

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE AÉREO

MARCOS GÓMEZ PUENTE

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. LAS MODALIDADES DE TRANSPORTE AÉREO. — III. LA LIBERTAD DE TRÁFICO AÉREO: 1. Ámbito objetivo. 2. Contenido: libertad de navegación y libertad de tráfico. 3. Limitaciones del tráfico. — V. DERECHOS DE TRÁFICO: AUTORIZACIÓN Y CONCESIÓN DE SERVICIOS AÉREOS: 1. Mercado nacional y comunitario. 2. Mercado internacional extracomunitario: A) Tráfico regular: bilateralismo y servicio público. B) Tráfico no regular: multilateralismo y libertad. 3. Las rutas de servicio público. 4. Las tarifas aéreas.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE) no excluye que el desarrollo de algunas actividades económicas deba ajustarse a ciertas condiciones o requisitos legales por razones de interés público, sean de índole técnica o económica. Y por ello, el que esté genéricamente reconocida la libertad de transporte aéreo no significa que éste pueda realizarse en cualquier tiempo y manera. Obvias razones, de seguridad sobre todo, aconsejan la ordenación de la actividad que tiene lugar, de acuerdo con la ley, bajo la tutela o vigilancia de la Administración.

Las formas jurídicas a través de las que se cumple esta función administrativa, que esencialmente cabe situar entre la denominada acción de policía⁽¹⁾, son realmente muy distintas: reglamentaciones técnicas; autorizaciones, licencias o permisos; órdenes o mandatos; registros; o inspecciones y sanciones. Pero en lo que se refiere al control del acceso a la actividad y del desarrollo de ésta, a la verificación del cumplimiento de los requisitos o condiciones legalmente exigidos

(1) Sobre el alcance de este concepto, véase NIETO, A.: "Algunas precisiones sobre el concepto de policía", *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre 1976, págs. 35 ss.; BARCELONA LLOP, J.: "Policía administrativa", voz de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1989, t. XIX, págs. 943 y ss.

para prestar servicios de transporte aéreo, la intervención administrativa hoy se formaliza básicamente a través de dos autorizaciones: la licencia de transporte aéreo que otorga la condición de transportista aéreo (regulada por Reglamento del Consejo 2407/92, de 23 de julio [en adelante, R 2407/92] y OM de 12 de marzo de 1998), y la autorización de servicios o tráfico aéreo, que permite realizar un transporte determinado. A esta última se refieren estas páginas.

Por consiguiente, no voy a estudiar las condiciones que deben reunir las personas físicas o jurídicas que deseen introducirse en el mercado del transporte aéreo, esto es, convertirse en transportistas aéreos, sino las condiciones en que éstos, superados aquellos trámites, desarrollan su actividad. Hay que advertir, sin embargo, que la prestación de servicios de transporte aéreo no siempre se realiza en régimen de libertad. Que la libertad de empresa, en efecto, no alcanza a toda clase de servicios de transporte aéreo. No forma parte de ella, por ejemplo, el tráfico regular internacional extracomunitario que, por el momento, sigue reservado al Estado. Y esto significa que junto con la libertad de empresa convive el servicio público o, si se prefiere, que el tráfico aéreo requiere en unos casos una simple autorización y en otros, en cambio, una concesión administrativa. A estas diferencias de régimen jurídico en la prestación de servicios de transporte aéreo voy a referirme un poco más adelante.

II. LAS MODALIDADES DE TRANSPORTE AÉREO

Como he dicho, la obtención de una licencia de explotación habilita genéricamente para el desarrollo de la actividad de transporte aéreo, otorga la condición de transportista aéreo, pero no confiere derecho alguno de tráfico. La realización o prestación de servicios concretos de transporte aún depende de una nueva intervención administrativa cuyo contenido varía en función del carácter o alcance del servicio.

