) n° 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 Estados. La apertura de los mercados de transporte aéreo se ha articulado tradicionalmente a través de acuerdos bilaterales entre Estados, en los que éstos se otorgan derechos de tráfico. No obstante, la tendencia en el ámbito de la Unión Europea es sustituir progresivamente los acuerdos bilaterales con terceros Estados por acuerdos multilaterales, negociados de forma conjunta en el seno de la Unión Europea con estos terceros Estados.

Todos estos acuerdos de servicios de transporte aéreo abren nuevas oportunidades para las compañías aéreas, al permitirles operar nuevas rutas o intensificar las operaciones en aquéllas existentes, al tiempo que contribuyen a potenciar el conocimiento entre los pueblos y a dinamizar la actividad social, cultural y económica.

En este campo, el Reglamento citado 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 entre las que se encuentra la realización de un procedimiento no discriminatorio y transparente y su preceptiva comunicación a la Comisión Europea.

Hasta ahora la Dirección General de Aviación Civil estaba desarrollando este procedimiento por aplicación directa del régimen general previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, la necesidad de adecuar este procedimiento común a las peculiaridades del transporte aéreo y al procedimiento de concurrencia competitiva que, en muchos casos, exige la asignación de estos derechos aconseja el **establecimiento de un procedimiento específico que recoja todas las singularidades necesarias.**

Pese a que España ha informado a la Comisión Europea sobre el procedimiento de asignación seguido, éste no ha sido protocolizado y, en consecuencia, no se ha publicado en el DOUE. Es necesario, por tanto, protocolizarle para permitir la publicación del procedimiento aplicable con todas las garantías para los usuarios. La naturaleza de las cuestiones que deben abordarse en el procedimiento requiere que su adopción se lleve a cabo mediante una disposición general.

La Comisión Nacional de la Competencia ya evacuó informe en relación con una versión anterior del PRD de referencia, aprobado por el Consejo en su reunión de 24 de marzo de 2010. Dicho informe se remitió igualmente al Ministerio de Fomento como *IPN 39/10, sobre el 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.*

En el mismo, tras indicar que se consideraba que el PRD, en términos generales, realizaba 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, se indicaba que, no obstante, para potenciar su carácter favorecedor de la competencia, se consideraba conveniente formular determinadas observaciones particulares al PRD, algunas de las cuales han sido tenidas en cuenta en esta versión del texto remitido, como se detalla más adelante.

## **II. CONTENIDO**

El PRD consta de 20 artículos, agrupados en cinco capítulos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y cuatro disposiciones finales.

En su Capítulo I (Disposiciones generales), el artículo 1 expresa que el PRD “tiene por objeto establecer las obligaciones de información sobre los derechos de tráfico procedentes de los acuerdos de servicios de transporte aéreo suscritos con terceros Estados en los que España sea parte y regular su régimen de asignación y control”. El artículo 2 determina la normativa aplicable.

El Capítulo II (Información sobre los derechos de tráfico) está integrado por los artículos 3 y 4 que establecen por un lado, las obligaciones de información impuestas a la Administración sobre los acuerdos de servicios de transporte aéreo, y por otro, la posibilidad de consultar a las compañías aéreas con anterioridad a la negociación de un acuerdo de servicios aéreos.

En el Capítulo III (Régimen de asignación de los derechos de tráfico), se regula el régimen de asignación de los derechos de tráfico, estableciendo el procedimiento conforme al cual se procede a dicha asignación. En el artículo 5 se delimita el ámbito de aplicación del capítulo y, en consecuencia, del régimen y procedimiento de asignación de los derechos de tráfico obtenidos por España en virtud de los acuerdos de servicios aéreos suscritos con terceros Estados que establecen limitaciones en cuanto al número de derechos de tráfico disponibles o al número de compañías aéreas que podrán acceder a dichos mercados.

Además, se establecen los requisitos que deben reunir las compañías aéreas para concurrir a la asignación de derechos de tráfico (artículo 6), la iniciación del procedimiento (artículo 7), las condiciones de la solicitud (artículo 8), la instrucción del procedimiento y la confidencialidad (artículo 9), la propuesta de resolución (artículo 10), la valoración de los proyectos operativos (artículo 11), los criterios para llevar a cabo dicha valoración (artículo 12) y la terminación del procedimiento mediante resolución (artículo 13).

