

HACIA UNA POLÍTICA TRANSATLÁNTICA DE *CIELOS ABIERTOS*

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2002 ASUNTOS C-466/98, C-467/98, C-468/98,
C-469/98, C-471/98, C-472/98 Y C-475/98 COMISIÓN CONTRA REINO
UNIDO, DINAMARCA, SUECIA, FINLANDIA, BÉLGICA, LUXEMBURGO,
AUSTRIA Y ALEMANIA

Por JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES*

SUMARIO:

1. ASPECTOS GENERALES: EL LARGO CAMINO HACIA UNA POLÍTICA EUROPEA DE TRANSPORTE AÉREO.—II. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS BILATERALES CON ESTADOS UNIDOS: 1. HACIA UN MODELO LIBERAL DE «CIELOS ABIERTOS» BASADO EN LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS. 2. LA REACCIÓN DE LA COMISIÓN: ACCIONES EN FAVOR DE UNA COMPETENCIA COMUNITARIA.—III. ASPECTOS FORMALES: LA PERTINENCIA DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO.—IV. ASPECTOS MATERIALES: 1. ALCANCE DE LA COMPETENCIA EXTERNA EXCLUSIVA DE LA COMUNIDAD. 2. INFRACCIÓN DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO. 3. CONVENIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD AL TCE.—V. CONSIDERACIONES FINALES: DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE TRANSPORTE AÉREO A UNA POLÍTICA TRANSATLÁNTICA DE *CIELOS ABIERTOS*.

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja. Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario Europeo.

I. ASPECTOS GENERALES: EL LARGO CAMINO HACIA UNA POLÍTICA EUROPEA DE TRANSPORTE AÉREO

Es bien sabido que una de las principales características que convierte a las Comunidades Europeas y a la Unión Europea en algo más que meras organizaciones internacionales de corte clásico es la vasta atribución de competencias que sus Estados miembros han realizado a favor de aquéllas. Así, fruto del ejercicio de dichas competencias, durante las últimas décadas se ha avanzado decididamente en el proceso de consecución de un espacio sin fronteras interiores (mercado único) en el que junto a las tradicionales libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, se ejercen toda una serie de políticas comunitarias en ámbitos cada vez más amplios.

Entre estos ámbitos competenciales atribuidos por los Estados miembros a la Unión Europea destaca la denominada política común de transportes, regulada en el actual título V del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (arts. 70-80 TCE). El apartado 1 del artículo 80 prevé al delimitar su ámbito material de actuación que las disposiciones del citado título relativo a los transportes se aplicarán sólo a los transportes de ferrocarril, carretera o vías navegables. Sin embargo, el apartado 2 encomienda al Consejo la decisión, por mayoría cualificada, de «si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación aérea»¹.

Sobre esta base, el Consejo adoptó en los años 1987, 1990 y 1992 tres

¹ Un primer acercamiento al transporte aéreo dentro de la política común de transportes se encuentra en ROBLES CARRILLO, M. A., «La política común de transportes», en LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho Comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 233-249, en particular pp. 245-248. Igualmente, CASADO RAIGÓN, R., «La política de transportes», *www.iustel.com*. Otras aportaciones más concretas se encuentran, por ejemplo, en DEL POZO GARCÍA, M., «La política común de transporte aéreo», *Noticias CEE*, núm. 131, diciembre 1995, pp. 91 ss.; ESTIENNE-HENROTTE, E., «Transports aériens», *Juris-Classeur Europe*, fascículo 1132, 1996; GALÁN CORONA, E.: «Desarrollos normativos en materia de transporte aéreo en el ámbito de la Unión Europea» en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, tomo III, pp. 3775-3791; BALFOUR, J., «Air Transport-A Community Success Story», *Common Market Law Review* 1994, pp. 1025 y ss.; KUYPER, P. J., «Legal Problems of a Community Transport Policy with special reference to Air Transport», *Legal Issues of European Integration* 1985, pp. 69 y ss.

«paquetes» normativos liberalizadores² destinados a garantizar en el ámbito del transporte aéreo, tanto la libre prestación de servicios de transporte aéreo³, como la aplicación en este sector de las normas comunitarias en materia de competencia⁴, particularmente en materia de fijación de tarifas⁵ y ayudas públicas⁶. Los dos primeros «paquetes» normativos supusieron una apertura parcial del mercado aéreo: en el primero se regularon las cuestiones de las tarifas (Directiva 87/601/CEE)⁷ y el acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados

² ARPEA, M., «La Comunità europea di fronte al problema della deregulation dei trasporti aerei», *Affari Sociali Internazionali* 1988, págs. 51 ss; CABALLERO, C., «Transporte aéreo. El Segundo Paquete de Medidas Liberalizadoras», *Noticias CEE* 1991, núm. 78, pp. 103 y ss; DÍAZ HERRERO, J., «Primera etapa de la liberalización del transporte aéreo», *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie B, marzo 1988, pp. 6 ss.; REY, B.: «Perspectivas de la liberalización del transporte aéreo», *Economistas* 1995, núms. 66-67, pp. 143-148; TEGELBERG-ABERSON, E., «Freedom in European Air Transport: the best of both worlds», *Air Law* 1987, núm. 6, pp. 282 y ss.

³ ESPEROU, R., «La liberalisation du transport aerien en Europe», *Regards sur l'actualité* 1997, núm. 228, pp. 3-16; FRANKEL, G. S., «Aviazione civile. Cieli liberi sull'Europa», *Mondo Economico* núms. 13-14, 7 de abril de 1997, pp. 47-50; KINNOCK, N., «The liberalisation of the European aviation industry», *European Business Journal* 1996, núm. 4, pp. 8-13; PETIT LAVALL, M. V., «Liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los servicios de asistencia en tierra (handling)», *Revista General de Derecho* 1997, pp. 14161-14177.

⁴ CABALLERO CLAVIJO, M., «Aplicabilidad de los principios sobre la libre competencia en el sector del transporte aéreo», *Noticias CEE* 1986, núm. 17, pp. 99 ss.; «Nueva cuestión prejudicial sometida al Tribunal de Justicia sobre aplicación de las reglas de la competencia del Tratado de Roma al sector del Transporte Aéreo (Caso Saeed and Silverline)», *Noticias CEE* 1987 núm. 35, pp. 139 ss.

⁵ GADEA OLTRA, F., «Las tarifas aéreas tras la Sentencia Nouvelles Frontières», *Noticias CEE* 1986, núm. 17, pp. 111-112; QUINTANA CARLO, I., «La aplicación de las reglas de la competencia del Tratado de Roma a la fijación de tarifas en los transportes aéreos», *Revista de Instituciones Europeas* 1988, págs. 105-133; RICKEN, W., «European antitrust aspects of maritime and air transport», *European Transport Law* 1988, núm. 1, p. 3.

⁶ EATON, J., «Flying the flag for subsidies. Prospects for airline deregulation in Europe», *Intereconomics* 1996, núm. 3, pp. 147-152; MONTER, R., «The Commision's state aid policy and airline restructuring: a one time opportunity or never-ending story», *European Business Law Review* 1997, núm. 2, pp. 45-48; MORILLAS JARILLO, M. J., «El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea», en AAVV, *op. cit.* (*Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*), pp. 3989-4046.