Hay, en efecto, algunos servicios que por ley se hallan reservados al poder público siendo necesaria una previa concesión administrativa para efectuarlos (el transporte regular internacional y extracomunitario, por ejemplo). En otras ocasiones el tráfico se subordina, por razones de interés público, al cumplimiento de determinadas condiciones de continuidad, regularidad, capacidad o precio que limitan la libertad empresarial del transportista; es el supuesto de las denominadas obligaciones de servicio público impuestas sobre determinadas

rutas. Y en los demás casos, en fin, está legalmente reconocida la libertad de tráfico, sin perjuicio de las limitaciones o restricciones que impone la policía de navegación aérea (sistemas de ayuda, control de tránsito, capacidad de las infraestructuras...) y la necesidad de una previa comprobación o autorización administrativa; restricciones de carácter exclusivamente técnico que son –o al menos deben ser, si no encubren otra finalidad aviesa– indiferentes o inocuas para la libertad de empresa. Estas son, pues, las tres técnicas o modalidades de intervención pública sobre el transporte aéreo.

Inspirada por el ordenamiento internacional, la Ley de Navegación Aérea (Ley 48/1960, de 21 de julio; en adelante, LNA) contemplaba una u otra técnica considerando el carácter de los servicios aéreos: reserva pública y concesión para el transporte regular; libertad con previa autorización administrativa para el transporte no regular y el privado. Pero este esquema de ordenación del sector del transporte aéreo ya ha sido parcialmente superado.

La política comunitaria sobre transporte aéreo nos ha conducido gradualmente hasta la plena libertad de tráfico en el interior de la Unión Europea: En virtud del Reglamento del Consejo 2408/92, de 23 de julio (en adelante R 2408/92), desde el 1 de abril de 1997 quedó liberalizado el transporte aéreo efectuado en o entre los Estados miembros por compañías comunitarias, cualquiera que sea su carácter. Pero fuera de este ámbito nacional o comunitario sigue siendo de aplicación la vieja LNA que debe ser completada, lógicamente, por los tratados y convenciones internacionales celebrados por España a los que ella misma se remite (art. 88).

Quiere esto decir que el criterio señalado antes –reserva pública del tráfico regular, libertad del tráfico no regular– ya sólo está vigente para el transporte internacional efectuado entre España y cualquier Estado no comunitario. Pero además hay que aclarar que, en este segundo ámbito internacional, cuando hablemos de libertad de tráfico no se tratará de una libertad plena, como la que disfrutaban las empresas comunitarias en el territorio de la Unión Europea, sino de la que resulta de la normativa internacional aquí aplicable.

Esto es, la libertad de tráfico para servicios no regulares con el alcance que contempla el art. 5 de la Convención de Aviación Civil Internacional (en adelante, CACI): en nuestro caso, la facultad de embarcar o desembarcar en España pasaje, correo o carga con destino o procedencia en el Estado extranjero de la nacionalidad de la aeronave. O sea, se refiere a las denominadas tercera y cuarta libertad del aire. Tal es el contenido general o común de la libertad de tráfico en

el plano internacional, a menos que se haya ampliado particularmente por medio de convenios o acuerdos celebrado con otros Estados (como el de París de 1956, por ejemplo, que bajo determinadas condiciones autorizó el tráfico de quinta libertad entre los Estados firmantes). Hecha queda esta precisión que conviene recordar siempre que nos refiramos a la libertad de tráfico internacional no comunitario.

La situación actual, por consiguiente, es la que resume la siguiente tabla:

TRANSPORTE AÉREO 1999			RÉGIMEN JURÍDICO		
REGULAR	NACIONAL COMUNITARIO	CÍAS. ESPAÑOLAS CÍAS. COMUNITARIAS	CONCURRENCIA	AUTORIZACIÓN (#)	LIBERTAD DE EMPRESA (!)
	INTERNACIONAL EXTRACOMUNITARIO (libertades)	3* 4* 5*		CÍAS. DESIGNADAS (bilateralismo)	GESTIÓN INDIRECTA
NO REGULAR	NACIONAL COMUNITARIO	CÍAS. ESPAÑOLAS CÍAS. COMUNITARIAS	CONCURRENCIA	PREVIA AUTORIZACIÓN	LIBERTAD DE EMPRESA
	INTERNACIONAL EXTRACOMUNITARIO (libertades)	3* 4* 5**			

(#) Salvo en rutas o servicios sobre los que se haya declarado una obligación de servicio público.