En el Capítulo IV (Control, revocación y transferencia de los derechos de tráfico reconocidos) se establecen las obligaciones de las compañías aéreas que resulten adjudicatarias de derechos de tráfico, así como los supuestos en los que la Dirección General de Aviación Civil podrá, por causa de fuerza mayor u otras debidamente justificadas, autorizar la modificación de alguna de las condiciones de ejercicio de los derechos de tráfico (artículo 14), el régimen de control del cumplimiento (artículo 15) y la revocación de los derechos asignados en determinados supuestos (artículo 16). Asimismo, se regula el régimen de renuncia, previa notificación a la Dirección General de Aviación Civil (artículo 17), y la transferencia de los derechos acordada por este órgano en supuestos de fusión o absorción de compañías aéreas (artículo 18).

El Capítulo V (Derechos de tráfico en mercados en los que no existe limitación), aborda la regulación del ejercicio de los derechos de tráfico en aquéllos mercados en los que, conforme a los acuerdos suscritos con los

terceros Estados, no existe limitación alguna en el número de derechos de tráfico que pueden operarse o en el número de compañías aéreas que pueden hacerlo. En relación con estos mercados, el proyecto prevé que sean ejercidos libremente por las compañías aéreas que reúnan las condiciones establecidas en el acuerdo suscrito (artículo 19), siempre que la Agencia Estatal de Seguridad Aérea autorice su programa de actuaciones. En el artículo 20 se aborda el control del ejercicio de estos derechos de conformidad con lo previsto en el acuerdo del que derivan o en la normativa aplicable a la prestación de servicios aéreos y su revocación cuando se incumplan estas condiciones o no se satisfagan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 13.2 para la asignación de derechos de tráfico.

Por último, las disposiciones adicionales regulan: la inaplicación de parte del PRD cuando resulte incompatible con aquellos acuerdos en los que España sea parte; los medios personales y materiales del comité técnico de valoración; y la autorización de los programas de servicios aéreos de las aerolíneas. También se contempla una disposición transitoria sobre los derechos de tráfico asignados con anterioridad a este PRD y cuatro disposiciones finales, mencionando el título competencial en que se fundamenta el PRD, la aplicación del derecho de la UE, la habilitación al Ministerio de Fomento para el desarrollo normativo y su entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE.

### III. OBSERVACIONES

1. Observaciones formuladas en el IPN 39/10, sobre el *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 IPN planteaba observaciones sobre las siguientes cuestiones:

- Respecto de la **Iniciación del procedimiento** de asignación de derechos, se recomendaba explicitar en mayor medida el alcance del criterio relativo a la *atención a la naturaleza del mercado* que la Dirección General de Aviación Civil podría tener en cuenta para establecer las condiciones adicionales a las previstas con carácter general.
- En relación con la **Propuesta de resolución**, se ponía de manifiesto el potencial impacto sobre la competencia de la confección de 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”* de forma que *“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”. A este respecto, se indicaba que este orden de prelación solo debería utilizarse, además de en el momento de la asignación de los derechos, en un período de tiempo inmediatamente posterior a la asignación, debiendo recurrirse a un nuevo procedimiento de asignación una vez transcurrido este periodo razonable.*

- En cuanto a los **criterios de valoración de los proyectos operativos**, se apuntaba, por un lado, que la formulación de los criterios es un tanto vaga y que resultaría conveniente que se desarrollase en qué consiste cada uno, así como que sería conveniente que se estableciese el peso o ponderación de cada uno de los mismos.
- Finalmente, en relación con la **resolución que pone fin al procedimiento**, se indicaba, respecto a la posibilidad de *“dejar desierta la asignación de derechos de tráfico o no asignar todos los disponibles”*, que debía complementarse, al menos, con la previsión de que la Administración haya de celebrar un nuevo procedimiento de asignación, en un plazo razonable. Así mismo, respecto del ejercicio de esta facultad por parte de la Dirección General de Aviación Civil alegando la no satisfacción de *“los requisitos y necesidades de ese mercado”*, se apuntaba la necesidad de precisar más este criterio cuya formulación, excesivamente vaga, podría otorgar una excesiva discrecionalidad a la Administración para llevar a cabo actuaciones que resultasen restrictivas de la competencia.

