

LA APLICACION DE LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA DEL TRATADO DE ROMA A LA FIJACION DE TARIFAS EN LOS TRANSPORTES AEREOS

(Comentario a la sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986, en los casos acumulados 209 a 213/84, Ministère public c. Lucas Asjes et autres (Nouvelles Frontières))

Por IGNACIO QUINTANA CARLO (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA POLÍTICA AERONÁUTICA DE LA CEE: A) *Desde la perspectiva de la política de transportes.* B) *Desde la perspectiva de la política de competencia.*—II. EL CASO «NOUVELLES FRONTIÈRES».—III. LAS SECUELAS DEL CASO: LA LIBERACIÓN DEL TRANSPORTE AÉREO.

I. INTRODUCCIÓN: LA POLÍTICA AERONÁUTICA DE LA CEE

No obstante la indudable importancia del transporte aéreo, tanto en líneas regulares como no regulares (*charter*) en los países de la CEE (1), la política aeronáutica no ha sido hasta fechas muy recientes (2) objeto de atención por parte de las distintas instancias comunitarias.

(*) Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza.

(1) Una exposición muy completa sobre la estructura del transporte aéreo en Europa, en la cual se contemplan muchos de los temas que se abordan en este comentario, puede consultarse en el estudio elaborado por el National Consumer Council, *Air Transport and the Consumer a Need for Change? A report on air transport regulation in Europe*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1986.

(2) No obstante las referencias contenidas en el *Memorandum de la Commission au Conseil sur l'aplicabilité aux transports des règles de concurrence énoncées dans le Traité instituant la Communauté économique européenne et sur l'interprétation et*

Efectivamente, desde la perspectiva de la política de transporte, aunque el Tratado de Roma de 1957 incluye el sector de los transportes dentro de los que son objeto de una política común (junto con la agricultura y las

l'application du Traité en ce qui concerne la navigation maritime et aérienne (doc. VII/05230, final, du 12-11-1960), y en el *Memorandum sur l'orientation à la politique commune des transports* (doc. II/COM (61), 50 final, du 10-4-1961; así como en el *Programme d'action en matière de politique commune des transports (communication de la Commission au Conseil)* (doc. VII/COM (62), 88 final du 23-5-1962), en las *Declarations de la Commission lors des sessions du Conseil des 20 octobre 1964* [Huitième rapport général de la Commission sur l'activité des Communautés (1er avril 1964-31 mars 1965, pág. 265, pár. 239) et 4 juin 1970 (Quatrième rapport général de la Commission sur l'activité des Communautés 1970, pág. 250, pár. 302), el *Project de décision du Conseil relatif aux premiers éléments d'une action commune en matière de transport aérien* (doc. COM (72) 695 du 21-6-1972), y el *Rapport et proposition de décision sur un programme d'action pour l'aéronautique européenne en date du 1er octobre 1975* (Annexe 11/75 - Bulletin des CE y J.O. núm. C 265, del 19-11-1975), hay que esperar al 4 de julio de 1979, en que se publica el documento *Transport aériens: une approche communautaire (memorandum de la Commission)* [Supplément 5/75 del Bulletin des Communautés européennes] para que la Comisión enuncie sus objetivos a corto, medio y largo plazo en la elaboración de la política común de los transportes aéreos.

De este año 1979, por otra parte, datan las primeras disposiciones promulgadas por las instituciones comunitarias para el sector transportes aéreos: la *Decisión 80/50 del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, por la que se establece un procedimiento de consulta en lo que se refiere a las relaciones entre Estados miembros y terceros países en el sector de los transportes aéreos, así como a las acciones relativas a este sector en el seno de las organizaciones internacionales* (DOCE, edición especial 1985, 7, Política de Transportes, vol. 2, págs. 204 y sigs.); la *Directiva 88/51 del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas* (DOCE, edición especial 1985, 7, Política de Transportes, vol. 2, págs. 206 y sigs.), que pertenece más a la política de medio ambiente que a la de transportes; la *Directiva 80/1266 del Consejo, de 16 de diciembre de 1980, relativa a la futura cooperación y a la ayuda mutua de los Estados miembros en las investigaciones sobre accidentes de aeronaves* (DOCE, edición especial 1985, 7, Política de Transportes, vol. 2, págs. 273 y sigs.), y la *Directiva 83/416 del Consejo, de 25 de julio de 1983, relativa a la autorización de servicios aéreos regulares interregionales para el transporte de pasajeros, de correo y de flete entre Estados miembros* (DOCE, edición especial 1985, 7, Política de Transportes, vol. 3, págs. 166 y sigs.), la única de las normas citadas, que propiamente puede encuadrarse dentro de la política común de transportes. La normativa citada puede consultarse también en el volumen *La legislación básica de transportes en la Comunidad Económica Europea*, editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, Madrid, 1985, págs. 423 y sigs.

No se incluyen en esta relación de normas las publicadas en el DOCE de 31-12-

relaciones comerciales exteriores) (3), es lo cierto que los once preceptos (arts. 74 a 84) que integran su Título IV (Transportes) son claramente insuficientes y se limitan a establecer el cuadro general en que debe legislarse (arts. 74, 75 y 84) y a recoger algunos principios del Tratado (arts. 76, 79, 80 y 81) y algunas excepciones (arts. 77, 78, 82 y 83) (4).

Con la entrada en vigor el día 1.º de julio de 1987 del Acta Unica Europea que reforma y completa el art. 84 del Tratado CEE, sustituyendo la regla de la unanimidad de su párrafo 2.º por la de la mayoría cualificada y añadiéndole un párrafo 3.º, la política de transportes habrá de experimentar un importante desarrollo (5).

Desde la perspectiva de la política de competencia, la aplicación de las normas de competencia al transporte aéreo (y al transporte marítimo) ha venido durante mucho tiempo marcada por la redacción del art. 84 del Tratado CEE, conforme al cual

1987, que integran el conjunto normativo sobre liberalización de los transportes aéreos intracomunitarios, por ser objeto de desarrollo específico en la última parte de este comentario.

N. de la R.: Estas normas se publican íntegramente en esta *Revista*, en el apartado de Documentación, págs. 283 y sigs.

(3) Conforme al art. 3 del Tratado CEE, «A los fines enumerados en el artículo anterior, la acción de la comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: ... e) El establecimiento de una política común en el sector de los transportes».

(4) Vid. L. GONZÁLEZ ALONSO, «Los transportes en la Comunidad Económica Europea», en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, tomo III, págs. 459 y sigs., en pág. 484, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, Madrid, 1986, y J. I. SALOFRANCA y F. GONZÁLEZ BLANCH-ROCA, *La política de transportes en la CEE*, Trivium, Madrid, 1986.

(5) Después de la entrada en vigor del Acta Unica Europea, el art. 84 del Tratado CEE ha quedado redactado de la forma siguiente:

«1. Las disposiciones del presente Título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

2. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea.

Se aplicarán las normas de procedimiento de los apartados 1 y 3 del artículo 75».

La ponderación de los votos de los Estados miembros a efectos de establecer la mayoría cualificada a que se refiere el art. 84.2 del Tratado viene establecida por el art. 148.4 del mismo, tal y como ha quedado redactado conforme al art. 14 del Acta de Adhesión de España y Portugal, que exigen una cifra de 54 votos sobre un total de 76.

«1. Las disposiciones del presente Título (Título IV: Transportes) se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

2. El Consejo, por unanimidad (6), podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento, podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea.»

El mencionado precepto planteó en principio el problema de saber si la exclusión que se hace de los modos marítimos y aéreo de la política común de transportes (juntamente con la comercial respecto de terceros Estados y la agrícola las tres únicas políticas comunes (7) de la CEE conforme al art. 3.a), d) y e) de su Tratado fundacional) llevaba consigo igualmente la exclusión del modo aéreo del resto de las disposiciones del Tratado. Discusión cuyas implicaciones —como acertadamente pone de relieve Molina del Pozo (8)— rebasan el dominio de los transportes para poner en cuestión el carácter general y unitario del Tratado CEE (9).

La solución al problema vino dada por el TJCE (10) en la sentencia Van Houtten (11), en la que se estableció que, «aun cuando, en virtud

(6) El art. 16 del Acta Unica Europea ha sustituido la expresión «por unanimidad» por las palabras «por mayoría cualificada», lo que habrá de permitir una flexibilización de la actuación del Consejo en este sector.