⁷ Directiva 87/601/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, DO L 374 de 31.12.1987, p. 12.

miembros (Decisión 87/602/CEE)⁸, mientras que en el segundo paquete se desarrollaron las normas sobre tarifas de los servicios aéreos regulares (Reglamento 2342/90)⁹ y el acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares intracomunitarios (Reglamento 2343/90)¹⁰. El tercero de los «paquetes» normativos ha representado, por su parte, la completa liberalización del transporte aéreo intracomunitario al regular la concesión de licencias a las compañías aéreas (Reglamento 2407/92)¹¹, el acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (Reglamento 2408/92)¹² y la regulación de los criterios y procedimientos para el establecimiento de tarifas aéreas y fletes de los servicios aéreos (Reglamento 2409/92)¹³. Estas normas han sido igualmente desarrolladas por la elaboración de un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva —SIR— (Reglamento 2299/89)¹⁴, así como por normas para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (Reglamento 95/93)¹⁵.

Como complemento a estas medidas liberalizadoras, se han adoptado también otra serie de normas de carácter complementario, sea para la protección del medio ambiente, la protección de los consumidores o el incremento de la seguridad. Entre las dictadas desde la *perspectiva del medio ambiente*, pueden destacarse las encaminadas a introducir limitaciones de explotación ligadas a la reducción del ruido en los aeropuertos (Directiva 2002/30/CE)¹⁶; entre las dictadas para *incrementar la seguridad*

⁸ Decisión 87/602/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, *DO* L 374, de 31.12.1987, p. 19.

⁹ Reglamento 2342/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, *DO* L 217 de 11.8.1990, p. 1.

¹⁰ Reglamento 2343/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, *DO* L 217 de 11.8.1990, p. 8.

¹¹ Reglamento 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, *DO* L 240 de 24.8.1992, p. 1.

¹² Reglamento 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, *DO* L 240 de 24.8.1992, p. 8.

¹³ Reglamento 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, *DO* L 240 de 24.8.1992, p. 15.

¹⁴ Reglamento 2299/89 del Consejo, de 24 de julio de 1989, *DO* L 220 de 29.7.1989, p. 1.

¹⁵ Reglamento 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, *DO* L 14 de 22.1.1993, p. 1.

¹⁶ Directiva 2002/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de marzo de 2002, *DO* L 85 de 28.3.2002, p. 40.

del tráfico aéreo tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001 sobresale la creación de una Agencia Europea de Seguridad Aérea (Reglamento 1592/2002)¹⁷; y entre las adoptadas para la *protección de los consumidores* destacan las encaminadas a compensar a los viajeros a los que se les rechaza el embarque (Reglamento 295/91)¹⁸, actualmente en proceso de revisión¹⁹, o a regular la responsabilidad en caso de accidente (Reglamento 2027/97)²⁰. Con todo, estas disposiciones presentan todavía un carácter disperso e incompleto y distan mucho de poder hablarse en la Comunidad Europea de una verdadera política coherente en lo que concierne al transporte aéreo europeo. De hecho, siguen sin aprobarse las cuatro propuestas legislativas que la Comisión presentó en octubre de 2001 para la creación de un «cielo único europeo»²¹. Por no hacer mención, por sobrepasar el ámbito de este trabajo, a la insatisfactoria situación creada desde la perspectiva del Derecho de la Competencia a partir de una legislación europea en materia de competencia que establece responsabilidades diferentes para la Comisión en lo relativo a las alianzas entre líneas aéreas según se trate de rutas europeas o rutas de países terceros²².

¹⁷ Reglamento 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002, *DO L* 240 de 7.9.2002, p. 1.

¹⁸ Reglamento 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, *DO L* 36 de 8.2.1991, p. 5.

¹⁹ COM (2002) 717 de 4.12.2002, Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque y anulación o gran retraso de los vuelos. La posición común fue aprobada el 17 de marzo de 2003.

²⁰ Reglamento 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, *DO L* 285 de 17.10.1997, p. 1.

²¹ Las propuestas originarias se encuentran en COM (2001) 123 final de 30.11.2001 y COM (2001) 564 final de 11.12.2001. Las respectivas propuestas modificadas de la Comisión se presentaron a finales de 2002, COM (2002) 658 de 26.11.2002. Se trata de cuatro Reglamentos que fijarán respectivamente el marco para la creación del cielo único europeo; la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo; la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo; y la interoperabilidad de la red europea de gestión del tráfico aéreo.

²² El Parlamento Europeo ha expresado con cierta reiteración la conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento 3975/87, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo, incluyendo las rutas entre los aeropuertos de la Comunidad y los aeropuertos de terceros Estados; cfr. en sus últimas aportaciones, el Informe Brian Simpson sobre las relaciones exteriores de la Unión Europea en el ámbito del trans-

Por otro lado, como ocurre con todas las competencias atribuidas a la Comunidad Europea por los Estados miembros, la *dimensión interna* de la política de transportes (la propia de las relaciones entre los quince Estados miembros dentro de su mercado interior) se ve igualmente completada por la *dimensión externa* propia de los servicios aéreos internacionales con terceros Estados. Y en este ámbito es donde surgen problemas jurídicos de primer orden que reclaman ser analizados con la necesaria atención.

Así, en primer lugar, desde un *punto de vista funcional* parece del todo punto inadecuado que los Estados miembros continúen manteniendo acuerdos bilaterales con Estados terceros concernientes a los denominados servicios aéreos (ASA) en un número que oscila entre los 60 y 70 por cada Estado miembro. Su base jurídica se funda en el conocido Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional de 7 de diciembre de 1944²³. Precisamente por ello la Comisión en un Libro Blanco, publicado en el 2001, propuso la elaboración de una política exterior coherente en el ámbito de la aviación como prioridad básica de un plan cuyo horizonte final se sitúa en el año 2010²⁴. Un pequeño paso encuadrable en esta dimensión externa es, por ejemplo, la inminente adhesión de la Comunidad a la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (EUROCONTROL)²⁵.

porte, de 24 de febrero de 2003, A5-0056/2003, apdos. 15 y 16. Con base en ello la propia Comisión ha presentado formalmente una propuesta de reglamento del Consejo por el que se derogaría el Reglamento 3975/87 y se modificaría el más reciente Reglamento 1/2003 en lo que respecta al transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países; COM (2003) 91 final de 24.2.2003.

²³ Su artículo 1 prevé que «todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio», a la par que su artículo 6 establece con toda nitidez que «ningún servicio aéreo internacional regular podrá explotarse en el territorio o sobre el territorio de un Estado contratante, excepto con el permiso especial u otra autorización dicho Estado y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización».

²⁴ COM (2001) 370 final de 12.9.2001, *La política europea de los transportes en el horizonte del 2010*. Cfr. igualmente Informe Juan de Dios Izquierdo Collado sobre este Libro Blanco, A5-0444/2002 de 9.12.2002.

²⁵ No puede, empero, decirse lo mismo respecto a la pertenencia a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), ya que, aunque ciertamente la Unión Europea (representada por la Comisión) es invitada periódicamente a participar en algunos de sus organismos, se precisa un acuerdo *ad hoc* del COREPER para cada participación de la Unión Europea. Esto provoca, como es obvio, una situación di-

En segundo lugar, desde un *punto de vista estrictamente jurídico* el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado el pasado 5 de noviembre de 2002 ocho importantísimas sentencias que obligarán a replantear seriamente en los próximos años el enfoque actual de la política comunitaria de transporte aéreo²⁶, especialmente en lo relativo a su dimensión externa.

