

FUSIONES Y ADQUISICIONES DE COMPAÑÍAS AÉREAS: CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Por Sergi Giménez, Augusta Abogados

Introducción

Las compañías aéreas son consideradas a menudo un símbolo de sus Estados y, en ocasiones, están vinculadas a operaciones relacionadas con la defensa nacional. Aunque requieren una significativa inversión de capital para funcionar, se encuentran entre las industrias más competitivas y avanzadas tecnológicamente; de esta manera, las aerolíneas pueden ser una herramienta importante para el desarrollo de la economía y la sociedad de un Estado. Además, sus operaciones no suelen ser únicamente nacionales, sino que operan con frecuencia en varios países, a veces incluso en muchas partes del mundo.

Estos factores hacen que las fusiones y adquisiciones en las que intervienen compañías aéreas tengan una naturaleza compleja. En contra de lo que pueda pensarse, este tipo de operaciones son bastante frecuentes. Las primeras operaciones de fusión y adquisición entre aerolíneas tuvieron lugar en la década de 1920¹, y el número de operaciones ha aumentado significativamente en el siglo XXI. Entre 2000 y 2016, se produjo una media anual de 97 transacciones entre aerolíneas en todo el mundo, con un volumen medio de 150 millones de euros. De las aproximadamente 1.500 operaciones realizadas en este periodo, 24 tuvieron un volumen superior a 1.000 millones de euros.

Algunas de las operaciones más significativas de este periodo son:

- la adquisición en 2001 de TWA por American Airlines (4.700 millones de euros);
- la fusión en 2003 de Air France y KLM;
- la adquisición en 2005 de Swiss Air, y luego de Austrian Airlines (en 2008), por Lufthansa; y
- la fusión en 2010 de British Airways e Iberia (formación del Grupo IAG).

En esta nota se analiza de forma sumaria la interacción de las operaciones de fusión y adquisición de compañías aéreas con la legislación de la UE sobre servicios aéreos y fusiones.

Normativa comunitaria sobre servicios aéreos

Históricamente, la mayoría de los Estados han establecido límites a la propiedad extranjera de sus compañías aéreas. Lo mismo ocurre en la Unión Europea, donde las fusiones y adquisiciones de compañías aéreas deben cumplir el Reglamento sobre Servicios Aéreos de la UE². El artículo 3.1 de dicho Reglamento

¹ Por ejemplo:

- 1928 - Huff Daland Dusters, una empresa de fumigado es adquirida por CE Woolman y rebautizada como "Delta Air Service", en honor al Delta del Mississippi;
- 1928 - Pan Am se fusiona con Aviation Corporation of the Americas/American International Airways.
- 1929 - Aero y Aerolot se fusionan para formar LOT Polish Airlines; y
- 1929 - Maddux Air Lines se fusiona con Transcontinental Air Transport, dando lugar a TAT-Maddux Air Lines.

² Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

exige que todas las compañías aéreas comerciales dispongan de una "licencia de explotación", que es una autorización concedida a una empresa por la autoridad competente para ello, por la que se le permite prestar servicios aéreos en las condiciones establecidas en la propia licencia. La concesión de una licencia de explotación está sujeta a varias condiciones. En particular, el artículo 4(f) del Reglamento de Servicios Aéreos establece que, a menos que exista un acuerdo con el tercer país en cuestión, los Estados miembros de la UE y/o los nacionales de los Estados miembros deben:

- poseer más del 50% de la propiedad de la compañía; y
- controlarla de forma efectiva, ya sea directa o indirectamente a través de una o varias empresas intermediarias.

El control comunitario de las compañías aéreas adquirió especial relevancia en el contexto del Brexit, ya que las disposiciones de la UE sobre propiedad extranjera afectaban no solo a las compañías aéreas del Reino Unido, sino también a compañías aéreas con sede en la Europa continental, como Iberia, Vueling y otras. Incluso la adquisición de participaciones minoritarias en compañías aéreas comunitarias por parte de inversores extracomunitarios ha planteado en ocasiones la cuestión del control cuando dichos inversores proporcionaban una financiación significativa u otro tipo de apoyo a la aerolínea adquirida. La transacción Alitalia-Etihad en 2014 sería un buen ejemplo de ello.