(7) Sobre el sentido y contenido material de la expresión «política común», cfr. MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, págs. 486-488.

(8) Vid. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1987, pág. 490.

(9) El primer planteamiento general del tema en la doctrina española puede verse en SENÉN DE LA FUENTE, BERCOVITZ, GARRIGUES LÓPEZ-CHICHBRI, JIMÉNEZ DE PARGA Y LLADÓ, *Panorámica de la regulación de la competencia dentro del Tratado de la CEE*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1966, págs. 63-66. Y, ya con referencia específica a los transportes marítimos —aunque perfectamente aplicable a los efectuados por vía aérea—, J. M.^a GONDRA ROMERO, «Las “Conferencias” marítimas ante el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 113, julio-septiembre 1969, págs. 345 y sigs., en págs. 367-371; trabajo anterior al caso *Van Houtte* y, por supuesto, al caso *Nouvelles Frontières*, pero en el que se sostiene la misma tesis: la «aplicación (de los arts. 85 y sigs. del Tratado), siquiera sea indirecta, a través del sistema transitorio de los arts. 88 y 89 del Tratado de Roma».

(10) En la misma línea seguida por la Comisión en su *Memorandum on the General Lines of the Common Transport Policy*, publicado en 1961 [doc. VII/COM (1961), 5)-E, págs. 66 y sigs.].

(11) TJCE, 4-4-1974, aff. 167/73 (*Commission c. France*), Rec. 1974, págs. 359 y sigs. Posteriormente se ha reiterado la misma doctrina en TJCE 12-10-1978, aff. 156/77 (*Commission c. Belgique*), Rec. 1978, págs. 1881 y sigs.; TJCE 16-2-1982, aff. 19/81

del art. 84, párrafo 2, los transportes marítimos y aéreos están, en tanto que el Consejo no decida de otro modo, sustraídos a las reglas del Título IV de la segunda parte del Tratado, relativas a la política común de transportes, ellos continúan, del mismo modo que los otros modos de transporte, sometidos a las reglas generales del Tratado» (Considerando 32). En otras palabras, la única función que cumple el art. 84, 2, es —como más tarde se ha confirmado— la de «retrasar» la incorporación de los transportes marítimos y aéreos al régimen especial que para los transportes terrestres y por aguas interiores se contiene en los arts. 74 y sigs. del Tratado (12).

Ahora bien, no obstante estar sometidos los transportes aéreos al resto de las disposiciones del Tratado CEE y, en consecuencia, a las normas sobre libre competencia contenidas en los arts. 85 y sigs., es notorio que dadas las características del sector transportes, sobre todo en cuanto al fuerte grado de intervención de los Estados, no es fácil la aplicación estricta de las normas de competencia del Tratado de Roma (13). Por ello, el Reglamento 14/62 (14) dispone que «el Reglamento núm. 17 (primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma) no será aplicado a aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los transportes que tengan por objeto o por efecto la fijación de los precios y condiciones de transporte, la limitación o el control de la oferta de transporte o el reparto de los mercados de transporte, ni tampoco a las posiciones dominantes en el sentido del art. 86 del Tratado, en el mercado de los transportes» (artículo 1). La no aplicación de las reglas de competencia al sector transportes se estableció con carácter transitorio para los efectuados por ferrocarril, por carretera y por vía navegable —concretamente hasta el 31 de diciembre de 1965— y con carácter definitivo para los transportes marítimo y aéreo (art. 3).

(A. Burton), Rec. 1982, págs. 555 y sigs., y TJCE 10-6-1982, aff. 246/81 (*William c. Commission*), Rec. 1982, págs. 2277 y sigs.

(12) Continuando en la misma línea que el caso *Van Houtte*, el TJCE en sentencia de 12 de octubre de 1978 (aff. 156/77, *Commission c. Belgique*, Rec. 1974, páginas 1881 y sigs.) ha afirmado que «las ayudas a los transportes están sometidas al régimen general del Tratado que se refiere a las ayudas concedidas por los Estados y a los controles y procedimientos en el mismo previstos»; sentencia que reviste una particular importancia, porque, a diferencia de la anterior, aquí lo que se discutía era la aplicación de los artículos del Tratado sobre ayudas de los Estados, comprendidos en la parte III del mismo.

(13) Vid. L. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, pág. 492.

(14) DOCE, edición especial, 1985, 7, Política de transportes, vol. 1, pág. 57.

Posteriormente, el Reglamento núm. 1017/68 (15) estableció la aplicación de las normas de competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable adaptándolas a las características especiales de éstos. Aplicación y adaptación a las peculiaridades del sector que para el Consejo constituye uno de los elementos de la política común de transportes, así como de la política económica general. De dicha aplicación, por supuesto, seguían quedando excluidos los transportes efectuados por vía marítima y aérea.

Con efectos desde el 1.º de enero de 1987, el Reglamento núm. 4056/86 (16) del Consejo, dictado en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Consejo para la consecución del «mercado interior» (17), extiende las normas sobre competencia a los transportes marítimos, adecuándolas igualmente a las peculiaridades del sector: permitiendo el funcionamiento del sistema de Conferencias, excluyendo el transporte a granel, etc.

Habrà que esperar hasta el 1 de enero de 1988 para que entre en vigor la plena aplicación de las normas de competencia del Tratado CEE al sector de los transportes aéreos, con la adopción de los Reglamentos núm. 3975/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (18) y núm. 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (19). Es decir, que hasta el 1.º de enero del presente año la Comisión ha carecido tanto de los medios que le permitieran investigar directamente los casos de presunta infracción de los artículos 85 y 86 del

(15) DOCE, edición especial, 1985, 8, Política de la competencia, vol. 1, pág. 106.

(16) DOCE, núm. L 378, de 31-12-1986, pág. 4.

(17) En el *Libro Blanco de la Comisión para el Consejo Europeo sobre la consecución del mercado interior (junio 1985)* [COM (85) 310 final, Bruselas, 9 de septiembre de 1986] se establece la necesidad de extender a los transportes marítimos y aéreos las normas sobre competencia (punto 109), añadiéndose que «en caso de que el Consejo no pudiese adoptar los Reglamentos sobre dicha aplicación, la Comisión se reserva el derecho de actuar en función de las infracciones registradas y, con arreglo al art. 89 del Tratado, a autorizar a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias».

(18) DOCE, núm. L 374, de 31-12-87, págs. 1 y sigs.

(19) DOCE, núm. L 374, de 31-12-87, págs. 9 y sigs.

Tratado de Roma en el sector del transporte aéreo, como de los poderes de decisión y sanción necesarios para poner término por sí misma a las infracciones que pudiere haber comprobado.

Sería, sin embargo, erróneo pensar que esta incorporación retrasada del modo aéreo a la política de competencia es producto exclusivamente del conjunto de normas de claro carácter liberalizador publicadas en el *DOCE* de 31 de diciembre de 1987. Esta fecha constituye únicamente el último estadio de un largo «iter» que cronológicamente abarca los años que transcurren desde 1979 a 1987, y que está marcada por siete hitos altamente significativos, el último de los cuales lo constituye la sentencia de 30 de abril de 1986, objeto de este comentario:

1. *El Memorandum núm. 1, de 1979 (20)*

El 4 de julio de 1979 la Comisión adoptó un Memorandum (*Transports aériens: une approche communautaire*) que remitió al Consejo. En el mismo se establecen —bien es cierto que de una forma un tanto imprecisa y desde unos planteamientos excesivamente teóricos —una serie de medidas a largo, medio y corto plazo que tenían como finalidad la adecuación de la estructura del mercado a los objetivos de la CEE. Concretamente en la segunda parte del Memorandum, y dentro de las medidas a adoptar para conseguir un desarrollo de los transportes aéreos adoptado a las nuevas condiciones del mercado, se contempla la necesidad de un reglamento de aplicación de las normas de competencia del Tratado de Roma a los transportes aéreos, dentro de las medidas destinadas a flexibilizar la estructura del mercado y de los procedimientos en interés tanto de los usuarios como de las compañías aéreas.

El carácter excesivamente teórico y vago de este primer Memorandum, unido al difícil momento que por aquel entonces atravesaba la industria del transporte aéreo, hizo que el mismo no encontrase el apoyo necesario ni por parte de los Estados miembros ni por el resto de las instituciones comunitarias.