A ello precisamente se dedicarán las siguientes líneas. A tratar de ofrecer unas primeras reflexiones, forzosamente sucintas, sobre el contenido y consecuencias de las citadas sentencias. Así, iniciaremos el presente trabajo insertando las sentencias en el contexto histórico-normativo de una dispersa celebración de acuerdos bilaterales con Estados Unidos (II), caracterizados básicamente por el insistente deseo norteamericano de lograr mediante relaciones de carácter bilateral con los Estados miembros de la UE un modelo liberal de «cielos abiertos» (II-1) y por la paralela reacción de la Comisión en favor de una competencia comunitaria que sustituya en esta materia a los Estados miembros (II-2). Precisamente, fruto de esta última posición, la Comisión interpuso los recursos por incumplimiento (III) que han sido el detonante de unas interesantes sentencias que entre otros aspectos materiales (IV) abordan fundamentalmente la siempre recurrente cuestión relativa al alcance de la posible competencia externa (exclusiva) de la Comunidad (IV-1), la posible infracción del Derecho de establecimiento por alguna de las cláusulas contenidas en los acuerdos bilaterales (IV-2), así como los problemas jurídicos derivados de los acuerdos celebrados por los Estados miembros con anterioridad a su adhesión a la UE (IV-3). Para concluir se ofrecerán unas consideraciones finales (V).

fácilmente compatible con la necesidad de articular una intervención de la Unión Europea necesariamente flexible, pronta y dinámica.

²⁶ Sentencias de 5 de noviembre de 2002, *Comisión contra Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Alemania* (C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 y C-476/98 no publicadas aún en la Recopilación oficial).

II. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS BILATERALES CON ESTADOS UNIDOS

I. HACIA UN MODELO LIBERAL DE «CIELOS ABIERTOS» BASADO EN LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS

Desde finales de la II Guerra mundial viene siendo una práctica habitual que los Estados europeos celebren con los Estados Unidos de América acuerdos bilaterales en el ámbito del transporte aéreo, buena parte de los cuales estaban ya en vigor en el momento de adhesión de dichos Estados europeos a la UE²⁷. Por ello, tras diferentes avatares en el diseño de la azarosa política del transporte aéreo, la Comisión intentó en reiteradas ocasiones durante la década de los noventa que el Consejo le autorizase a negociar con las autoridades norteamericanas un acuerdo en materia de transporte aéreo. Su objetivo era sustituir el elenco de acuerdos bilaterales por un acuerdo único que celebrase la Comunidad con los Estados Unidos. La base jurídica argüida por la Comisión para entablar tales negociaciones era el artículo 133 TCE (entonces artículo 113 TCE) ya que consideraba que la celebración de acuerdos internacionales en materia de transporte estaba incluido en el ámbito de la política comercial común de la Comunidad²⁸. El Consejo, sin embargo, no aceptó ninguna de las propuestas de la Comisión sobre la argumentación de considerar como base jurídica apropiada para la acción exterior en el sector de la aviación el artículo 80.2 (entonces artículo 84.2 TCE). Esto le servía de

²⁷ Como ejemplo paradigmático de dichos acuerdos bilaterales puede citarse el celebrado en 1946 entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América, comúnmente conocido como «Acuerdo Bermuda I», y por tanto en vigor en el momento de producirse la adhesión a la Comunidad Europea. Siendo el Reino Unido ya Estado miembro de la CE celebró un nuevo acuerdo bilateral con Estados Unidos en la materia, el denominado Acuerdo Bermuda II (en vigor desde el 23 de julio de 1977). La situación se repite en todos los Estados incurso en las sentencias objeto de análisis y en algunos otros (ej. Países Bajos).

²⁸ La primera iniciativa de la Comisión data del 23 de febrero de 1990, Propuesta de Decisión del Consejo relativa a un procedimiento de consulta y autorización de los acuerdos referentes a las relaciones comerciales en el sector de la aviación entre Estados miembros y terceros países, COM (90) 17 final. El 23 de octubre de 1992 la Comisión presentó otra propuesta de contenido muy semejante a la anterior, DO C 216 de 11.8.1993, p. 15. De nuevo lo intentó en abril de 1995 y noviembre de 1997 sin que el Consejo diera curso a las peticiones.

fundamento para sostener que los Estados miembros conservaban íntegramente su competencia en todo lo relativo a las relaciones con Estados terceros en materia de aviación. Consecuentemente, para negociar la Comunidad cualquier acuerdo con un Estado tercero se precisaba en todo caso que el Consejo considerase tal procedimiento conforme con el *interés común* por el hecho de poder conseguir para el conjunto de los Estados miembros un resultado mejor que el obtenido en virtud del tradicional sistema de acuerdos bilaterales. Así, hubo que esperar hasta junio de 1996 para que se otorgase a la Comisión un mandato que le permitiera negociar con Estados Unidos un acuerdo en materia de transporte aéreo.

Entretanto, los Estados Unidos habían aprovechado los años inmediatamente anteriores para proponer a diversos Estados miembros una modificación de los acuerdos bilaterales vigentes. Con ello Estados Unidos pretendía lograr con los referidos Estados acuerdos especialmente liberales que permitieran lograr (al margen de la CE) lo que denominaban Acuerdos de «cielos abiertos» (*open sky*). Tal liberalidad aspiraba, entre otros aspectos, al libre acceso a todas las rutas, capacidades y frecuencias ilimitadas en todas las rutas, derechos de ruta y tráfico ilimitados, fijación de precios, posibilidad de códigos compartidos, régimen especialmente liberal en materia de vuelos chárter y en materia de carga, así como el compromiso explícito de eliminar cualquier discriminación en el acceso y utilización de los sistemas informatizados de reservas (los denominados SIR) y normas en materia de seguridad. Con todo, los dos elementos básicos del modelo cielos abiertos es el intercambio de derechos de «quinta libertad», los cuales permiten que las compañías aéreas norteamericanas tengan acceso a las rutas intracomunitarias²⁹, así como la polémica «cláusula de la nacionalidad»³⁰.

²⁹ Los derechos de tercera y cuarta libertad consistían en el derecho de una compañía aérea a transportar pasajeros del país de origen a otro país y viceversa. Los de quinta libertad consisten en que, fruto de un intercambio de derechos (quizás fuera más preciso hablar de «combinación» de derechos), se pueda transportar pasajeros entre dos países con una aeronave de un tercer país en una ruta que tenga su origen o destino en ese último país; ello permite que una compañía aérea norteamericana pudiese mantener, por poner un ejemplo hipotético fruto de un eventual intercambio de derechos entre Estados Unidos y Dinamarca, una ruta Nueva York-Copenhague-Berlín o Berlín-Copenhague-Nueva York con embarque de pasajeros en la escala intermedia si las autoridades del Estado de la escala europea final (en este caso Alemania) así lo autorizase.

³⁰ Esta cláusula será más adelante objeto de un pormenorizado estudio al tratar su compatibilidad con el derecho de establecimiento; *infra* IV. 2 y en menor medida II.2.