(*) No previsto en la CACI, sólo se dará en virtud de convenio multilateral específico entre los Estados implicados (como el Convenio de París de 1956 que, siendo ya hoy comunitarios la mayoría de los Estados firmantes, tiene ahora menor interés).

A la vista de este cuadro, parece que debemos examinar por separado el transporte nacional o comunitario y el internacional no comunitario. Pero como la normativa aplicable en ambos casos no sólo tiene en cuenta el alcance del transporte, sino también su carácter, antes de estudiar el régimen jurídico de dicha actividad parece conveniente revisar las diferentes modalidades o categorías de transporte aéreo.

Son diversos los criterios que pueden utilizarse para describir y clasificar las diferentes modalidades de transporte aéreo dependiendo de la óptica de estudio del fenómeno⁽²⁾. Pero a nosotros únicamente

(2) Los economistas, por ejemplo, suelen tener en cuenta la distancia de los servicios (de gran, largo, medio o corto alcance), su interrelación (radiales, nodales, de enlace) o la envergadura o calibre de las aeronaves empleadas para prestarlos (especial —como el Concord—, de gran capacidad —con aviones *widebody*, como los Boeing 747-300, Airbus 340—, normal —rango de los Boeing 727 o de los MD-80, por ejemplo—, regional —turbohélices tipo CASA, Fokker 50 o ATP— y taxi —de capacidad muy reducida, 6 o 10 pasajeros—) que alude también a su velocidad, consumo y costes de operación y, por tanto, al rango y eficiencia del servicio de transporte que efectúan.

nos interesan los criterios que pueden tener alguna relevancia jurídica; los criterios en que descansan algunas distinciones legales de las que también resultan diferencias o especialidades de régimen jurídico.

Así encontramos, en primer lugar, la distinción del tráfico por su regularidad. De acuerdo con la LNA, se considera tráfico aéreo regular “el prestado para transporte comercial de pasajeros, correo o carga y con arreglo a tarifas, itinerarios y horarios fijos de conocimiento general” (art. 67.1). Se trata, por consiguiente, de un transporte remunerado sometido a principios de regularidad (frecuencia), continuidad (fijeza) y universalidad (de general conocimiento y acceso público) en los que tradicionalmente se justificó su reserva pública y adscripción al ámbito del servicio público. Y es tráfico eventual o no regular el que no reúne esas características: se define negativamente, por exclusión, como “cualquier otro de carácter comercial no comprendido en el apartado anterior” (art. 67.2 LNA); como “cualquier otro” servicio de transporte, hay que aclarar, pues la distinción se refiere únicamente al “tráfico”, al transporte de pasaje, correo o carga, y no a otros objetos o fines comerciales que puede tener la navegación aérea (como los denominados trabajos aéreos, art. 150 LNA).

Hay que señalar, no obstante, que la distinción entre ambas clases de tráfico ha ido relativizándose en los años sesenta y setenta por la proliferación de vuelos no regulares. Algunos de éstos, a pesar de su carácter formal, fueron adquiriendo la regularidad y continuidad propia de los servicios regulares hasta llegar a confundirse con éstos. En nuestro país tenemos el ejemplo de Aviaco, que autorizada inicialmente para prestar servicios no regulares terminó, sobre todo a partir de su integración en el INI e Iberia, prestando servicios de naturaleza regular y adquiriendo los derechos propios de este tráfico.

Quizás por eso, la normativa posterior ha ensayado una definición más precisa del tráfico aéreo regular, aunque a decir verdad han sido constantes los esfuerzos para fijar dicho concepto. En la Conferencia de Chicago, a pesar de que la CACI se refiere a este tráfico, no se alcanzó un acuerdo. Y la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) ha propuesto sucesivas definiciones con éxito diverso, de las que es deudora la propia LNA⁽³⁾.