(20) *Transports aériens: une approche communautaire*. Memorandum de la Commission, *Bol. CE*, supl. 5/79.

2. *La propuesta de Reglamento del año 1981 (21)*

En el año 1981 (22) la Comisión elaboró una propuesta de Reglamento, de los previstos en el art. 87 del Tratado, estableciendo las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado a los transportes aéreos, juntamente con otra relativa a los transportes marítimos. La propuesta fue discutida por el Parlamento europeo en junio de 1982 (23) y por el Comité Económico y Social en enero de 1983 (24), fundamentalmente en lo que se refería al instrumento a utilizar para regular esta materia (concretamente se discutió si era adecuado o no la utilización del art. 87 del Tratado como fundamento jurídico del Reglamento), a cuál debiera ser su campo de aplicación (los transportes internacionales únicamente o también los nacionales) y sobre la conveniencia o no de la exceptuación de los ententes técnicos contemplados en el art. 2 de la propuesta (25).

3. *El caso Lord Bethell (26)*

Con fundamento en el art. 175.3 del TCEE (27), Lord Bethell, miembro del Parlamento Europeo, planteó el día 10 de septiembre de 1981 *recur-*

(21) La propuesta de Reglamento, de fecha 10 de agosto de 1982 (JOCE, número C 317, de 3-12-1982, pág. 3), establecía las modalidades de aplicación de las normas sobre concurrencia del Tratado CEE a las empresas de transporte aéreo.

(22) Cfr. *Onzième Rapport sur la politique de concurrence*, núms. 1 a 3.

(23) JOCE, C 182, de 19-7-1982.

(24) JOCE, C 77, de 21-3-1983.

(25) Cfr. *Douzième rapport sur la politique de concurrence*, núm. 19, y *Treizième rapport sur la politique de concurrence*, núms. 46 y 47.

(26) Sobre la sentencia de 10 de junio de 1982, vid. los comentarios de T. HARTLEY, *European Law Review*, núm. 5, 1982, págs. 391-393; D. CRUT, *La Vie Judiciaire*, núm. 1.294, 1983, pág. 9, y R. JOLIET, *Cahiers de Droit Europeen*, núm. 5-6, 1982, págs. 552-565.

(27) El art. 175 dispone que:

«En caso de que, en violación del presente Tratado, el Consejo o la Comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación.

Este recurso solamente será admisible si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir

so de inactividad (28), que tenía por objeto constatar ante el TJCE la inactividad de la Comisión que se había abstenido de actuar como respuesta a su carta de 13 de mayo del mismo año, en la que trataba de la concertación en materia de tarifas entre las compañías aéreas que actuaban en el interior de la Comunidad. Efectivamente, la Comisión, en su respuesta a Lord Bethell de fecha 17 de julio de 1981, se limitó a señalar que dos encuestas efectuadas en 1978, la primera, y recientemente, la segunda, le habían llevado a la conclusión de que, en la mayor parte de los casos, la fijación final de las tarifas aéreas es de la sola responsabilidad de los Estados miembros, que no se limitan a dar carácter formal a los acuerdos que los transportistas aéreos adoptan en el seno de la IATA (*International Air Transport Association*), sino que actúan con absoluta autonomía.

El TJCE, sin embargo, resolvió que el recurso era inadmisibile, tanto si se apoyaba en el art. 173.2 del TCEE (29) (no podía plantearse como un

de dicho requerimiento, la institución no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o un dictamen.»

(28) No existe unanimidad en cuanto a la propia denominación de este recurso en la doctrina española, que para unos es de carencia: PÉREZ SANTOS, en la traducción de la *Introducción al Derecho Comunitario Europeo* (1984), de R. PLENDER, y MOLINA DEL POZO, en su *Manual de Derecho de la Comunidad Europea* (1987); para otros de inactividad u omisión: DÍEZ DE VELASCO, en *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (1984); DE MIGUEL ZARAGOZA, en su colaboración en el volumen colectivo *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo* (1984); RASMUSSEN, en su colaboración en el volumen colectivo *Treinta años de Derecho Comunitario* (1984); ARPIO SANTACRUZ, en el comentario a la sentencia del TJ, publicada en esta revista, 1985, núm. 3, págs. 789 y sigs.; G. ISAAC, en su *Manual de Derecho Comunitario General* (1985); y, recentísimamente, J. J. MARTÍN ARRIBAS, en su *Manual de Derecho Procesal Comunitario* (1987), e incluso para alguno de inacción: SILVA LAPUERTA, en *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (1986), publicado en *La Ley*.

(29) De acuerdo con el art. 173.1 y 2 del TCEE, «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean recomendaciones o dictámenes. A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión. Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que

recurso de anulación, dado que Lord Bethell no se encontraba en la posición jurídica necesaria de destinatario actual de un acto susceptible de anulación), como si lo hacía en el art. 175.3 (ni como un recurso de inactividad u omisión, dado que tampoco era un destinatario potencial de un acto jurídico que la Comisión estaba obligada a adoptar en atención al mismo). Con lo que se confirma que la limitación que en punto a la legitimación activa de las personas físicas para interponer el recurso por inactividad u omisión hace el art. 175.3, en el sentido de que sólo puede dirigirse contra instituciones de la Comunidad que han dejado de dirigirles un acto distinto a las recomendaciones y dictámenes y, además, que deben ser los destinatarios del acto que reclaman, hace prácticamente inaplicable este recurso para los individuos (30).

4. *El caso Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas*

El caso Lord Bethell, sin embargo, sirvió para que un año más tarde, concretamente el 24 de enero de 1983, el Parlamento Europeo introdujese ante el TJCE un nuevo recurso de inactividad u omisión, fundado en el artículo 175.1 del TCEE, con el fin de hacer constatar que el Consejo, al abstenerse de instaurar una política común en materia de transportes y, más concretamente, de establecer de forma obligatoria el marco de dicha política, había incumplido el Tratado CEE, especialmente los arts. 3.e), 61, 74, 75 y 84; igualmente, el Consejo había incumplido el Tratado al no haberse pronunciado sobre dieciséis proposiciones que la Comisión le había presentado en materia de transportes.

El Consejo se opuso a la admisión del recurso, argumentando, por una parte, la falta de legitimación activa del Parlamento (dado que el art. 175 del TCEE sólo alude a «los Estados miembros y demás instituciones de la Comunidad»), y, por otra, la ausencia del procedimiento precontencioso previsto en dicho artículo: la invitación a actuar a que alude el art. 175, y que cumple la doble función de delimitar la omisión y dar a la institución demandada la posibilidad de reaccionar (31). El Tribunal, después de esta-

sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente».

(30) Vid. J. J. MARTÍN ARRIBAS, *op. cit.*, pág. 76.

(31) Vid. M. ARPIO SANTACRUZ, «El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes», en *RIE*, vol. 12, núm. 3, septiembre-diciembre 1985, págs. 789 y sigs., en pág. 792.

blecer la legitimación del Parlamento Europeo para interponer un recurso por inactividad u omisión y de señalar que se habían cumplido las dos condiciones previas que la fase precontenciosa exige (la invitación a actuar y la inexistencia de una «definición de posición» por parte de la institución demandada), sienta la conclusión de que «no hay todavía un *conjunto coherente de reglamentaciones* que pueda ser calificado como política común de transportes en el sentido de los arts. 74 y 75 del Tratado»; política común cuya instauración es uno de los objetivos de la Comunidad, como se deduce de los arts. 3.e) y 74 del TCEE, siendo el Consejo el órgano habilitado para adoptar las medidas necesarias al respecto.

El Tribunal, en conclusión, tras constatar que la política común de transportes no está suficientemente definida como para ser objeto del recurso en base al art. 175 (excepto en lo relativo a la libre prestación de servicios en el sector), considera que los trabajos realizados en base al art. 75 deben ser proseguidos de manera continuada para permitir la implantación de la política común de transportes.

Por lo que ahora nos interesa, es importante señalar que, a pesar de que las partes se habían referido a los transportes marítimos y aéreos en sus observaciones, la sentencia guarda silencio sobre los mismos. En todo caso, la estrecha conexión que se establece entre el art. 75.1 y el art. 61 parece llevar a la conclusión de que, en principio, el Consejo estará únicamente obligado a asegurar la libre prestación de servicios en el campo de los transportes terrestres. Sin embargo, el Tribunal no aclara cuáles son las razones que abogan a favor de una diferenciación en cuanto al régimen aplicable a la libre circulación de servicios en el ámbito de los transportes marítimos y aéreos (32).