Así las cosas, el mandato a la Comisión para negociar con Estados Unidos llegaba dos años antes de la interposición formal de los recursos de incumplimiento (1998), pero dos años después de que los Estados afectados negociaran la modificación de los anteriores acuerdos (1994-95). Y se trataba, además, de un mandato muy restringido en las materias³¹ y sometido a que realizara las negociaciones en colaboración con un comité especial designado por el propio Consejo. En todo caso, quedaba expresamente fuera del mandato de negociación las importantes cuestiones de acceso al mercado (incluido el código compartido y el arrendamiento financiero), las tarifas, designación de compañías aéreas y capacidades. Este mandato de negociación de 1996 no ha dado todavía fruto alguno de manera que hasta el momento no se ha celebrado con Estados Unidos ningún acuerdo en la materia.

Esta situación contrastaba claramente con la celebración sin mayores problemas de un acuerdo sobre aviación civil con Noruega y Suecia en 1992³² y, sobre todo, la negociación de un ambicioso proyecto de Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común (EEAC)³³ entre la Comunidad Europea y doce Estados europeos no miembros de la misma (Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Islandia, Letonia, Lituania, Noruega, Polonia, Rumanía, República Eslovaca y Eslovenia), el cual recientemente ha sido objeto de un interesante dictamen del Tribunal de Justicia³⁴ que lo declaró compatible con el Derecho Comunitario³⁵.

³¹ Únicamente podría negociar lo relativo a normas de competencia, propiedad y control de las compañías aéreas, los mecanismos de códigos compartidos (*code-sharing*), la resolución de conflictos, el arrendamiento financiero, las cláusulas sobre medio ambiente, el SIR y las medidas transitorias que resultasen precisas. Ciertamente, era ampliable a algunas materias más, pero sólo si así lo solicita Estados Unidos: se trata de las materias de ayudas de Estado encaminadas a evitar la quiebra de las compañías aéreas, la asignación de franjas horarias en los aeropuertos, la idoneidad económica y técnica de las compañías aéreas, la cláusulas en materia de seguridad y cualquier otra cuestión relativa a la regulación del sector.

³² Se aprobó mediante la Decisión 92/384/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1992, DO L 200 de 18.7.1992, p. 20.

³³ El objetivo del acuerdo es regular el acceso a los mercados de transporte aéreo de las partes contratantes mediante normas comunes, basadas en la normativa en vigor en la materia en la Comunidad Europea, y que tienen por objeto el libre acceso al mercado, la libertad de establecimiento, la competencia en igualdad de condiciones, la seguridad y el medio ambiente.

³⁴ Dicho proyecto de acuerdo fue sometido a petición de la propia Comisión, conforme a lo previsto en el artículo 300.6 TCE, a dictamen del Tribunal de Justi-

2. LA REACCIÓN DE LA COMISIÓN: ACCIONES EN FAVOR DE UNA COMPETENCIA COMUNITARIA

Pero la Comisión no se limitó a esperar a que el Consejo le otorgase en 1996 el ya citado mandato de negociación con Estados Unidos. Desde 1994 instó claramente a los Estados miembros a que evitaran cualquier negociación con Estados Unidos antes de haberse coordinado y alcanzado una posición común. Sin embargo, los Estados afectados hicieron caso omiso de la posición de la Comisión. De hecho, en 1995 Dinamarca, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo y Austria (y en 1996 Alemania) llegaron a un acuerdo con Estados Unidos para modificar sus acuerdos anteriores acomodándolos al nuevo concepto de «cielos abiertos». En el mismo año 1995, aunque en este caso sin que supusiera una incorporación del modelo de «cielos abiertos», se revisó igualmente el Acuerdo con el Reino Unido.

De ahí que, tras los pertinentes escritos de requerimiento, la Comisión interpusiera en diciembre de 1998 los ocho recursos por incumplimiento que han dado lugar a las sentencias objeto de este comentario. En uno de estos recursos, dirigido contra el Reino Unido (C-467/98), la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que dicho Estado ha violado las normas sobre derecho de establecimiento (actual artículo 42 TCE) al

cia para que se pronunciara sobre su compatibilidad con el Tratado, particularmente en lo relativo al sistema de vigilancia jurídica (o quizá fuera más adecuado hablar de vigilancia judicial) previsto en el proyecto de acuerdo.

Aunque resulte ajeno al hilo conductor de esta nota y no podamos entrar en su estudio, resulta más que curioso observar cómo el apartado 15 de la petición de dictamen al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la compatibilidad con el Tratado del sistema de vigilancia previsto en el proyecto de acuerdo, al referirse al citado sistema de vigilancia, algunas versiones lingüísticas —como la alemana, la inglesa o la italiana— optan por el término de *vigilancia judicial* («gerichtliche Kontrolle», «judicial supervisión» o «controllo giurisdizionale») mientras otras —como la francesa o la española— se inclinan por el de *vigilancia jurídica* («surveillance juridique», *vigilancia jurídica*).

³⁵ Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, Acuerdo EEAC (*Rec.*, pp. I-3493). Un primer comentario a este dictamen, centrado en la dimensión constitucional del mismo (concretamente en las diferentes dimensiones del principio de autonomía del ordenamiento comunitario y de lo que se denomina el *Integrationsgewalt*) lo encontramos en CASTILLO DE LA TORRE, F., *Common Market Law Review* 2002, pp. 1373-1393.

haber celebrado y aplicado un Acuerdo internacional con Estados Unidos que prevé una «cláusula de la nacionalidad», en virtud de la cual cabe revocar, suspender o limitar los derechos de tráfico aéreo en el supuesto de que las compañías aéreas designadas por el Reino Unido no sean propiedad de tal Estado o de nacionales del mismo. En los otros siete recursos, dirigidos contra Dinamarca, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Alemania respectivamente (C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98, C-476/98), la Comisión solicita al Tribunal que declare que esos Estados han violado diversas normas de Derecho Comunitario originario y derivado al haber negociado, firmado y ratificado los citados acuerdos sobre «cielos abiertos» con Estados Unidos. Así, respecto al Derecho originario, la Comisión estimó que, además de las normas sobre derecho de establecimiento ya mencionadas en el recurso contra al Reino Unido, los Estados han violado el principio de cooperación leal (art. 10 TCE). Y, respecto al Derecho derivado, se consideraba que han violado lo recogido en los ya citados Reglamentos sobre concesión de licencias a las compañías aéreas (Reglamento 2407/92), sobre el acceso de las compañías a las rutas aéreas intracomunitarias (Reglamento 2408/92), sobre la regulación de los criterios y procedimientos por el establecimiento de tarifas aéreas (Reglamento 2409/92), sobre SIR (Reglamento, 2299/89) y sobre la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (Reglamento 95/93). Subsidiariamente, la Comisión solicita que, si el Tribunal considerase que los nuevos acuerdos no modifican sustancialmente los celebrados con anterioridad a la adhesión a la CE, se constate por el Alto Tribunal una violación de la obligación de los Estados afectados de «recurrir a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado» (actualmente art. 307.2 TCE)³⁶.

Para concluir este primer apartado conviene poner de manifiesto que Países Bajos, interviniente en estos procedimientos en favor de los Estados demandados, ha sido objeto de un nuevo procedimiento por incumplimiento como consecuencia de su acuerdo de cielos abiertos con Estados Unidos.

