AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
3 de febrero de 1989 *

En el asunto 352/88 R,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. Guido Berardis y Thomas van Rijn, miembros de su Servicio Jurídico en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. G. Kremlis, miembro de su Servicio Jurídico, Edificio Wagner, Kirchberg,

parte demandante,

apoyada por

Irlanda, representada por el Sr. Louis J. Dockery, Chief State Solicitor, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Brian Lenihan, Barrister, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la embajada de Irlanda, 28, route d'Arlon,

parte coadyuvante,

contra

República Italiana, representada por el Sr. Luigi Ferrari Bravo, Jefe del Servicio del contencioso diplomático, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Oscar Fiumara, Avvocato dello Stato, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la embajada de Italia, 5, rue Marie-Adelaïde,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda de medidas provisionales para que las autoridades italianas autoricen, con carácter provisional, a la compañía Aer Lingus a explotar un servicio aéreo regular de «quinta libertad» Dublín/Manchester/Milán, conforme a la Decisión 87/602 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 al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros,

* Lengua de procedimiento: italiano.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

Auto

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 9 de diciembre de 1988, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, un recurso para que se declare que, al denegar la autorización a la compañía irlandesa «Aer Lingus» para explotar un servicio aéreo regular de «quinta libertad» Dublín/Manchester/Milán, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Decisión 87/602 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 al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO L 374, p. 19) y, en particular, del artículo 8 de la mencionada Decisión.

2 Mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el mismo día, la Comisión de las Comunidades presentó, con arreglo a los artículos 186 del Tratado CEE y 83 del Reglamento de Procedimiento, una demanda con el fin de que se ordene a la República Italiana adoptar todas las medidas necesarias para que se autorice a la Compañía irlandesa Aer Lingus, con carácter provisional, a explotar un servicio regular Manchester/Milán, conforme al apartado 1 del artículo 8 de la mencionada Decisión, hasta que el Tribunal de Justicia resuelva sobre el recurso en el procedimiento principal.

3 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 1988, se admitió la intervención de Irlanda en el presente procedimiento sobre medidas provisionales, en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

4 Las partes demandada y coadyuvante presentaron sus observaciones escritas el 10 de enero de 1989, y fueron oídas las alegaciones orales de las partes el 26 de enero de 1989.

5 Antes de examinar la fundamentación de la demanda de medidas provisionales, conviene recordar, sucintamente, el régimen jurídico y el contexto fáctico del litigio.

6 La antes citada Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 1987 tiene como finalidad, de conformidad con sus considerandos, aumentar la flexibilidad y la competencia en el sistema comunitario de los transportes aéreos y constituye un primer paso hacia el mercado interior en el campo de los transportes aéreos, debiendo el Consejo adoptar nuevas medidas de liberalización después de un período inicial de tres años que terminará el 30 de junio de 1990.

7 En el apartado 1 de su artículo 6, la Decisión prevé que se autorizará a los transportistas aéreos de la Comunidad para establecer servicios aéreos regulares de tercera libertad (desembarco, en el territorio de otro Estado, de pasajeros, carga o correo embarcados en el Estado de registro del transportista) o de cuarta libertad (embarque, en el territorio de otro Estado, de pasajeros, carga o correo, con vistas a su desembarco en el Estado de registro del transportista), entre aeropuertos de primera categoría y aeropuertos regionales.

8 Sin embargo, esta facultad no se aplica a ciertos aeropuertos o sistemas aeroportuarios enumerados en el apartado 2 del artículo 6 de la Decisión, entre los cuales se hallan, en particular, los de Barcelona, Málaga y Milán/Malpensa, los cuales, según esta disposición, no poseen infraestructuras y ayudas a la navegación suficientes para asegurar tales servicios.

9 Conforme al artículo 7 de la Decisión, los transportistas aéreos de la Comunidad, que explotan servicios aéreos regulares de tercera o de cuarta libertad, con destino a, o desde dos o más puntos situados en otros y otros Estados miembros, serán autorizados para combinar servicios aéreos regulares siempre que los derechos de tráfico no se ejerzan entre los puntos combinados.