5. *El Memorandum núm. 2, de marzo de 1984 (33)*

El 20 de marzo de 1984 la Comisión presenta al Consejo un nuevo Memorandum, el núm. 2 (*Etat d'avancement des travaux en vue du développement d'une politique commune du transport aérien*), en el que, junto

(32) Vid. ARPIO SANTACRUZ, *op. cit.*, pág. 804.

(33) Aviation civile, Memorandum núm. 2 [COM (84), final, de 15-3-1984]. Es una ampliación y puesta al día del Memorandum de 1979, que, junto con los relativos a los transportes terrestres y marítimos, componen la trilogía «Hacia una política común de los transportes».

con otras comunicaciones y propuestas, presenta una modificación al Reglamento de 1981, probablemente como resultado de las discusiones habidas sobre la propuesta anterior, tanto en el seno del Parlamento Europeo como en el del Comité Económico y Social (34), y la propuesta de un nuevo Reglamento relativo a la aplicación del art. 85.3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el campo del transporte aéreo (35). El primero es un Reglamento de procedimiento equivalente al Reglamento núm. 17/62, de corte muy similar al dictado para los transportes por carretera, ferrocarril y aguas interiores, y cuyo ámbito de aplicación se extenderá únicamente a los transportes internacionales entre aeropuertos de la Comunidad, en lugar de comprender todos los transportes internacionales. Y así llegamos al año 1984, en el cual el Consejo constituye un grupo de trabajo del más alto nivel (el grupo «Transportes aéreos»), que elabora un informe en el que se contienen las líneas directrices que debe seguir la CEE en este campo para el futuro. El informe —sensiblemente menos ambicioso que los proyectos de la Comisión— es aprobado en el Consejo de Ministros de Transportes de la CEE celebrado en diciembre de 1984, lo que no agrada en absoluto a la Comisión, la cual, además de manifestar sus reservas a las líneas directrices aprobadas por el Consejo, sobre todo en lo relativo al incremento de la competencia en el campo de los transportes aéreos, se reserva la posibilidad de actuar directamente —en base a los poderes que le concede el art. 89 del Tratado— en la represión de aquellas prácticas que, a su juicio, atenten contra la libre competencia y de adoptar las medidas pertinentes a estos efectos, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de los principios enunciados en los arts. 85 y 86 (36).

6. *La decisión OLMPIC AIRWAYS de 25 de enero de 1985*

Y justamente la primera manifestación de esta postura de la Comisión es, a nuestro juicio, su Decisión núm. 85/121/CEE, relativa a un procedimiento con base en el art. 11, párrafo 5, del Reglamento núm. 17 (37) del

(34) Cfr. *Annexe III, A. Modifications à la proposition de règlement CEE du Conseil déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transport aérien* del Memorandum citado.

(35) Cfr. *Annee III, B* del Memorandum citado.

(36) Cfr. *Quatorzième rapport sur la politique de concurrence*, núm. 44.

(37) El art. 11 del Reglamento 17, después de establecer que «la Comisión podrá

Consejo (IV/C/31163) [23 de enero de 1985] (38) la Comisión, en contra de lo sostenido por la empresa Olympic Airways, que se negaba a facilitarle determinada información necesaria para cumplir la obligación que le impone el art. 89 del Tratado (velar por la aplicación de los principios enunciados en los arts. 85 y 86), estimó que el Reglamento 17 era aplicable, dado que el supuesto objeto de la investigación se refería a los precios practicados por Olympic Airways en sus servicios de flete. Con esta actuación de la Comisión se pone claramente de manifiesto cómo únicamente los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que presenten una relación directa con la prestación del servicio de transporte quedan fuera de la aplicación del Reglamento núm. 17. Como en este caso se trataba de servicios auxiliares, los mismos quedaban sometidos al mencionado Reglamento, por lo que la Comisión podía ejercer sus facultades de investigación y, en su caso, de sanción.

Y así se llega a la sentencia de 30 de abril de 1986, objeto de este comentario, o, dicho con más precisión, motivo de este comentario.

II. EL CASO «NOUVELLES FRONTIÈRES» (39)

La fijación de tarifas en los transportes aéreos por la IATA u otras asociaciones de empresas de navegación y/o la aprobación de las mismas por las autoridades nacionales, como sucede en el caso presente, y su compatibilidad con las normas del Derecho de la Competencia no es un fenómeno re-

recabar todas las informaciones que considera necesarias de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros, así como de las empresas y asociaciones de empresas», dispone en su párrafo 5.º que «si una empresa o asociación de empresas no facilitare la información requerida en el plazo fijado por la Comisión, o la suministrare de manera incompleta, la Comisión la pedirá mediante decisión. En ésta se precisará la información solicitada, se fijará un plazo apropiado en el que se deberá suministrar la información y se indicarán las sanciones previstas en la letra b) del apartado 1 del art. 15, y en la letra c) del apartado 1 del art. 16, así como el recurso que se puede interponer ante el Tribunal de Justicia contra la decisión».

(38) JOCE, núm. L 46, de 15-2-85, pág. 51.

(39) Entre los principales comentarios a la sentencia de 30 de abril de 1986 pueden citarse los siguientes: K. WALSH, *International Business Lawyer*, núm. 7, 1986, págs. 223-224; J.-F. BELLIS, *Swiss Review of International Competition Law*, núm. 27, 1986, págs. 51-56; A. CHAVAN, *Swiss Review of International Competition Law*, número 27, 1986, págs. 57-63; J. SEDEMUND y F. MONTAG, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 35, 1986, págs. 2146-2150; M. KERBER, *Recht der Internationalen Wirtschaft*.

ciente. En países como los Estados Unidos, donde las normas sobre este sector del ordenamiento tienen un gran desarrollo, la compatibilidad entre los sistemas de fijación de tarifas con el Derecho anti-trust ha sido discutida desde hace bastante tiempo (40).

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 1986 (41), generalmente conocida bajo el nombre de «caso

Aussenswirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, núm. 8, 1986, págs. 633-635; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, núm. 3, 1986, págs. 519-532; R. PARDOLESI, *Il Foro Italiano*, núm. 10, part. 4, col. 293-294; I. CARTOU, *Recueil Dalloz-Sirey*, núm. 41, 1986, *Informations rapides sommaires commentes*, pág. 452; E. HENROTTE-ESTIENNE, *Cahiers de Droit Europeen*, núm. 3-4, 1986, págs. 361-385; P. J. KUYPER, *Common Market Law Review*, núm. 3, 1986, págs. 661-681; B. ADENAUER-FROWEIN, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, núm. 3, 1986, págs. 193-197; P. MONTIER, *Gazette du Palais*, núms. 46-48, 1987, Doct., págs. 5-8; V. KORAH, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1987, part. 1, págs. 14-18; L. FOCANEANU, *La Semaine Juridique, Edition Entreprise*, núm. 23, II, 1987, *Etudes et Commentaires*, n. 14966, págs. 341-344; R. GIUFFRIDA, *Giustizia Civile*, núm. 3, 1987, págs. 207-212; G. GUILLAUME, *Revue Française de Droit Aérienne*, núm. 1, 1987, páginas 13-21; M. FRIEND, *European Law Review*, núm. 3, 1987, págs. 207-212, y M.-A. HERMITTE, *Journal du Droit International*, núm. 2, 1987, págs. 463-465.

(40) Vid., por todos, H. J. PROMINSKY, *Aviation and Antitrust in the United States*, Mc Gill University, Montreal, 1961.

(41) Casos acumulados 209 a 213/84, que tienen su origen en sendas demandas dirigidas al TJCE por el Tribunal de policía de París, en aplicación del art. 177 del Tratado CEE, por el que solicitaba una decisión a título prejudicial sobre la interpretación de los artículos 84, párrafo 2.º, y 85 y siguientes del Tratado.

El art. 84 del Tratado CEE, con el que se cierra el Título IV dedicado a los transportes, establece:

«1. Las disposiciones del presente Título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

2. El Consejo, por unanimidad, podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea.»

Por su parte, el artículo 85 del Tratado establece:

«1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.