³⁶ Para un más detallado estudio de los hechos, así como de las particulares peculiaridades en cada uno de los Estados miembros afectados, además de los correspondientes apartados de las respectivas sentencias, véanse las conclusiones del Abogado General TIZZANO, presentadas el 31 de enero de 2002 de forma conjunta para los ocho asuntos (no publicadas aún en la Recopilación oficial).

III. ASPECTOS FORMALES: LA PERTINENCIA DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO

Uno de los motivos aducidos por tres de los Estados demandados (Alemania, Bélgica y Luxemburgo) en sus excepciones de inadmisibilidad es la utilización de un procedimiento inadecuado. Consideraban que la verdadera finalidad perseguida por la Comisión no era la de constatar infracciones al Derecho Comunitario, sino más bien forzar al Consejo a autorizar la apertura de negociaciones de la Comunidad Europea con los Estados Unidos para la celebración de un acuerdo en la materia de transporte aéreo. Consideran, pues, que la vía procesal adecuada para lograr esa pretensión hubiera sido el recurso por omisión y no el de incumplimiento. El Tribunal de Justicia, como no podía ser de otro modo a la vista de su clara jurisprudencia anterior³⁷, consideró que «dada su función de guardiana del Tratado, la Comisión es la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento y debido a qué actuación u omisión imputable al Estado miembro afectado debe interponerse dicho procedimiento».

La cuestión no es baladí. Como se verá al tratar la cuestión de la «necesidad» del Acuerdo con Estados Unidos para sostener una competencia exclusiva de la Comunidad con base en el dictamen 1/76³⁸, difícilmente podrá sostenerse tal «necesidad» si el Consejo no lo consideró así —en contraste con otros Acuerdos con países terceros— y si la Comisión no interpuso el correspondiente recurso por omisión. En este sentido, la Comisión podría haber actuado contra el Consejo imputándole no haber considerado «necesaria» la celebración de un Acuerdo con Estados Unidos y, por tanto, no haber hecho que surgiera la competencia exclusiva de la Comunidad en esa materia. Sin haber interpuesto el recurso por omisión, la Comisión pierde buena parte de su fuerza argumental y consecuentemente le resultará particularmente difícil poder demandar ahora a los Estados miembros alegando la invasión de una competencia comunitaria que no había sido adecuadamente instituida por la institución encargada de hacerlo (Consejo) y respecto de la que la «guardiana de los Tratados» (la

³⁷ Cfr. Sentencia de 11 de agosto de 1995, *Comisión/ Alemania* (C-431/92, *Rec.* p. I-2189), apartado 22.

³⁸ *Vide infra*, IV.1.

Comisión) no ha utilizado todos los medios procesales a su alcance para forzar una intervención comunitaria adecuada.

Junto a la excepción ya descrita, algunos Estados adujeron otros motivos de inadmisibilidad de la demanda que fueron también rechazados por el Tribunal de Justicia³⁹.

IV. ASPECTOS MATERIALES

I. ALCANCE DE LA COMPETENCIA EXTERNA EXCLUSIVA DE LA COMUNIDAD

En siete de los ocho recursos (todos excepto el incoado contra el Reino Unido) la Comisión reprocha a los Estados afectados haber invadido la competencia de la Comunidad al celebrar los Acuerdos en cuestión. La argumentación de la Comisión es doble. Por un lado, la fundamenta en la invasión de una competencia exclusiva de la Comunidad en el sentido fijado por el Tribunal de Justicia en el dictamen 1/76. Así la Comunidad tendría una competencia exclusiva para negociar con Estados Unidos el Acuerdo en cuestión porque, pese a no existir una base normativa específica en los Tratados (atribución de competencia), los Acuerdos eran *nece-*

³⁹ El gobierno austriaco adujo, por ejemplo, una duración excesiva del procedimiento, así como que el escrito de requerimiento no planteara algunas imputaciones después formuladas en el dictamen motivado; el gobierno alemán sostuvo, por su parte, que la Comisión no había indicado con suficiente precisión en el escrito de requerimiento las infracciones que se le imputaban. Por el contrario, el Tribunal de Justicia sí aceptó la argumentación del gobierno alemán partidaria de no poder considerar objeto de infracción el régimen transitorio que tuvo entre 1994 y 1996 ya que, aunque efectivamente estaba vigente en el momento del escrito de requerimiento, ya había agotado sus efectos en el momento del envío del dictamen motivado. Con ello, el Tribunal no admite que la Comisión esté obligada a impugnar todos los incumplimientos que se hayan producido, con independencia de los efectos de los mismos ya hayan cesado en el momento de la interposición del recurso. Se mantiene, pues, la postura jurisprudencial de que este tipo de recursos deben tener por objeto incumplimientos que persistan después de haber finalizado el plazo fijado en el dictamen motivado y no pueden, por tanto, tener por objeto incumplimientos a los que se haya puesto fin durante el procedimiento administrativo previo. Sostener lo contrario supondría en el fondo desvirtuar en buena medida la función propia de este procedimiento administrativo previo: hacer desaparecer el incumplimiento sin necesidad de abrir la fase judicial en sentido estricto.

sarios para conseguir uno de los objetivos del Tratado⁴⁰. Por otro lado, la Comisión sostiene también la existencia de una competencia externa de la Comunidad en el sentido de la jurisprudencia AETR⁴¹.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, dismantela buena parte de la argumentación planteada por la Comisión. Así, en primer lugar, rechaza que existiera una competencia externa exclusiva de la Comunidad en el sentido del dictamen 1/76 para celebrar un acuerdo de transporte aéreo con Estados Unidos, por lo que carece de fundamento el incumplimiento basado en la invasión de tal competencia por los siete Estados miembros afectados. El artículo 80.2 TCE (entonces artículo 84.2 TCE) prevé una facultad de actuación de la Comunidad, pero la «supedita, no obstante, a una decisión previa del Consejo». Por tanto, «si bien esta disposición puede ser utilizada por el Consejo como base jurídica para reconocer a la Comunidad la facultad de celebrar un acuerdo internacional en materia de transporte aéreo en un caso determinado, no se puede considerar que establezca por sí sola una competencia comunitaria externa en materia de transporte aéreo». La competencia para obligar a la Comunidad frente a terceros países podría desprenderse, en efecto, de manera implícita de las disposiciones del Tratado que establecen la competencia interna. Pero para ello habría que acreditar que «la participación de la Comunidad en el acuerdo internacional sea necesaria para la consecución de uno de los objetivos de la Comunidad», en el sentido apuntado por el dictamen 1/76⁴². Además, en el posterior dictamen 1/94⁴³ el Tribunal de Justicia precisó

⁴⁰ La Comisión busca su base argumental principal en la conocida afirmación del Tribunal de Justicia de que «la competencia para obligar a la Comunidad frente a Estados terceros se desprende, sin embargo, de manera implícita de las disposiciones del Tratado que establecen la competencia interna, siempre que la participación de la Comunidad en el Acuerdo internacional sea necesaria (...) para la consecución de uno de los objetivos de la Comunidad»; dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977 (*Rec.*, p. 741), apartado 4.

⁴¹ Para un estudio sobre la doctrina 1/76 (criterio de la necesidad) y sobre la doctrina AETR, revisada por el dictamen 1/94, puede entresacarse de entre la abundante bibliografía existente el interesante trabajo de GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *La política comercial y las relaciones exteriores de la Unión Europea*, Tecnos, 1998, pp. 265-283.

⁴² Véanse los apartados 3 y 4 de este dictamen 1/76.