10 Finalmente, la Decisión, en el apartado 1 de su artículo 8 y «sin perjuicio del apartado 2 del artículo 6», prevé que se permitirá a los transportistas aéreos de la Comunidad explotar un servicio aéreo regular de quinta libertad (transporte comercial de pasajeros, carga y correo entre dos Estados distintos del Estado de

registro del transportista) en una ruta en la que existan derechos de tráfico de tercera o de cuarta libertad, siempre que este servicio constituya la ampliación de un servicio con origen en el Estado de registro, o previo a un servicio con destino a dicho Estado, y que el transportista no utilice, para el transporte de tráfico de quinta libertad, más del 30 % de la capacidad anual puesta en servicio en la ruta de que se trata.

11 En virtud de un Acuerdo bilateral entre Irlanda y la República Italiana que data de 1947, la compañía Aer Lingus está autorizada para explotar un servicio aéreo regular de tercera y de cuarta libertad entre Dublín y Milán. También en virtud de un Acuerdo bilateral, está autorizada para explotar un servicio aéreo regular de tercera y de cuarta libertad entre Dublín y Manchester. Desde hace muchos años, la citada compañía utiliza estos derechos de tráfico.

12 Con fecha 22 de febrero de 1988, las autoridades irlandesas competentes solicitaron a las autoridades aeronáuticas italianas que autorizaran a la compañía Aer Lingus a explotar, en la ruta Dublín/Manchester/Milán, un servicio aéreo regular de quinta libertad entre Manchester y Milán, conforme al apartado 1 del artículo 8 de la antes citada Decisión del Consejo, que entró en vigor el 1 de enero de 1988.

13 Con fecha 7 de marzo de 1988, las autoridades italianas denegaron esta solicitud, al estimar que el sistema aeroportuario de Milán-Linate/Malpensa quedaba excluido del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Decisión, en virtud de la remisión que hacía esta disposición al apartado 2 del artículo 6, el cual, para el establecimiento de servicios regulares de tercera y cuarta libertad, excluye expresamente, entre otras, este sistema aeroportuario. Sin embargo, las autoridades italianas autorizaron a Aer Lingus, el 27 de marzo de 1988, a combinar sus servicios Dublín/Manchester y Dublín/Milán conforme al artículo 7 de la Decisión, pero sin derechos de tráfico.

14 A instancia de las autoridades irlandesas y al considerar que la negativa de las autoridades italianas constituía una infracción del Derecho comunitario, la Comisión, con fecha 10 de junio de 1988, inició el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CEE.

15 Además, conviene subrayar que, no obstante algunas diferencias de interpretación del artículo 8 de la Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 1987, está acreditado que la solicitud de autorización de un servicio de quinta libertad Manchester/Milán, presentada por las autoridades irlandesas, cumple la totalidad de los requisitos establecidos por la mencionada disposición y que la controversia sólo afecta al alcance de los términos «sin perjuicio del apartado 2 del artículo 6» que figura en el apartado 1 del artículo 8.

16 A este respecto, el Gobierno de la República Italiana alega, sustancialmente que, conforme a estos términos, las excepciones previstas para ciertos aeropuertos o sistemas aeroportuarios en lo relativo al establecimiento de servicios de tercera o cuarta libertad, son también aplicables al establecimiento de los servicios de quinta libertad.

17 Por el contrario, la Comisión alega, en sustancia, que los términos antes citados sólo pretenden excluir que los derechos de tráfico de quinta libertad sean utilizados para eludir las excepciones previstas para el establecimiento de los derechos de tercera o cuarta libertad.

18 Finalmente, conviene recordar que, de conformidad con el apartado 2 del artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, la concesión de medidas provisionales, como las que se solicitan, está subordinada a la existencia de circunstancias que den lugar a la urgencia así como de los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen, a primera vista, la concesión de tales medidas.

19 Es doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal de Justicia que el carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad de resolver provisionalmente con el fin de que no se cause a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable.