(3) Me refiero al Informe del Comité de Transporte Aéreo examinado en las sesiones del Consejo de la OACI en 1951 en el que se aprobó una definición de “servicio aéreo internacional regular” como el constituido por

“Una serie de vuelos:

1. Que pasa por el espacio aéreo situado sobre el territorio de más de un Estado.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el transporte no regular ha disfrutado tradicionalmente, en el plano internacional e interno, de un principio de libertad que favorece su desarrollo y estimula la expansión del concepto para acogerse a los beneficios de dicho principio. De ahí la dificultad para estabilizar la noción de transporte regular y la necesidad de ajustarla constantemente para preservarla del empuje de los servicios no regulares. Y de ahí también la preocupación de los Estados por determinar el alcance y modalidades del tráfico eventual o no regular cuya libertad genéricamente reconocieron en la CACI.

Como veremos más adelante, el transporte no regular internacional ha sido objeto de algunos otros convenios multilaterales posteriores dirigidos a unificar "las reglamentaciones, condiciones o restricciones" en que, conforme lo previsto en el art. 5 *in fine* CACI, podría efectuarse. Significativamente, del Convenio de París de 1956 (surgido de la Comisión Europea de Aviación Civil y hoy superado por ser aplicable el Derecho Comunitario en casi todos los Estados que lo firmaron) en el que se otorgó plena libertad a determinados supuestos de tráfico no regular internacional y se acordó dar regulación uniforme a todas las demás. Luego examinaremos el contenido de este Convenio y las modalidades en él descritas (vuelos humanitarios o urgentes, servicios de aerotaxi, vuelos especiales o aislados, servicios regionales o transporte exclusivo de mercancías).

También han recibido una consideración especial, quizá por su importancia económica, los denominados vuelos *charter* que no son más que una modalidad de tráfico no regular⁽⁴⁾. Pero esta categoría tiene escaso interés para nosotros: desde el punto de vista administrativo no es más que una de las posibles variedades del tráfico eventual sin que se aprecien diferencias específicas de régimen jurídico⁽⁵⁾. El

2. Que se realiza con aeronaves para el transporte de pasajeros, correo o carga por remuneración de tal modo que cada uno de los vuelos esté a disposición del público.

3. Ajustándose a un horario publicado previamente, o bien en forma tan regular o frecuente que los vuelos constituyen una serie que puede reconocerse como sistemática y atiende el tráfico entre dos o más puntos, siempre los mismos".

La preocupación descrita ha estado también presente en la Conferencia Especial de Transporte Aéreo de 1977 o en la III Conferencia de Transporte Aéreo celebrada en 1985 (que acordó unas directrices incluidas en el DOACI núm. 9440).

(4) En 1971 se constituyó la Asociación Internacional de Transportistas Charter (IACA) para fomentar estos servicios y organizar y defender los intereses de sus operadores. De su seno surgió en 1978 la Asamblea de Compañías Aéreas Europeas (EURACA). También existe una Asociación de las Compañías Aéreas Charter Europeas (ACCA).

(5) Nuestra legislación administrativa menciona los vuelos de fletamento o *charter* e incluso los equipara a los vuelos regulares cuando se realicen en serie sistemática de más

charter alude sobre todo al modo en que las aeronaves se aprovechan para el transporte; es una modalidad de fletamento, un contrato para la utilización comercial de la aeronave de transporte y por eso escapa al interés de la doctrina administrativa, no así de la mercantil⁽⁶⁾.

Fruto de todos estos esfuerzos puede considerarse, en cualquier caso, la definición que actualmente contempla la legislación comunitaria. Me refiero al art. 2.c R 2408/92, que reputa servicio aéreo regular:

"Una serie de vuelos que reúna todas las características siguientes:

i) que se realice, a cambio de una remuneración, con aeronaves destinadas al transporte de pasajeros, carga y/o correo, de manera que en cada vuelo haya asientos disponibles para su adquisición de manera individual por el público, ya sea directamente a la compañía aérea o a través de sus agentes autorizados;

ii) que esté organizado de suerte que garantice el tráfico entre los mismos dos o más aeropuertos:

1. bien de acuerdo con un horario publicado,

2. bien con una regularidad o frecuencia tales que constituyan una serie sistemática evidente".

Todos los demás servicios comerciales de transporte tienen, pues, carácter no regular o eventual.