⁴³ Sobre el alcance y consecuencias de este importante dictamen ya nos hemos pronunciado con anterioridad en «La competencia de la CE para celebrar el Acuerdo de la OMC-comentario al dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994», *Revista de Instituciones Europeas* 1995, pp. 593-618. Sobre

que el supuesto contemplado en el dictamen 1/76 «es aquel en que la competencia interna únicamente puede ejercitarse adecuadamente al mismo tiempo que la competencia externa, de modo que la celebración del acuerdo internacional sea necesaria para realizar los objetivos del Tratado que no puedan alcanzarse mediante el establecimiento de normas autónomas»⁴⁴. Y tal supuesto no se da en el caso que nos ocupa.

No en vano, el Consejo aprobó en 1992 el denominado «tercer paquete» del mercado interior del transporte aéreo sin que considerase necesario recurrir para ello a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos. De esta manera, como quiera que la autorización a la Comisión para negociar un acuerdo con Estados Unidos no llegó hasta 1996, para entonces ya se había ejercido la competencia interna. Es más, existía una declaración conjunta del Consejo y la Comisión de 1996 que consideraba vigentes los acuerdos bilaterales hasta el momento en que la Comisión llegase a un acuerdo con Estados Unidos, situación que no ha ocurrido aún. Aunque el Tribunal de Justicia no haga mención directa a ello en su argumentación, a nuestro entender si la Comisión sostiene la necesidad del acuerdo internacional para realizar los objetivos del Tratado en materia de transporte aéreo hubiera podido (o debido) plantear contra el Consejo un recurso por omisión en su momento por no haber considerado necesaria la celebración de un Acuerdo con Estados Unidos y, por tanto, haber impedido que surgiera una competencia exclusiva de la Comunidad en este ámbito.

Sin embargo, respecto a la segunda de las argumentaciones de la Comisión, el Tribunal de Justicia sí reconoce la existencia de una competencia externa exclusiva de la Comunidad como consecuencia de la adopción de actos internos. En el sentido de la jurisprudencia AETR⁴⁵, recuerda que «cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones que establecen normas comunes, en la forma que sea, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas o alteren su alcance, y

su incidencia restrictiva en la doctrina AETR, puede verse igualmente EMILOU, N., «The Death of Exclusive Competence?», *European Law Review* 1996, pp. 294-311.

⁴⁴ Véase dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994 (*Rec.*, p. I-5267), apartado 89.

⁴⁵ Véase sentencia de 31 de marzo de 1995, *Comisión/Consejo* (22/70, *Rec.*, p. 263).

que, en efecto, a medida que se establecen estas normas comunes, sólo la Comunidad puede asumir y ejecutar, con efecto para todo el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, los compromisos contraídos frente a países terceros». Por tanto, en el caso en cuestión, si los Estados miembros mantuvieran la libertad de contraer obligaciones internacionales que afectasen a las normas comunes sobre transporte aéreo adoptadas sobre la base del artículo 80.2 TCE, «ello pondría en peligro la consecución del objetivo perseguido por estas normas y, por tanto, impediría a la Comunidad cumplir su tarea de defensa del interés común».

Aun así, para saber en qué condiciones adquiere la Comunidad una competencia externa como consecuencia del ejercicio de su competencia interna en materia de transporte aéreo es imprescindible determinar en qué circunstancias puede verse afectado el alcance de las normas comunes por las obligaciones internacionales en cuestión. Tal es el caso «cuando las obligaciones internacionales están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las normas comunes»⁴⁶ o «dentro de un ámbito ya cubierto en gran medida por tales normas»⁴⁷. Si tal es el caso, «los Estados miembros no pueden contraer obligaciones internacionales al margen de las instituciones comunes», incluso «aunque no exista ninguna contradicción entre éstas y las normas comunes».

Así, en las sentencias en cuestión el Tribunal de Justicia declara que los siete Estados han invadido la competencia externa de la Comunidad tan sólo respecto a las normas comunitarias relativas al establecimiento de tarifas aéreas practicadas por las compañías aéreas designadas por Estados Unidos en rutas intracomunitarias y a los SIR ofrecidos o utilizados en territorio de alguno de los siete Estados afectados, ya que por lo que afecta a las franjas horarias considera que la Comisión no ha acreditado que los acuerdos bilaterales con Estados Unidos contengan compromisos en esta materia⁴⁸.

⁴⁶ En ello se remite a la sentencia de 31 de marzo de 1995, *Comisión/Consejo* (22/70, *cit.*), apartado 30.

⁴⁷ Así se estableció en el dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993 (*Rec.*, p. I-1061), apartado 25.

⁴⁸ Para llegar a esta conclusión el Tribunal de Justicia examina caso por caso el alcance de los Reglamentos invocados. Por un lado, el Tribunal de Justicia rechaza que los Reglamentos relativos a la concesión por parte de los Estados miembros de licencias de explotación relativas a las compañías aéreas establecidas en la Comunidad y al acceso de las compañías aéreas comunitarias a las rutas aéreas intracomunitarias sirvan de fundamento para competencia externa de la Comunidad que in-

En suma, como quiera que en los dos ámbitos citados existe una competencia exclusiva de la Comunidad, los Estados miembros han perdido toda competencia para emprender cualquier iniciativa respecto a esas materias, aun en el supuesto de que dichos Estados intentasen recoger en el texto de los acuerdos bilaterales el contenido del Derecho Comunitario en la materia. Por lo tanto, al imponer además el artículo 10 TCE la obligación de abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de los Tratados, los Estados en cuestión han violado el artículo 10 TCE, así como los Reglamentos 2409/92 y 2299/89.

2. INFRACCIÓN DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

El segundo de los elementos controvertidos de los acuerdos bilaterales con Estados Unidos, en este caso de los ocho (incluido el Reino Unido), es la denominada «cláusula de nacionalidad». En virtud de ella, cada parte puede denegar los derechos recogidos en los acuerdos a las compañías aéreas designadas por el otro Estado contratante que no sean propiedad de nacionales de dicho Estado ni estén controladas por ellos. Se trata, en definitiva, de precisar si esa cláusula es compatible con las normas de establecimiento del Tratado (arts. 42 TCE) y en caso afirmativo si podría resultar justificada la excepción de orden público, seguridad y salud pública (art. 46 TCE).

Sin excesivo esfuerzo intelectual puede comprenderse que si una compañía aérea de propiedad o bajo control de un Estado miembro no parte del convenio bilateral en cuestión (o de nacionales de ese Estado miembro no contratante) que se haya establecido en uno de los Estados miembros demandados no recibe el mismo trato que las compañías nacionales estaría sufriendo una discriminación respecto a las nacionales contraria al artículo 42 TCE: «Las compañías aéreas comunitarias sufren una discrimi-

cluyera los acuerdos bilaterales en cuestión. Tales acuerdos no están comprendidos en el ámbito ya cubierto por dichos Reglamentos porque aquellos contienen normas destinadas a las compañías aéreas americanas. Por el contrario, el Tribunal de Justicia considera que diversas disposiciones relativas al establecimiento de tarifas aéreas en rutas intracomunitarias, así como a los sistemas informatizados de reserva (SIR) y a la asignación de franjas horarias que se recogen en otros de los Reglamentos ya citados con anterioridad sí se aplican a compañías aéreas de países terceros.

minación que les impide disfrutar del trato nacional en el Estado miembro de acogida». Resulta, pues, intrascendente a estos efectos que se trate del sector de transportes⁴⁹ o que la discriminación se recoja en un convenio internacional⁵⁰.