Las Directrices Interpretativas de 2017 sobre el Reglamento (CE) nº 1008/2008 proporcionan más detalles sobre las cuestiones relativas a la propiedad y el control comunitario. El artículo 2.9 del Reglamento sobre Servicios Aéreos establece que se produce un control efectivo cuando existe una relación constituida por derechos, contratos o cualquier otro medio y dicha relación confiere -ya sea por separado o conjuntamente y teniendo en cuenta las concretas circunstancias de hecho o de derecho- la posibilidad de ejercer directa o indirectamente una influencia decisiva sobre una empresa, en particular mediante:

- el derecho a utilizar la totalidad o parte de los activos de una empresa; o
- derechos o contratos que confieran una influencia decisiva sobre la composición, las votaciones o las decisiones de los órganos de una empresa o que de otro modo confieran una influencia decisiva en la gestión de sus actividades.

Según el artículo 8 del Reglamento de Servicios Aéreos, cualquier compañía aérea de la UE debe comunicar a la autoridad competente para la concesión de licencias:

- con carácter previo, cualquier fusión o adquisición prevista; y
- en un plazo de 14 días, cualquier cambio en la propiedad de cualquier participación que represente por lo menos el 10% del capital total de la compañía aérea comunitaria, de su sociedad matriz o de su última sociedad de participación.

Normativa comunitaria sobre fusiones

Además del Reglamento sobre Servicios Aéreos, las fusiones y adquisiciones de compañías aéreas en la UE también están sujetas a las normas de competencia de la UE. En particular, la legislación comunitaria en materia de fusiones se aplica a las operaciones de fusión y adquisición que superan ciertos umbrales de facturación. Este aspecto es objeto de un minucioso escrutinio por parte de las autoridades europeas y nacionales de control de las concentraciones, dado el importante impacto que determinadas operaciones podrían tener en el mercado europeo del transporte.

De conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Concentraciones³, se considera que se produce una concentración cuando se produce un cambio de control duradero como consecuencia de:

- la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes; o
- la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas, en particular mediante:
 - derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o
 - derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

El Reglamento de Concentraciones de la UE establece que una operación de fusión o adquisición debe notificarse a la Comisión Europea cuando adquiere una dimensión comunitaria, esto es, si el volumen de negocios de las empresas implicadas en la UE supera ciertos umbrales (que se actualizan regularmente)⁴. La notificación debe hacerse antes de que se lleve a cabo la operación, y la Comisión debe aprobarla antes de que se lleve a cabo. Si la operación se lleva a cabo sin la aprobación previa de la Comisión, la misma puede ordenar la desinversión.

El Reglamento de Concentraciones de la UE establece que la Comisión evalúa la posible amenaza a la competencia en el mercado único europeo que pueda plantear la operación de fusión o adquisición notificada. En particular, la Comisión debe evaluar si la operación puede crear o

³ Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁴ Es decir:

- el volumen de negocios total a escala mundial de todas las empresas afectadas es superior a 5.000 millones de euros; y
- el volumen de negocios total realizado en la Unión Europea de por lo menos dos de las empresas afectadas es superior a 250 millones de euros.

Se aplica una excepción si cada una de las empresas afectadas realiza más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Unión Europea en un único Estado miembro. Una concentración también tendrá dimensión comunitaria si:

- el volumen de negocios total a escala mundial de todas las empresas afectadas es superior a 2.500 millones de euros;
- en cada uno de al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total combinado de todas las empresas afectadas es superior a 100 millones de euros;
- en cada uno de al menos tres Estados miembros incluidos a efectos del requisito anterior, el volumen de negocios total de cada una de por lo menos dos de las empresas afectadas es superior a 25 millones de euros; y
- el volumen de negocios total realizado en la Unión de por lo menos dos de las empresas afectadas es superior a 100 millones de euros.
- La misma excepción relativa al volumen de negocios comunitario se aplica también en este supuesto. Cada Estado miembro tiene también su propia legislación interna sobre concentraciones de empresas (con umbrales más bajos), que puede aplicarse cuando una concentración no tiene dimensión comunitaria.

reforzar una posición dominante en el mercado, lo que podría limitar la competencia y aumentar los precios para los consumidores.