## 2. Observaciones al nuevo texto de PRD

En primer término, se ha de destacar positivamente el esfuerzo por ordenar y sistematizar los tres supuestos objeto de regulación, es decir: la asignación de derechos en mercados en los que no existe limitación, la asignación de derechos cuando existe limitación pero es posible atender todas las solicitudes, y el caso en que, debido a la limitación, no es posible satisfacer toda la demanda.

En segundo lugar, se aprecia la incorporación satisfactoria de las siguientes observaciones formuladas en el IPN 39/10: se ha introducido más precisión en lo referente a las condiciones adicionales objetivas que debe apreciar la Dirección General de Aviación Civil para la iniciación del procedimiento de asignación de derechos (art. 7.1 PRD), y se establece la introducción en el acuerdo de iniciación de los valores o márgenes de valor que deben atribuirse a los criterios de valoración de los proyectos operativos de las compañías

aéreas que concurran al procedimiento (art. 7.2 PRD), introduciendo de esta forma elementos reglados a tener en cuenta en su aplicación práctica.

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

**Artículo 3. Obligaciones de información sobre los acuerdos de servicios de transporte aéreo.**

En este artículo se impone a la Dirección General de Aviación Civil la obligación de facilitar información actualizada, a través de la página Web del Ministerio de Fomento sobre las siguientes cuestiones: los derechos de tráfico disponibles en los mercados aéreos entre España y los terceros Estados con los que se hayan concluido acuerdos de transporte aéreo, las futuras negociaciones internacionales sobre acuerdos de servicios de transporte aéreo que se vayan a emprender, los criterios aplicados por la Dirección General de Aviación Civil en los procedimientos de asignación de derechos de tráfico y los acuerdos de iniciación de los procedimientos de asignación de derechos de tráfico.

Se observa que, en relación con la anterior versión, se ha eliminado de esta obligación la información sobre dos elementos, a saber: el resultado de los procedimientos de asignación ya efectuados y la revocación de los derechos de tráfico asignados.

En la Memoria que acompaña al texto se indica que esta eliminación se debe a la necesidad de dar respuesta a las observaciones formuladas por las compañías aéreas, *“con el objeto de no situarlas en una posición de desventaja competitiva. Posición de desventaja competitiva que se produciría al trascender, por esta vía y de forma anticipada, los futuros proyectos de implantación en nuevos mercados, o sus renunciadas, cuando en otros países de la Unión Europea no se facilita esta información respecto de los derechos de tráfico operados desde los respectivos Estados miembros”*.

Más allá de este argumento, no se percibe otro objetivo de interés público que pueda sustentar esta limitación de los principios de transparencia y publicidad que deben regir la asignación de recursos públicos por parte de las autoridades estatales, que es el objeto regulado por el PRD en cuestión, sin que tampoco sea evidente el motivo por el cual la publicación de esta información puede perjudicar, en términos comparativos, a las compañías aéreas, al menos en una medida capaz de justificar una limitación tan importante de los dos referidos principios. En todo caso, existe una forma alternativa de evitar ese eventual perjuicio con menor riesgo de distorsión de la competencia, que es que el Ministerio competente proponga a las autoridades

comunitarias una homogeneización de la información disponible en todos los Estados miembros de la UE.

Por todo ello, **se solicita la inclusión de nuevo de estos dos elementos en la lista que establece el artículo 3.**

### **Artículo 10. Propuesta de resolución**

Este artículo regula el contenido de la propuesta de resolución que redactará el órgano instructor para la asignación de los derechos de tráfico. En el mismo se contemplan dos situaciones: cuando los derechos sean insuficientes para cubrir las demandas de las compañías aéreas y cuando no lo sean.

En el primer caso, si el mercado es insuficiente, se establece la posibilidad de que la propuesta de resolución incluya *“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”*. Esta lista permitiría que *“si cualquiera de los concurrentes renunciase a mantener su solicitud a la vista de 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”*.