Nouvelles Frontières», dictada con ocasión de un recurso prejudicial (42) instado ante el TJCE por el Tribunal de Police de París sobre la conformidad de los arts. L. 330-3, R. 330-9 y R. 330-15 (43) del Código de la aviación civil francés y las reglas comunitarias en materia de competencia.

A) Hechos relevantes:

El Gobierno francés entabló los correspondientes procedimientos judiciales de carácter penal contra los responsables de varias compañías aéreas y agencias de viaje (entre las cuales figuraba en destacado lugar «Nouvelles

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) Ofrezcan dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

(42) Sobre la «cuestión prejudicial», «incidente de prejudicialidad» o «reenvío prejudicial», que de todas estas formas es denominado por la doctrina este proceso accesorio de otro proceso principal, vid. en Derecho español, sobre todo: M. PASTOR «El sistema jurisdiccional comunitario y su incidencia en el ordenamiento español», publicado en la revista *Tapia*, «España en Europa, II», núm. 25, págs. 21 a 28; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, I, cit., págs. 655 y sigs., y, últimamente, J. J. MARTÍN ARRIBAS, *Manual de Derecho Procesal Comunitario*, Madrid, 1987, págs. 121 y sigs.

(43) El art. L 330-3 dispone que el transporte aéreo no puede ser efectuado más que por empresas autorizadas por el Ministerio encargado de la aviación civil, debiendo someter sus tarifas a la homologación de dicho Ministerio. El art. R 330-9 determina los datos y documentos que deberán ser presentados a los efectos de la mencionada autorización, extendiendo dicha obligación tanto a las empresas nacionales como a las extranjeras. Por último, el art. R 330-15 prevé, para los supuestos de incumplimiento de las formalidades antes mencionadas, una pena de prisión de diez días a un mes y/o una multa de 600 a 1.000 francos.

Frontières, S. A.»), por haber vendido billetes de avión durante el año 1981 a precios inferiores a los homologados por el Ministerio encargado de la aviación civil, de conformidad con el Código de la aviación civil de dicho país.

El *Tribunal de police* de París, que entendió de los asuntos (44), ante la duda de que dicho sistema de homologación previsto por la legislación francesa pudiera no ser compatible con las normas sobre competencia contenidas en el Tratado CEE y, en especial, con el art. 85.1, decidió plantear, con fecha 2 de marzo de 1984, de conformidad con el art. 177, cinco recursos prejudiciales para que el TJCE se pronunciase sobre la conformidad de las normas sobre homologación de tarifas contenidas en el Código de la aviación civil con las reglas comunitarias. (Es interesante resaltar que el Tribunal francés había desestimado previamente la objeción según la cual el art. 85 no sería aplicable al sector de los transportes aéreos en base a lo dispuesto en el art. 84.2 del Tratado de Roma) (45). El Tribunal decidió acumular los cinco recursos, dada la identidad del problema de fondo que en los mismos se discutía.

Conforme al art. 20 del Estatuto del TJCE formularon observaciones escritas a los distintos recursos la sociedad «Nouvelles Frontières, S. A.», las sociedades «Compagnie Nationale Air France» (Air France) y «Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N. V.» (K. L. M.), los gobiernos de la República Francesa, República Italiana, Reino de los Países Bajos, Reino Unido y la Comisión de las Comunidades Europeas.

B) *Doctrina de la sentencia:*

El Tribunal, después de rechazar las objeciones planteadas por Air France, K. L. M. y el Gobierno francés en cuanto a su propia competencia para responder a la cuestión prejudicial —y en las cuales no es posible entrar en este comentario (46)— estableció:

1.º Que el procedimiento francés de homologación era contrario a las reglas sobre libre competencia contenidas en el Tratado CEE.

(44) Sobre la evolución posterior de los distintos procedimientos ante la jurisdicción francesa, vid. 114, *Journal du Droit International*, núm. 2, abril-junio 1987, págs. 327-332.

(45) Vid. *supra*, pág. 4.

(46) Cfr. Considerandos 8 a 17 de la sentencia.

2.º Que, en ausencia de una política común de transportes aéreos en la CEE, corresponde a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales el comprobar que la fijación de tarifas no se establezca bajo condiciones de cártel y, en consecuencia, deducir la nulidad de las concertaciones sobre dichas tarifas.

C) *Comentario:*

Tres aspectos de la sentencia merecen ser comentados, fundamentalmente por lo que dicha sentencia supone en cuanto a una muy concreta línea de actuación del TJCE (y de las instituciones comunitarias, especialmente la Comisión) en punto a la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado de Roma al sector de los transportes aéreos y los problemas que dicha aplicación conlleva.

1. *La aplicación a los transportes aéreos de las normas sobre competencia contenidas en el Tratado CEE.*

El TJCE, que ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance correcto que debiera darse al art. 84, párrafo 2, con ocasión de la sentencia de 7 de abril de 1974 (47) y las que posteriormente reiteraron su doctrina (48), vuelve a reafirmar la interpretación desde entonces mantenida (que los transportes aéreos y marítimos no están excluidos de la aplicación de las reglas generales del Tratado) y, coherente con lo anteriormente sentado, extiende a los mismos las normas sobre competencia contenidas en los arts. 85 y sigs. Sin que prospere la interpretación restrictiva propuesta por el Gobierno francés, para quien la solución adoptada por el Tribunal en la sentencia de 4 de abril de 1974 debía —conforme a la literalidad de dicha resolución— comprender únicamente las reglas contenidas en la Segunda Parte del Tratado (Fundamentos de la Comunidad), es decir, los arts. 9 a 84; con lo que las normas de competencia, al estar incluidas en la Tercera Parte del mismo (Política de la Comunidad), no serían de aplicación a los transportes aéreos (ni a los marítimos).

El Tribunal rechaza esta interpretación restrictiva en base a tres argumentos:

(47) Commission c. République française, 167/73, *Rec.*, 1974, pág. 359.

(48) Vid. *supra*, nota 11.

a) Una interpretación armónica del art. 74, con el que se abre el Título IV, Transportes, del Tratado, y en el que se establece que «los Estados miembros perseguirán los objetivos del presente Tratado, en la materia regulada en el presente Título, en el marco de una política común de transportes», y del art. 3.f), que incluye «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común» como una de las acciones de la Comunidad encaminadas a la consecución de sus fines. De una interpretación conjunta de ambos preceptos —concluye el TJCE— habrá que deducir que el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada, habrá de constituir también uno de los objetivos de la política común de transportes.

b) Una interpretación sistemática del conjunto del Tratado CEE. Del art. 61 se deduce que sólo la libre circulación de servicios en materia de transportes está regulada por el Título IV del Tratado, relativo a la política común de transportes (arts. 75 y 76); y

c) Una interpretación literal de los arts. 85 y siguientes del Tratado que regulan la política de competencia. De la lectura de dichos artículos se desprende con absoluta claridad que cuando el Tratado ha querido sustraer ciertas actividades del campo de aplicación de las reglas sobre competencia lo ha hecho expresamente, como sucede con las empresas públicas y aquellas otras a las que los Estados miembros concedan derechos especiales o exclusivos y, en cierta medida, con las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal. Por tanto, al no existir una exclusión expresa del sector transportes, habrá que concluir que el mismo está sometido a dichas reglas.

Y a la vista de lo que antecede, concluye que no existe razón alguna para sostener que las reglas sobre competencia del Tratado CEE, y en particular las contenidas en los arts. 85 a 90, no deban ser de aplicación en el sector de los transportes en general y de los transportes aéreos en particular.

2. *Las consecuencias de la ausencia de una reglamentación para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado en el sector de los transportes aéreos.*

En segundo lugar, el TJCE entra a examinar las observaciones formuladas por Air France, KLM, los gobiernos francés, italiano y holandés y la propia Comisión, para quienes la ausencia de una reglamentación específica

—dictada en base a lo dispuesto en el art. 87.2.c)— impide a las instancias comunitarias, concretamente la Comisión y el propio Tribunal, conocer de la aplicación de los arts. 85 y 86 en el sector de los transportes aéreos, los cuales únicamente podrán ser aplicados «indirectamente» (49) por las autoridades competentes de los gobiernos francés e italiano, conforme a lo que dispone el art. 88 del Tratado. Autoridades nacionales que, por otra parte, podrán acordar la inaplicación de la prohibición contenida en el art. 85.1 (exención) a aquellos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que reúnan los requisitos contenidos en el párrafo 3 de dicho precepto.