La Comisión también puede tomar en consideración factores adicionales en su evaluación, incluyendo consideraciones relacionadas con la seguridad nacional, el mantenimiento del empleo, la investigación y el desarrollo, y el medio ambiente. En particular, la Comisión ha señalado que puede ser necesario tener en cuenta la naturaleza especial de las compañías aéreas, que pueden tener implicaciones en la seguridad nacional y en la capacidad de los Estados miembros para prestar servicios aéreos en situaciones de emergencia.

Las partes participantes en una operación de concentración pueden ofrecer compromisos para eliminar el riesgo de poner en peligro la competencia efectiva. Las autoridades de competencia no pueden imponer unilateralmente tales compromisos, y debe tratarse de medidas de relevancia efectiva.

Las fusiones y adquisiciones de compañías aéreas en la Unión Europea pueden plantear diversos problemas en relación con el cumplimiento de la legislación mencionada. Puede resultar difícil identificar compromisos en el sector de las aerolíneas, lo que ha llevado a la Comisión Europea a revisar más de 30 casos. En particular:

- Puede resultar difícil definir el "mercado de referencia" en las operaciones que afectan a las compañías aéreas. El sector de la aviación se ha fragmentado en numerosos mercados, lo que complica la inclusión de posibles entrantes.
- La congestión de los aeropuertos conlleva problemas de asignación de franjas horarias. Tradicionalmente, la cesión de franjas horarias era uno de los compromisos que ofrecían las compañías aéreas para obviar los posibles problemas de competencia, pero en la práctica se ha comprobado que a menudo ello no garantizaba la entrada de nuevos operadores en el mercado.⁵

Control de las inversiones extranjeras en la UE

En octubre de 2020 entró en vigor el Reglamento de Control de las IED⁶. Básicamente, este Reglamento comunitario establece un marco común para el control por parte de los Estados miembros de la UE de las inversiones extranjeras directas en la Unión por motivos de seguridad u orden público. Dentro de las infraestructuras y tecnologías críticas de la UE se encuentran las industrias del transporte y aeroespacial, por lo que están sujetas a un posible control. Durante la pandemia del Covid-19, la Comisión Europea publicó unas orientaciones adicionales,

⁵ Véase la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión.

⁶ Reglamento (UE) 2019/452 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

destinadas a aclarar determinados aspectos del Reglamento citado⁷. Algunos países de la UE han desarrollado las disposiciones europeas mediante la adopción de legislación nacional. Aunque el régimen general en Europa sigue estando abierto a las inversiones extranjeras directas, este nuevo conjunto de normas permite a los gobiernos examinar las posibles adquisiciones de compañías aéreas desde la perspectiva de la seguridad y el orden público.

Además de las consideraciones jurídicas mencionadas anteriormente, las fusiones y adquisiciones de compañías aéreas también plantean otros desafíos y consideraciones, tanto a nivel estratégico como operativo. Por ejemplo, las operaciones de fusión y adquisición pueden tener implicaciones para la cultura corporativa, la gestión de recursos humanos, la integración de sistemas informáticos y la marca y reputación de las compañías aéreas implicadas. Así pues, las empresas participantes en la operación deben prestar atención a consideraciones legales operativas para asegurar una integración exitosa y cumplir con las obligaciones legales y regulatorias.

Una primera versión de esta nota fue publicada por primera vez en idioma inglés el 19 de abril de 2023 bajo el título “M&A involving airlines: compliance with EU legislation” en Lexology by Getting the Deal Through – Commentary – Aviation (Globe Business Media Group). Link: [M&A involving airlines: compliance with EU legislation - Commentary - Lexology](#)

⁷ “Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa” (2020/C 99 I/01).