En su informe 39/10 la CNC señaló que no consideraba perjudicial para la competencia la existencia de dicha lista con un orden de prelación, siempre que su uso se ciñera al periodo inmediatamente posterior a la asignación, debiéndose recurrir a un nuevo procedimiento de asignación para otorgar nuevos derechos en el caso de haber transcurrido períodos de tiempo más prolongados. A este respecto, la Memoria que acompaña al PRD indica, que respecto al *“alcance temporal de la prelación contenida en la propuesta de resolución, que ésta se agota en el propio procedimiento sin que tenga efecto alguno si, en el futuro, los derechos del respectivo mercado quedaran liberados, en cuyo caso, debería iniciarse un nuevo procedimiento de asignación, mediante el correspondiente acuerdo de iniciación del procedimiento”*.

Si bien se valora positivamente esta aclaración en la Memoria en línea con la observación formulada en el IPN anterior, **sería conveniente no obstante aclarar en el propio texto legal este extremo**, ya que la Memoria no es un elemento de la parte dispositiva del mismo.

## **Artículo 12. Criterios de valoración de los proyectos operativos**

Este artículo establece los criterios con arreglo a los cuales el Comité técnico de valoración elaborará el informe técnico de valoración y asignación, a efectos de asignar los derechos entre los distintos operadores. Se observa que en general se mantiene la redacción del anterior PRD, motivo por el cual se reiteran, al menos parcialmente, las observaciones formuladas en el IPN 39/10 que se referían fundamentalmente a la excesiva vaguedad de los criterios y al hecho de que no se establezca una ponderación de los mismos.

No obstante, por lo que se refiere a la observación en dicho IPN referente a la conveniencia de establecer el peso o ponderación que cada uno de los criterios van a tener en el informe técnico de valoración, 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, se ha de señalar que la nueva redacción del artículo 7.2, establece que el acuerdo de iniciación *“contendrá, el valor o márgenes de valor que debe atribuirse a los criterios de valoración de los proyectos operativos que concurren al procedimiento”*.

Aunque en el IPN anterior se señaló la conveniencia de que el PRD recogiera unos márgenes de valoración de cada uno de los criterios susceptibles de aplicación con carácter general, se considera justificada la delegación de la determinación de dichos márgenes a la fase correspondiente al acuerdo de iniciación de cada convocatoria, ya que ello permite adaptar las ponderaciones de los criterios a eventuales diferencias entre las condiciones que caracterizan cada procedimiento. En consecuencia, se considera que la actual redacción del art. 7, al establecer que en el propio acuerdo de iniciación se determinarán estos valores o márgenes y que serán hechos públicos en la página web del Ministerio para conocimiento de todas las compañías aéreas interesadas, satisface la observación formulada por la CNC en su día.

En cuanto a la observación relativa a la excesiva vaguedad de los criterios a valorar, la nueva versión del PRD solamente introduce una mayor precisión en el criterio relativo al “impacto del proyecto sobre la competencia”, indicando que, entre otros elementos, se deben tener en cuenta *“el acceso de nuevos operadores y la diversificación de compañías operadoras”*, una precisión mencionada a modo de ejemplo en el IPN 39/10. Por ello, con independencia de que se valore positivamente el desarrollo efectuado del criterio de afección a la competencia, se considera deseable una mayor concreción del resto de criterios recogidos en dicho art. 12.

## **Artículo 13. Terminación del procedimiento**

Este precepto regula la terminación del procedimiento de asignación de derechos de tráfico mediante resolución del Director General de Aviación Civil,

así como el contenido, notificación y régimen de recursos administrativos aplicables a la misma.

*En su actual apartado segundo se señala que “la resolución que ponga fin al procedimiento podrá dejar desierta la asignación de derechos de tráfico o no asignar todos los disponibles, cuando no quede acreditado que se garantizan suficientemente la viabilidad y continuidad de las operaciones cuya asignación se solicita, que 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”.*

No obstante, se añade el siguiente párrafo *“en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de resolución en la que se acuerde dejar desierta la asignación de derechos de tráfico o en la que no se asignen todos los derechos disponibles, la Dirección General de Aviación Civil convocará un nuevo procedimiento de asignación conforme a lo previsto en el artículo 7, salvo que la causa de tal resolución sea la ausencia o insuficiencia de solicitudes”.*