El Tribunal, ante la falta de actuación del Consejo en la adopción de los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los arts. 85 y 86 al sector de los transportes aéreos (50), que figuraban expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 141/62 (51), concluye que serán de aplicación los arts. 88 y 89 del Tratado. Es decir, que, sin perjuicio de la función que el Tratado atribuye a la Comisión de velar por la aplicación de los principios enunciados en los arts. 85 y 86 (art. 89), «las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del art. 85, en particular las de su apartado 3, y las del art. 86».

Habrà que dilucidar, entonces, qué se entiende por «autoridades de los Estados miembros» a efectos de determinar si el Tribunal de police de París, Tribunal de naturaleza penal, puede ser considerado como tal y, en consecuencia, puede aplicar los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma.

Para resolver esta cuestión, el TJCE acude a la doctrina sentada en el caso *BRT c. SABAM/I*, de 30 de enero de 1974 (52), en el cual se declaró que «ese artículo (el art. 88) tiene el efecto de hacer igualmente competentes para aplicar las disposiciones de los arts. 85 y 86 del Tratado a las autoridades de los Estados miembros, incluidas en ciertos Estados miembros jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esa aplicación por las

(49) Vid. supra, nota 9.

(50) No obstante la propuesta de reglamento presentada por la Comisión en el año 1982, y a la que ya se ha hecho referencia (JO, 1982, C 78, pág. 2).

(51) Vid. supra, nota 14.

(52) Aff. 127/73, Rec., 1974, pág. 51.

autoridades administrativas» (53). Y de acuerdo con dicha doctrina, concluye que las jurisdicciones penales —como es el caso del *Tribunal de police* de París— no están comprendidas dentro de la noción de «autoridad de los Estados miembros» (54).

El tema, entonces, se ciñe a dilucidar si, ante la inexistencia de la correspondiente reglamentación o directiva, dictada de conformidad con lo dispuesto en el art. 87 del Tratado, y ante la pasividad de la Comisión, que no ha adoptado medida alguna no obstante las facultades que le confiere el art. 89 del Tratado, un tribunal —que no reviste el carácter de «autoridad de un Estado miembro»— es competente para conocer en el curso de un determinado procedimiento (como los cinco que han dado lugar al presente recurso prejudicial) de la compatibilidad de una concertación tarifaria entre compañías aéreas con el art. 85 del Tratado CEE, cuando —reitero— dicha concertación no ha sido objeto ni de una resolución de la «autoridad competente» del Estado miembro de que se trate, en base a lo dispuesto en el art. 88, ni de una decisión de la Comisión, adoptada en aplicación del artículo 89.2.

Y para solucionar este punto, el TJCE acude a la doctrina establecida

(53) Este último es el caso de España, donde, de acuerdo con la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, es al Tribunal de Defensa de la Competencia, a quien el art. 10 atribuye competencia exclusiva para la aplicación de la Ley. Tribunal que, según el R. D. de 24 de septiembre de 1982 (*BOE* del 15 de octubre), por el que se reforma su Reglamento, tiene un carácter estrictamente administrativo, por lo que sus decisiones tendrán el carácter de resoluciones administrativas y, por tanto, recurribles en vía contenciosa ante el Tribunal Supremo. Así lo ha declarado, por otra parte, el Tribunal Constitucional en sentencia de 10 de octubre de 1983 (*BOE* del 7 de noviembre), en aplicación del art. 24 de la Constitución Española.

Esté carácter del Tribunal de Defensa de la Competencia de «autoridad del Estado miembro» para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, que ya se desprendía de la sentencia del TJCE de 30 de enero de 1974 (vid. A. BERCOVITZ, «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, cit., tomo II, págs. 327 y sigs., en págs. 448-449) ha sido, por último, reconocido por el R. D. de 29 de agosto de 1986 (*BOE* del 15 de septiembre), sobre aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado constitutivo de la CEE (art. 1).

(54) En sus conclusiones, el abogado general Otto Lenz se manifestaba, sin embargo, por una interpretación menos restrictiva de la sentencia dictada en el caso BRT, reconociendo —bien es cierto que de manera indirecta— que a los tribunales de lo penal franceses debía considerárseles como autoridad nacional a efectos de la aplicación a las compañías aéreas de las reglas de competencia del Tratado.

en la sentencia de 6 de abril de 1962 (*caso De Geus c. Bosch*) (55), donde, para unos acuerdos o ententes anteriores a la entrada en vigor del Reglamento núm. 17, el Tribunal, después de establecer que los arts. 85 y 86 del Tratado, que facultan, respectivamente, a las autoridades nacionales y a la Comisión para la aplicación del art. 85, están dando por supuesta la aplicación de este último precepto desde la entrada en vigor del Tratado, añade que «sería contrario al principio general de la seguridad jurídica —regla de Derecho a respetar en la aplicación del Tratado— calificar como nulos de pleno derecho determinados acuerdos antes de que haya sido posible saber, es decir, de constatar, que a dichos acuerdos se les aplica el art. 85»; por la que «hasta la entrada en vigor del reglamento (de aplicación de los arts. 85 y 86) previsto en el art. 87, los arts. 85.3 (exenciones) y 85.2 (nulidad de pleno derecho) del Tratado no surten efectos más que en relación a acuerdos y decisiones con relación a los cuales las autoridades de los Estados miembros hayan expresamente decidido, en base al art. 88, que los mismos se encuentran incursos en el art. 85.1, y en relaciones a aquellos otros en torno a los cuales la Comisión ha procedido a la constatación prevista por el art. 89.2».

Esta doctrina establecida en el *caso Bosch* para unos acuerdos anteriores a la entrada en vigor del Reglamento núm. 17, presumiblemente contrarios al art. 85.1, es perfectamente invocable en la sentencia objeto de este comentario, por cuanto existe una casi perfecta identidad de razón entre los supuestos enjuiciados. Efectivamente, en ambas se da la existencia de unos acuerdos que, presumiblemente, aparecen incursos en el art. 85.1 del Tratado, pero que la Comisión no puede entrar a investigar y, en su caso, sancionar, ante la ausencia de los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los arts. 85 y 86 a un sector concreto del mercado: el sector de los transportes aéreos, en este caso.

Por ello, el Tribunal, al igual que ya hizo en la sentencia recaída en el *caso Bosch* (56), concluye que «hasta la entrada en vigor de un reglamento

(55) Aff. 13/61, *Rec.*, 1962, págs. 91 y sigs.

(56) Y en contra del parecer de la Comisión, para quien los principios deducidos del *caso Bosch* no debían ser extendidos a los acuerdos en materia de transportes aéreos, dado que las circunstancias que concurrían en el primero (acuerdos concluidos antes de la entrada en vigor del Tratado, que debían haber sido objeto de notificación de acuerdo con el art. 5 del Reglamento 17, pero antes de la publicación de este último) no se daban en el supuesto de los acuerdos concluidos entre las compañías del sector del transporte aéreo.

o directiva de aplicación de los arts. 85 y 86, dictado de acuerdo con el artículo 87, la prohibición contenida en el art. 85.1, así como la nulidad de pleno derecho a que se refiere el párrafo 2 del mismo artículo, no juega más que con respecto a los acuerdos y decisiones considerados por las autoridades de los Estados miembros, en base al art. 88, como incursos en la prohibición del art. 85.1 y que no sean susceptibles de exención conforme al párrafo 3.º del mismo artículo, o respecto de los cuales la Comisión ha procedido a la constatación prevista en el art. 89.2» (57).

En conclusión, en defecto de una decisión de las autoridades competentes de los Estados miembros, adoptada conforme al art. 88, en la que se constate que una concertación tarifaria —como la que ha sido objeto de discusión en este supuesto— está incurso en la prohibición del art. 85.1 y no puede ser exceptuada de tal prohibición en aplicación del párrafo 3 del mismo artículo, o de una decisión de la Comisión, adoptada conforme al art. 89.2, que tenga por objeto una constatación similar, una jurisdicción nacional como el Tribunal de police de París no es competente para constatar por sí mismo la incompatibilidad de la concertación tarifaria en cuestión con el art. 85.1 (58). Sólo cuando las autoridades nacionales competentes o la propia Comisión hayan constatado la existencia de dicho entente contrario al art. 85.1 las jurisdicciones nacionales —y entre ellas, por supuesto, el Tribunal de police de París— deberán sacar todas las consecuencias de dicha decisión y, en consecuencia, deducir de ella, en aplicación del art. 85.2, la nulidad de pleno derecho de las concertaciones tarifarias que han sido objeto de dicha constatación.