Respecto a la aplicabilidad de la excepción del artículo 46 TCE, alegada por los gobiernos del Reino Unido, Dinamarca y Alemania, tampoco es necesario explayarse en exceso para respaldar su inaplicabilidad al caso en cuestión. El Tribunal de Justicia ha reiterado hasta la saciedad desde finales de la década de los setenta que «el recurso a las justificaciones fundadas en el orden público y en la seguridad pública, previstas en el artículo 46 [actualmente artículo 56] del Tratado, exige que sea necesario mantener una medida discriminatoria para hacer frente a una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»⁵¹, exigiendo además que la amenaza sea actual y que exista una relación directa entre esta amenaza actual y la medida discriminatoria adoptada para hacerle frente⁵². En el caso en cuestión, ni la cláusula de la

⁴⁹ El Tratado al regular las libertades fundamentales recoge, en efecto, determinadas peculiaridades para el sector del transporte. No afecta, sin embargo, a las normas sobre establecimiento. Así, mientras el artículo 51 TCE excluye la aplicación de las disposiciones sobre libre prestación de servicios a los servicios de transporte (incluido, por tanto, el transporte aéreo), los cuales se rigen por disposiciones propias del título del Tratado relativo a los transportes, no existe ningún precepto análogo en materia de establecimiento. Quiere ello decir que tales normas sobre establecimiento resultan plenamente aplicables a las compañías aéreas.

⁵⁰ La base argumental utilizada en estas sentencias proviene de una asentada jurisprudencia anterior en virtud de la cual el Tribunal de Justicia ha dejado claro que «el principio de trato nacional obliga al Estado miembro que sea parte de un convenio internacional bilateral celebrado con un país tercero (...) a conceder a los establecimientos permanentes de sociedades domiciliadas en otro Estado miembro las ventajas previstas por dicho convenio en las mismas condiciones aplicables a las sociedades domiciliadas en el Estado miembro parte del convenio»; sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, *Rec.*, p. I-6161), apartado 59; sentencia de 15 de enero de 2002, *Gottardo* (C-55/00, *Rec.*, p. I-413), apartado 32.

⁵¹ Baste recordar, como hace el Tribunal de Justicia, la conocida sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau* (30/77, *Rec.*, p. 1999), apartado 35.

⁵² Véase igualmente, por toda la jurisprudencia, la sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* (352/85, *Rec.*, p. 2085), apartado 36. Para profundizar en los requisitos y jurisprudencia comunitaria a propósito de esta cláusula de excepción nos remitimos a nuestro trabajo «El derecho de establecimiento», en LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario material*, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 107-122, en particular pp. 115-116.

nacionalidad restringe su aplicación a supuestos de amenaza al orden público ni existe amenaza real y actual ni mucho menos se da, por tanto, la relación directa entre una amenaza (en realidad casi ni hipotética) y una discriminación que es generalizada a todas las compañías aéreas comunitarias.

Dado que curiosamente ningún gobierno alegó la excepción del interés general (al menos que sepamos) ni el Tribunal de Justicia ni el Abogado General TIZZANO entran a analizar la virtualidad de esta otra excepción⁵³. En suma, como quiera que el ya citado Reglamento 2407/92 armoniza las condiciones de concesión de licencias a las compañías aéreas en la Comunidad, las licencias de explotación expedidas con arreglo a las condiciones previstas en el citado Reglamento son válidas en toda la Comunidad y, en consecuencia, los Estados miembros no pueden subordinar la concesión de derechos de tráfico con destino a Estados terceros a la posesión de un certificado de operador aéreo expedido por la administración nacional. Por tanto, las consecuencias de esta afirmación son obvias. En primer lugar, *todas* las compañías aéreas comunitarias en el sentido del Reglamento 2407/92 que justifiquen un establecimiento (filial, sucursal, agencia) en el territorio de un Estado miembro podrán ejercer los mismos derechos de tráfico con origen ese Estado y destino en un Estado tercero y en las mismas condiciones que las compañías aéreas del Estado miembro en cuestión. Y en segundo lugar, la designación de los aeropuertos que realicen las autoridades competentes de cada Estado miembro no podrá realizarse de forma que generen discriminaciones entre las compañías aéreas comunitarias basadas en su nacionalidad.

3. CONVENIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD AL TCE

Con carácter subsidiario la Comisión solicitó que, si el Tribunal considerase que los nuevos acuerdos no modifican sustancialmente los celebrados con anterioridad a la adhesión a la Comunidad Europea, se constataste una violación de la obligación de los Estados afectados a «recurrir a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado» (actualmente art. 307.2 TCE). Al pronunciarse el Tribunal de

⁵³ Véase, con todo, sobre los requisitos para la virtualidad de esta cláusula del interés general la sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94, *Rec.*, p. I-4165), apartados 37 y 38.

Justicia sobre la pretensión principal, consideró que «no procede que se pronuncie sobre la pretensión subsidiaria»⁵⁴.

Con todo, dada la importancia e interés de la cuestión merece la pena realizar alguna breve reflexión general. En primer lugar, el punto de arranque es bien diferente en los ocho Estados, ya que realmente tan sólo se plantea en cinco de las ocho sentencias⁵⁵. En segundo lugar, difícilmente puede sostenerse que la cláusula pueda ampararse en lo previsto en el apartado primero del artículo 307 TCE cuando todos los acuerdos fueron objeto de una revisión en los años 1995 y 1996 (posteriormente a la entrada en vigor del TCE), ya fuera para someterlos a una profunda reforma (la mayoría de los casos) o para reproducir el contenido del acuerdo anterior (Reino Unido). En tercer lugar, y poniéndonos en el hipotético supuesto de que la cláusula de nacionalidad hubiera podido quedar justificada al amparo del primer párrafo del artículo 307 TCE, no conviene perder de vista que el Tribunal de Justicia en su más reciente jurisprudencia se viene mostrando especialmente riguroso a la hora de valorar si el Estado de que se trate ha recurrido «a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado» a la que se refiere el párrafo segundo del citado precepto⁵⁶; y parece obvio que no han empleado «todos los medios» ya que, aun considerando que hubieran intentado negociar con Estados Unidos para introducir las modificaciones exi-

⁵⁴ Es decir, se trataba de que en el caso en que el Tribunal de Justicia considerase que la «cláusula de la nacionalidad» pudiera quedar amparada por el artículo 307.1 TCE, se declarase que los Estados miembros demandados habrían infringido el párrafo segundo de dicho precepto al no haber hecho todo lo posible para eliminar la incompatibilidad de aquella cláusula con el derecho de establecimiento.

⁵⁵ Se trata de los casos de Dinamarca, Suecia, Finlandia, Austria y Alemania (C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-475/98, C-476/98). En los casos de Bélgica y Luxemburgo se habrían incluido en todo caso en Acuerdos posteriores a su pertenencia a la Comunidad Europea (C-471/98 y C-472/98)). Y en el caso del Reino Unido ya se ha visto que existen importantes particularidades, pero en lo que aquí respecta el acuerdo Bermuda II supuso una reproducción del anterior y por ello una nueva manifestación de voluntad por lo que el Acuerdo sería posterior a la adhesión (C-466/98).