Si bien **se valora positivamente el hecho de que se haya fijado un plazo máximo de seis meses** para la obligación de apertura de un nuevo procedimiento de asignación de derechos, dado que en dicho plazo se podrán realizar las correcciones exigidas en la solicitud por parte de aquellas compañías que pudieran haber sido excluidas del procedimiento anterior, el hecho de que se mantenga la alusión a que la resolución finalizadora del procedimiento pueda dejar desierta la asignación, cuando no quede acreditado que “se satisfacen los requisitos y necesidades de ese mercado”, mantiene el riesgo de excesiva discrecionalidad del órgano resolutorio, con potenciales efectos restrictivos de la competencia.

Por este motivo, se insiste en la **necesidad de acotar más esta valoración**, en el sentido de explicitar en mayor medida cuáles pueden ser los elementos que pueden permitir a la Administración declarar desierta la asignación, o no asignar la totalidad de los derechos disponibles.

## **Artículo 20. Control y revocación**

Este artículo de nueva redacción atribuye a la Dirección General de Aviación Civil el control y supervisión de los derechos de tráfico en los mercados en los que no existe limitación, a efectos de lo cual podrá revocar el ejercicio de tales derechos en unos supuestos tasados expresamente. El texto en cuestión señala expresamente que *“La Dirección general de Aviación Civil podrá revocar el ejercicio de estos derechos de tráfico en los supuestos previstos en el art. 14.1 letras d) y e) y cuando tales derechos de tráfico no satisfagan los requisitos y necesidades del mercado concreto en que se operen o el buen uso*

*de los derechos de tráfico en beneficio del interés general o de los usuarios del transporte aéreo”.*

En primer lugar, cabe indicar que mientras que en el artículo 16 (revocación de derechos en mercados con limitación) la expresión que se utiliza para regular la revocación es claramente imperativa: “La Dirección General de Aviación Civil, *previa audiencia de la compañía aérea en el plazo de 10 días hábiles, **revocará** de forma definitiva los derechos de tráfico asignados*”, por el contrario, en este artículo 20 la redacción es simplemente potestativa otorgando la facultad de revocación a la mencionada Dirección pero sin imponerla: “La Dirección General de Aviación Civil **podrá revocar** el ejercicio de estos derechos de tráfico [...]”.

Esta diferencia de trato no parece justificable si se tiene en cuenta que uno de los supuestos en que, según el art. 20, *puede* producirse la revocación es el caso de que la compañía aérea pierda su licencia de explotación (artículo 16.1 d) del PRD), no resultando razonable que, si no dispone de dicha licencia, la compañía aérea pueda seguir disponiendo de los derechos de tráfico aéreo. Por este motivo, se recomienda que se equipare el tratamiento de ambas situaciones, **estableciéndose una obligación de revocación para los dos supuestos contemplados en el art. 20 en relación con las letras d) y e) del art. 16.**

En segundo lugar, se señala un posible error material en la actual redacción del 20.2, puesto que se remite a las letras d) y e) del artículo 14.1, cuando el artículo 14.1 no tiene letras d) y e), y la rúbrica de dicho artículo es la siguiente: “*Obligaciones de las compañías aéreas en el ejercicio de derechos de tráfico.*” Por el contrario, el artículo 16 del PRD tiene por rúbrica “*Revocación*”, y sus letras d) y e) hacen referencia a dos supuestos específicos de revocación de los derechos, por lo que se estima que la referencia correcta es la relativa a este precepto, tal y como se ha señalado en el párrafo anterior.

Finalmente, en este art. 20 se precisa que, además de las causas tasadas que se acaban de mencionar, también cabe la revocación “*cuando tales derechos de tráfico no satisfagan los requisitos y necesidades del mercado concreto en que se operen o el buen uso de los derechos de tráfico en beneficio del interés general o de los usuarios del transporte aéreo*”.

Nuevamente cabe reiterar aquí los comentarios ya efectuados en relación con el art. 13, en el sentido de que la alusión a *la no satisfacción de los requisitos y necesidades de ese mercado* otorga una excesiva discrecionalidad a la Administración que **puede resultar restrictiva de la competencia, siendo por ello necesario que se precise en mayor medida este criterio.**