3. *La compatibilidad con el Derecho comunitario de un procedimiento nacional de homologación de tarifas aéreas.*

Esta parte de la sentencia (Cdos. 70 a 77) es, sin lugar a dudas, la más innovadora y, quizá por ello, la que está llamada a levantar mayores comentarios. Y ello por cuanto no sólo plantea más problemas de los que resuelve (59); sino que va a reabrir el conflicto —nunca totalmente cerrado— entre las jurisdicciones nacionales y las autoridades comunitarias. Todo

(57) Cdo. 65.

(58) Cdo. 68.

(59) Vid., a este respecto, la nota a la sentencia de 30 de abril de 1986 aparecida en el 114, *Journal du Droit International*, núm. 2, abril-junio 1987, págs. 463 y sigs.

ello sin perjuicio del gran mérito de la s. de 30 de abril de 1986: el TJCE ha señalado al Consejo la urgencia en la adopción de los correspondientes reglamentos que permitan la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma a los transportes aéreos.

El Tribunal en esta última parte de la sentencia se plantea el problema de saber si es compatible con las obligaciones que el Tratado impone a los Estados miembros (y que derivan fundamentalmente del juego de los artículos 5.3.f) y 85) el hecho de que un Estado miembro (Francia) homologue tarifas aéreas que resultan de un acuerdo, decisión de empresas o práctica concertada contraria al art. 85, y que establezca sanciones penales para los supuestos de incumplimiento de la obligación de homologar. Y lo resuelve señalando que, en ausencia de una reglamentación específica dictada de acuerdo con el art. 87, habrá que distinguir:

a) Si con relación al supuesto de que se trata (en este caso la concertación tarifaria) se ha constatado, bien por las autoridades nacionales o por la propia Comisión, que está incurso en el art. 85.1 del Tratado, en cuyo caso la homologación de las mencionadas tarifas es contraria a las obligaciones que pesan sobre los Estados miembros en materia de concurrencia. El Tribunal invoca en apoyo de su argumentación la doctrina contenida en la sentencia de 16 de noviembre de 1977, *caso Inno* (60), y constante a partir de entonces, que «si bien es verdad que los arts. 85 y 86 del Tratado se refieren al comportamiento de las empresas y no necesitan de medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, no es menos cierto que el Tratado impone a éstos la prohibición de adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de dichas disposiciones». Y para el Tribunal sería perfectamente subsumible en la doctrina establecida en el *caso Inno* el supuesto en que un Estado miembro impusiera o favoreciera la conclusión de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarios al art. 85 o refuerce sus efectos.

b) Si con relación al supuesto de que se trata no se ha constatado su inclusión en la prohibición del art. 85, entonces la existencia de un procedimiento de homologación establecido por los Estados miembros es absolutamente compatible con el Tratado.

Y dado que en el *caso Nouvelles Frontières* esta constatación ni se había llevado a cabo, ni podía serlo por el *Tribunal de police* de París, ya que no es autoridad competente conforme al art. 89.2 del Tratado, el Tribunal se

(60) Aff. 13/77, *Rec.*, 1977, págs. 2115 y sigs.

limita a responder a la cuestión prejudicial concluyendo que los procedimientos de homologación de tarifas aéreas o de cualquier otro tipo, en cuanto tales, constituyen un procedimiento absolutamente aséptico, neutro: será conforme al Derecho comunitario si las tarifas cuya homologación se pretende no tienen su origen en acuerdos, decisiones o prácticas concertadas prohibidas por el art. 85.1, y no lo será en caso contrario.

IV. LAS SECUELAS DEL CASO: LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE AÉREO

Probablemente la sentencia de 30 de abril de 1986 pasará a ocupar un lugar relevante dentro de la doctrina del TJCE, no tanto por lo que en sí misma significa (es una sentencia dictada para un caso muy concreto y con una doctrina muy circunscrita a ese supuesto para el cual fue pronunciada), cuanto por lo que ha supuesto de «punto de no retorno» para la liberalización de los transportes aéreos en el seno de la CEE.

Esta última parte del comentario se dedica justamente a las secuelas de la sentencia. Y para ello probablemente lo más adecuado es exponer muy brevemente cuál era la situación de los transportes aéreos en el seno de la CEE antes del caso *Nouvelles Frontières* y cuál es la situación actual, en vigor desde el 1.º de enero de 1988. Ya que con fecha 31 de diciembre de 1987 el *DOCE* (61) ha publicado sendos Reglamentos del Consejo en los que se establecen, respectivamente, las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo [Reglamento (CEE) núm. 3975/87 del Consejo] y lo relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo [Reglamento (CEE) núm. 3976/87 del Consejo]. Ambos reglamentos han entrado en vigor el 1 de enero de 1988 (62).

(61) *DOCE*, núm. L 374, de 31-12-87, págs. 1 y sigs. También pueden consultarse en esta *Revista*, págs. 283 y sigs.

(62) Junto con los dos Reglamentos citados, el mismo *DOCE* publica la Directiva 87/601 CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros, que exige la adopción de medidas necesarias por parte de éstos antes del 31 de diciembre de 1987, y la Decisión 87/602/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987, relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros y el acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros.

1. Antes del 1 de enero de 1988.

Prácticamente desde el Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944, según el cual —dado el principio de soberanía de cada Estado sobre el espacio aéreo que gravita sobre su territorio (art. 6)— todo servicio aéreo comercial debe realizarse de conformidad con el acuerdo bilateral concertado entre los Estados de origen y destino, y siguiendo los principios promulgados en el acuerdo de las Bermudas de 1946 y Bermudas II de 1977, el transporte aéreo ha estado organizado sobre tres pilares fundamentales: la negociación multilateral de las tarifas dentro de la IATA, el reparto de capacidades y el control del acceso al mercado:

a) En cuanto al establecimiento de tarifas: para evitar una guerra de precios en rutas competitivas estrechamente relacionadas, las tarifas eran establecidas mediante la negociación multilateral de las líneas aéreas, en el seno de las Conferencias de Tráfico de la International Air Transport Association (IATA), a reserva de su aprobación por los Gobiernos. Sistema análogo al anterior basado en acuerdos bilaterales, es el previsto por el acuerdo multilateral sobre el procedimiento aplicable al establecimiento de tarifas aéreas regulares alcanzado el 19 de julio de 1967 en el marco del Consejo de Europa, que ha sido ratificado por ciertos Estados miembros de la CEE.

b) En cuanto al reparto de capacidades: para impedir que se desaprovechasen los recursos, la capacidad se armonizaba con la demanda a través del juego de las fuerzas del mercado. Lo que suponía que en los acuerdos bilaterales se establecía que las compañías que enlazaban dos ciudades de los respectivos países (Iberia y Air France para los vuelos que unían Madrid y París) se repartían las capacidades de transporte o se compensaban en caso de desequilibrio.

c) En cuanto al acceso al mercado: la participación en el mercado era controlada mediante la reglamentación de todos los servicios aéreos comerciales en las rutas estipuladas en los acuerdos bilaterales. Se incluían dentro de los servicios aéreos comerciales sólo los «servicios regulares», quedando excluidos los no regulares (vuelos «charter»).

Este sistema, sin embargo, empieza a mostrar sus primeras fisuras en el año 1984, con la firma del acuerdo bilateral entre el Reino Unido y Holanda, que acaba con el monopolio de las compañías de bandera y otorga a las líneas aéreas privadas el derecho a fijar sus tarifas y la frecuencia de

sus vuelos entre capitales o aeropuertos regionales de ambos países. A partir de este momento se va a abrir una importante becha en el rígido sistema que regula el transporte aéreo en Europa, a la que habrán de contribuir, por otra parte, la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Milán en 1985, que fija el año 1992 como fecha límite para la consecución del mercado interior único, y la presidencia británica de la Comunidad Europea, desde julio de 1986, que va a suponer un importante apoyo para la Comisión, ya que desde 1982 el Gobierno de la señora Thatcher ha liberalizado el espacio aéreo británico, en el que operan 7 compañías aéreas nacionales, consiguiendo un inmediato incremento del tráfico y de las frecuencias, un abaratamiento de las tarifas y una mejora del servicio a bordo.