⁵⁶ Con carácter general, además de la negociación con el Estado tercero para introducir las modificaciones exigidas por el Derecho Comunitario y la denuncia, son posibles la sustitución del Acuerdo controvertido por otro celebrado por la Comunidad o incluso la adhesión de la Comunidad al acuerdo anterior; *vid.* DíEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 189-193.

gidas por el Derecho Comunitario y fuera el Estado tercero el que se niega (primer medio posible), olvidan que los Estados miembros estarían incluso obligados a denunciar tales convenios (segundo medio a su alcance)⁵⁷ si se mantuviera la supuesta negativa de los Estados Unidos a renegociar. Todo lo cual hubiera conducido, en su caso, a constatar una flagrante violación del artículo 307.2 TCE por al menos los cinco Estados aludidos.

V. CONSIDERACIONES FINALES: DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE TRANSPORTE AÉREO A UNA POLÍTICA TRANSATLÁNTICA DE CIELOS ABIERTOS

En la perspectiva del inmediato *corto plazo*, podría deducirse de todo lo expresado al menos cuatro consecuencias obvias. En primer lugar, los ocho Estados afectados por las sentencias deberían activar con celeridad los mecanismos de denuncia previstos en sus acuerdos con Estados Unidos como única vía posible para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia en un plazo razonable. En segundo lugar y como consecuencia indirecta de las sentencias para evitar nuevos recursos por incumplimiento, los Estados restantes que hubieran celebrado acuerdos semejantes con posterioridad (al menos Francia, Países Bajos, Italia y Portugal) deberían en su caso poner también en marcha los correspondientes mecanismos de denuncia previstos en sus respectivos acuerdos bilaterales con Estados Unidos para acomodar plenamente su contenido a las exigencias del Derecho Comunitario. En tercer lugar, tanto unos como otros Estados deberían cumplir escrupulosamente su deber de cooperación leal (art. 10 TCE) y abstenerse de asumir cualquier compromiso internacional (sea con Estados Unidos o con cualquier otro país tercero) en cualquier materia relacionada con el transporte aéreo internacional en tanto no se aclarase con carácter previo su compatibilidad con el Derecho Comunitario. Dicho más claramente, los Estados miembros afectados deben rechazar las propuestas realizadas por Estados Unidos a once de los quince Estados miembros (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Alemania, Francia, Italia, Austria y Portugal) para modificar las cláusulas

⁵⁷ Véase, por ejemplo, sentencia de 3 de febrero de 1994, *ONEM c. Madeleine Minne* (C-13/93, *Rec.*, p. I-371), apartado 15; Sentencia de 4 de julio de 2000, *Comisión/Portugal* (C-62/98, *Rec.*, p. I-5171), apartado 49.

relativas a la propiedad y control de las compañías aéreas (cláusulas de nacionalidad), así como la propuesta de eliminar del texto de los acuerdos bilaterales toda referencia a las materias conocidas por el Tribunal de Justicia como competencia exclusiva de la Comunidad (tarifas aéreas y sistemas de reserva)⁵⁸. Y en cuarto lugar el Consejo debería aprobar con rapidez un mandato amplio de negociación a favor de la Comisión para negociar lo antes posible la sustitución de los acuerdos bilaterales con Estados Unidos (en vigor durante el periodo transitorio) por un acuerdo comunitario único⁵⁹ de nueva generación. Esto es, debería garantizar, por un lado, a toda compañía aérea europea la plena aplicación del Derecho Comunitario (particularmente la libertad de establecimiento) sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad y, por otro lado, debería garantizar también un pleno acceso de dichas compañías europeas al mercado aéreo norteamericano.

A través de las ocho sentencias comentadas, el Tribunal de Justicia ha dado un paso de gigante —no en balde la comisaria de Palacio las califi-

⁵⁸ El Director General de Energía y Transportes de la Comisión, François Lamoignon, en una carta enviada a todos los Estados miembros el 29 de enero de 2003 trataba de persuadir a dichos Estados de que no entablaran las negociaciones ofrecidas por Estados Unidos. A la vez consideraba la posición americana de carácter minimalista y contraria al Derecho Comunitario defendiendo que «c'est à la Communauté de trouver les dispositions appropriées pour les clauses de nationalité ou de désignation, en prenant entièrement en considération les paramètres du droit communautaire» no correspondiendo a los Estados Unidos la labor de interpretar el Derecho Comunitario; *Agencia EUROPE* núm. 8391, de 1.2.2003, p. 10. Cfr. igualmente propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y países terceros, COM (2003) 94 final de 26.2.2003; esta propuesta prevé un sistema de notificación previa a la Comisión de la intención de negociación primero y del proyecto de acuerdo después para que aquélla examine «si el proyecto de acuerdo es compatible con el Derecho comunitario y los objetivos de la Comunidad en este campo»).

⁵⁹ Aunque se trate de una afirmación extrajurídica, no puede perderse de vista que el gran beneficiado de la actual situación ha sido Estados Unidos ya que el fragmentado régimen de acuerdos bilaterales ha conducido a facilitar a las compañías aéreas norteamericanas el acceso al mercado interior de la UE (especialmente en el transporte de mercancías/paquetería), mientras que el mercado nacional americano en la práctica sigue cerrado a los operadores europeos. En este mismo sentido, véase el Informe Brian Simpson sobre relaciones exteriores de la Unión Europea en el ámbito del transporte de 24.2.2003, *cit.*, apdo. 12.

⁶⁰ *Agencia EUROPE*, núm. 8334, de 6.11.2002, p. 13.

có como «históricas»⁶⁰— a favor de una política comunitaria de transportes que incorpore plenamente a la esfera comunitaria la dimensión externa del transporte aéreo⁶¹ que permita acabar definitivamente con el planteamiento fragmentado existente en la actualidad⁶².

Por ello, con estas sentencias y con el ya citado dictamen 1/00, además de constarse un espaldarazo a la propia política comercial común de la Comunidad, debería haber quedado el camino libre de obstáculos para elaborar en el *medio plazo* una verdadera política de transporte aéreo que, junto a la Comunidad Europea y los doce Estados extracomunitarios del Espacio Europeo Aéreo Común (AEEC), incluyera también a Estados Unidos. Es decir, la construcción de una verdadera política transatlántica de «cielos abiertos»⁶³.

⁶⁰ En este sentido puede verse la Comunicación de la Comisión sobre las consecuencias de las sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002 para la política europea de transporte aéreo, COM (2002) 649 final de 19.11.2002, especialmente apartado 39 («necesidad de formular una política internacional completa para el sector del transporte aéreo») y 66 («formulación urgente de una política comunitaria de relaciones exteriores en el ámbito del transporte aéreo»).

⁶² Han sido frecuente en la Comisión la afirmación de que la Unión Europea carece de una política coherente sobre el transporte aéreo internacional debido al planteamiento fragmentado de la misma; COM (2001) 370 final; igualmente en COM (2002) 649 final, *cit.*, apartados 2 y 3.

⁶³ A la vista de las sentencias, algunos autores en lugar de «cielos abiertos» (*open sky*) prefieren hablar simplemente de «cielo único europeo»; WÜRFEL, C., «Statt *Open Sky* jetzt *Single European Sky*», *European Law Reporter* 1/2003, pp. 6-12.