20 Por lo que se refiere a la urgencia, la Comisión alega que, a causa de la negativa injustificada de las autoridades italianas a autorizar el derecho de tráfico de quinta libertad que es objeto del litigio, se produce una situación de violación flagrante del Derecho comunitario que causa un perjuicio cierto y grave a la credibilidad y el respeto de este último, cuyo garante es la Comisión.

21 En sus alegaciones orales, la Comisión admite que el riesgo de que persista una violación del Derecho comunitario durante el procedimiento es inherente a todo recurso por incumplimiento al que se oponga la parte demandada y que, por consiguiente, es preciso acreditar la existencia de un imperativo particular que justifique, en tal supuesto, la concesión de medidas provisionales. A su entender, este imperativo se encuentra en la necesidad de evitar que el Consejo, en las próximas negociaciones que deben conducir a una ulterior liberalización a partir del 30 de junio de 1990, adopte como punto de partida una liberalización menos amplia que la que deriva de la citada Decisión, correctamente interpretada.

22 A este respecto, conviene observar que, cuando la controversia en un asunto, como ocurre en el caso de autos, se refiere precisamente a la interpretación de una disposición del Derecho comunitario, el procedimiento sobre medidas provisionales no es adecuado para ofrecer al legislador comunitario una interpretación de esta disposición que pueda constituir un fundamento sólido para el futuro desarrollo legislativo. En efecto, por la misma naturaleza del procedimiento sobre medidas provisionales, el auto dictado en este tipo de procedimientos no prejuzga la Decisión en cuanto al fondo del asunto. De ello se sigue que el riesgo de que la liberalización ulterior tome como punto de partida una interpretación errónea de la liberalización ya conseguida no puede constituir una urgencia en el sentido de la disposición antes citada del Reglamento de Procedimiento.

23 Además, la medida provisional solicitada no tiene por objeto mantener la situación existente o restablecer el *statu quo* anterior, sino crear, desde este momento, la situación que, a juicio de la demandante, debe resultar de la sentencia que en su día dictará el Tribunal de Justicia en el presente asunto.

24 Tanto la Comisión como la parte coadyuvante ponen de manifiesto que la negativa de las autoridades italianas a conceder a la compañía Aer Lingus el derecho de tráfico de quinta libertad que se solicita, ocasionará a ésta un perjuicio económico grave e irreparable que, a juicio de la mencionada compañía, puede estimarse en la suma de 1 640 000 IRL al año.

25 Sobre este extremo, hay que observar que esta cantidad constituye un lucro cesante calculado en función de las posibilidades de transferencia a Aer Lingus del tráfico garantizado en la actualidad por British Airways y Alitalia que ya explotan un servicio Manchester/Milán. Sin que sea necesario sopesar los intereses de las tres empresas, ni determinar sus posibilidades de obtener la reparación de su even-

tual lucro cesante mediante acciones de indemnización ante los órganos jurisdiccionales nacionales, basta señalar que se trata de compañías aéreas nacionales, la amplitud de cuyas actividades es tanta que una cantidad de esta importancia no puede considerarse como un perjuicio suficientemente grave para justificar la urgencia.

26 Tanto la Comisión como la parte coadyuvante insisten, además, en el perjuicio competitivo que causa a Aer Lingus la entrada tardía de esta compañía en el mercado en cuestión. Sin embargo, tal perjuicio es tan incierto que no puede justificar la concesión de medidas provisionales.

27 Ni la Comisión ni la parte coadyuvante han acreditado las circunstancias que dan lugar a la urgencia que justificaría la concesión de la medida provisional solicitada, por lo cual no procede examinar los demás requisitos a que está sometida la concesión de medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE,

pronunciándose con carácter provisional,

resuelve:

1) Desestimar la demanda de medidas provisionales.

2) Reservar la decisión sobre las costas.

Dictado en Luxemburgo, a 3 de febrero de 1989.

El Secretario

J.-G. Giraud

El Presidente

O. Due