Probablemente debido a estos acontecimientos de carácter fundamentalmente político, la Comisión acentúa su presión sobre el sector de los transportes aéreos, y así en julio de 1986 envió sendas cartas a diez compañías aéreas (63) invitándoles a discutir la modificación de sus acuerdos bilaterales sobre fijación de precios y reparto de ingresos y capacidades para que no infrinjan los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma (64).

Concluida la etapa británica en enero de 1987, y con los belgas en la presidencia, la Comisión amenaza con que si no se llega a un acuerdo retirará su proyecto liberalizador (Segundo Memorandum), al tiempo que seguirá adoptando sanciones administrativas contra las líneas aéreas que no

(63) Todas las de bandera de la CE, excepto la pequeña luxemburguesa Luxair, la española IBERIA y la portuguesa TAP, dado el reciente ingreso en la Comunidad de ambos países. Un mes más tarde, aproximadamente, la Comisión se dirigió también a la compañía española IBERIA, quien solicitó un plazo de tres o cuatro meses para contestar. Cuando dicho plazo se agotó, pidió otra prórroga. Ante ello, la Comisión se dirigió, en marzo de 1987, al Ministerio de Transportes español, habiendo éste remitido la información a Bruselas con fecha 27 de marzo, justo cinco días antes de que la Comisión tuviese previsto aprobar la apertura de un procedimiento de infracción.

(64) A partir de estas fechas, sucesivas reuniones de Ministros de Transportes de la CE, presididas por el británico John Moore, se dedican casi exclusivamente a discutir la liberalización de los transportes aéreos en el seno de la Comunidad. El interés que pone en dichas reuniones el ministro británico es tal, que llega a amenazar a sus colegas, para el supuesto de falta de acuerdo, con denunciar a las compañías aéreas de bandera ante el TJCE por incumplimiento de la legislación comunitaria sobre la libre competencia. Sin embargo, aunque se consiguen avances (acuerdo para acabar con el actual reparto de capacidades o de plazas entre líneas aéreas, acuerdo sobre la liberalización del acceso al mercado), se sigue sin llegar a un acuerdo en materia de tarifas.

respeten el principio de la libre competencia y podría incluso llevarlas ante el TJCE. Al mismo tiempo, la Comisión hace público el resultado de las cartas remitidas por la Comisión el pasado julio (65).

La presión de la Comisión se hace tan intensa, que en junio de 1987 los veintidós Estados miembros de la CEAC (Comisión Europea de Aviación Civil) firman un acuerdo para liberalizar la normativa de las tarifas reducidas y el reparto de tráfico entre compañías. A partir de la entrada en vigor del acuerdo, las Compañías podrán proponer unilateralmente sus propias tarifas a sus respectivos Gobiernos, sin tener que haber llegado antes a un acuerdo con otras compañías. Firma que tiene lugar poco antes de que el Comisario Sutherland advirtiese nuevamente que «si el 30 de junio la situación sigue bloqueada, la Comisión Europea aplicará las reglas del Tratado de Roma» a las compañías aéreas declarando nulos la gran mayoría de sus acuerdos bilaterales por infringir las normas sobre libre competencia. Sin embargo, cuando las posturas entre los Ministros de Transporte parecen haberse acercado de forma muy sensible, España introduce un nuevo factor de incertidumbre al trasladar su contencioso con el Reino Unido sobre Gibraltar a la discusión de la normativa sobre liberalización del transporte aéreo (66).

(65) Con una de las empresas (*British Caledonian*) las conversaciones habían concluido ya satisfactoriamente: con otras seis (*Air France*, *SAS*, *KLM*, *British Airways*, *Sabena* y *Air Lingus*) estaban en curso y, por último, con *Lufthansa* (que contestó que estaba exenta de aplicar las normas sobre libre competencia), *Alitalia* (que respondió que sólo obedecía a su Ministerio de Transportes) y *Olympic Airways* (que ni siquiera se dignó contestar), dado lo poco cooperativas que se habían mostrado, la Comisión les dio un ultimátum, que expiraba a principios de abril, para que entablasen un diálogo o, de lo contrario, declararían nulos sus acuerdos, con lo que las agencias de viaje podrían entonces, por ejemplo, vender billetes a precios inferiores a los oficiales. La Comisión, para tomar esta decisión, se basaba, sin duda, en la sentencia objeto de este comentario, que le reconocía la facultad de obligar a aplicar las reglas de la competencia. El siguiente paso consistiría en denunciarlas ante el TJCE, aunque ni siquiera sería necesario que lo hiciese la Comisión, ya que cualquier parte interesada podría hacerlo. La decisión de la Comisión obtuvo, por otra parte, el apoyo de los consumidores europeos organizados en el BEUC.

(66) Concretamente nuestro país se opone a la inclusión del aeropuerto de Gibraltar entre los aeropuertos británicos de tercera categoría. Ya que ello, según el Ministerio de Asuntos Exteriores español, equivaldría a un reconocimiento implícito de la soberanía británica sobre el Peñón. La negativa española supone la falta de unanimidad entre los doce, lo que equivale a la no aprobación de las medidas liberalizadoras.

Nuevas reuniones de los Ministros de Transporte tienen lugar a lo largo del mes de junio, pero terminan sin acuerdo ante la falta de entendimiento de los Gobiernos español y británico. Urge, sin embargo, llegar a un acuerdo antes del día 1 de julio, ya que en esta fecha entra en vigor el Acta Unica que impedirá a los Ministros de transporte por sí solos (aun cuando sea por mayoría cualificada) adoptar la liberalización del sector, ya que se requiere la participación del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social.

El contencioso hispano-británico no se resolvió a tiempo. La Comisión Europea, sin embargo, dado que todos los Estados miembros estaban de acuerdo en la liberalización y que el obstáculo a la misma era de naturaleza estrictamente política, suaviza anteriores amenazas y a mediados de julio envía una nueva carta a 13 líneas aéreas —entre las que figura IBERIA—, en la que les insta a modificar, en el plazo de dos meses, los acuerdos bilaterales sobre tarifas y reparto de capacidades o de plazas, dado que son contrarios a la legislación comunitaria sobre libre competencia (67). La Comisión, sin embargo, duda sobre la conveniencia o no de posponer su actuación en la confianza de que se resuelvan las diferencias hispano-británicas sobre Gibraltar. Aunque también es consciente de que el resto de los países de la CEE puede, una vez entrada en vigor el Acta Unica Europea, solicitar una votación del paquete liberalizador, frente a la cual nuestro país tendría que invocar el compromiso de Luxemburgo (que equivale a un veto), si quiere evitar que el acuerdo se adopte por mayoría cualificada.

Este tira y afloja entre la Comisión y los Ministros de Transporte concluye, por fin, con el acuerdo alcanzado entre España y Gran Bretaña en el Consejo de Ministros celebrado el día 7 de diciembre en Bruselas.

2. Desde el 1 de enero de 1988.

Por fin, el 31 de diciembre de 1987, el *DOCE* publica un conjunto de normas (una directiva, dos reglamentos y una decisión) que incluye tres grandes temas: la flexibilización en materia de establecimiento de tarifas, la flexibilización en cuanto a reparto de capacidades y acceso al mercado y la

(67) A dicha carta responden todas las compañías, pero algunas contestaciones no satisfacen a la Comisión, que tiene la intención de anular algunos de los acuerdos vigentes entre líneas aéreas, con lo que las agencias de viaje podrán entonces ofrecer tarifas con mayores descuentos.

aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma a los transportes aéreos.

La publicación de este paquete de medidas liberalizadoras, sin embargo, no significa que en Europa el transporte aéreo se haya colocado al mismo nivel del americano tras la *deregulation*. Habrá que esperar hasta el año 1992, con la instauración del mercado interior único, para que exista una auténtica competencia en el sector que, al final, redunde en auténticos beneficios para el consumidor. Ahora bien, qué duda cabe que esta tímida desregulación va a permitir a las compañías aéreas europeas, y muy especialmente a la española, prepararse con tiempo para competir en un mercado absolutamente distinto al que estaban acostumbradas.

CRONICAS

CONSEJO DE EUROPA