Hay que preguntarse, por último, acerca del sentido o valor actual de la distinción entre estas categorías de transporte. Podría pen-

de cuatro vuelos de ida y vuelta mensuales entre dos aeropuertos determinados (art. 3.3 OM 27-XI-1998). Pero lo hace atendiendo a la frecuencia o regularidad de los vuelos, no a la modalidad de explotación de la aeronave. Por eso, lo mismo que contempla *charters* regulares admite otros eventuales (a los que alude el art. 3.4 de la OM citada). Por eso digo que, desde el punto de vista administrativo, lo que importa es la continuidad, regularidad y estabilidad de los vuelos, siendo irrelevante esa categoría.

(6) Aunque, a decir verdad, tampoco ésta ha prestado mucha atención al *charter* aéreo, lo que nos obliga a recurrir de nuevo al Derecho Marítimo. Cabe citar, no obstante, SIMONE, B.: "El charter aeronáutico y el transporte aéreo no regular", en *III Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 1968; LASSANDRO, A.: *1 charter: il trasporto aereo internazionale*, BI, Roma, 1972; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "El "charter" aéreo: una aproximación al estudio de su régimen jurídico", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 134, octubre-diciembre 1974, págs. 429 ss.; la obra colectiva, *Trasporto aereo charter e movimento turistico*, Atti del Congresso Taormina, 19-21 novembre 1976, Giuffrè, Milano, 1977; GLORIA YSERN, M.: *Consideraciones sobre bareboat charter y time charter by demise como contratos marítimos de arrendamiento de buque mercantil*, Bosch, Barcelona, 1986; y TAPIA SALINAS, L., *Derecho Aeronáutico*, Bosch, Barcelona, 1993.

sarse que, después de haberse liberalizado plenamente toda clase de tráfico aéreo en el interior de la comunidad, no tiene ya ningún valor esta distinción. Pero no es así. Aunque, ciertamente, en el plano nacional y comunitario ya no implique diferencias sustantivas de régimen jurídico, el tráfico regular cuenta con algunas ventajas (en el reparto de gateras horarias en los aeropuertos, por ejemplo), cargas (como la de registrar previamente sus tarifas) y trámites específicos (para la autorización de los servicios sobre todo) en cuyo examen no puedo ahora detenerme. Y de otro lado, la distinción tiene plena vigencia en el plano internacional no comunitario, ámbito en el que una y otra clase de transporte tienen diferente naturaleza jurídica: el regular es una actividad reservada, de servicio público, mientras que el eventual es de libre iniciativa particular.

Un segundo criterio para la clasificación legal del tráfico aéreo es la trayectoria o ruta que sigue. La LNA diferencia el tráfico aéreo interior, el que se efectúa íntegramente sobre territorio español, del exterior, que es el que tiene lugar en todo o en parte sobre el territorio de otro Estado. Y si además, en este último caso, se hace escala en territorio extranjero, se le considera tráfico internacional (art. 68.1).

Adviértase que la LNA define estas variedades de tráfico por referencia al "territorio de soberanía del Estado nacional de la aeronave", como lo haría una norma de Derecho Internacional, y no al territorio español, como parecería más apropiado que lo hiciera una ley nacional. Se aprecia en esto, sin duda, la decisiva y lógica influencia que la normativa internacional tuvo en la elaboración de la LNA. Pero en la aplicación de ésta u otras leyes administrativas y de policía impera un principio de territorialidad que circunscribe su eficacia al territorio español (art. 8 CC), teniendo el principio de personalidad un alcance más reducido en materia administrativa. Por eso digo que la referencia al "territorio de soberanía del Estado nacional de la aeronave" sería idónea para una norma internacional a la que pudieran vincularse varios Estados pero resulta superflua en el plano interno, pues ninguna consecuencia jurídica puede asociar la LNA al tráfico (interior) de una aeronave extranjera por el territorio de su nacionalidad.

Junto a las categorías mencionadas, la LNA alude también al tráfico de cabotaje que comprende "todo transporte de pasajeros, carga o correo que se realice entre lugar de soberanía española, aunque para ello sobrevuele territorio o aguas jurisdiccionales de otro Estado" (art. 68.2). Como se ve, en este último caso no es tanto el itinerario como el origen y destino nacional del transporte lo que importa. De hecho, el tráfico nacional o de cabotaje puede ser interior o exterior depen-

diendo del itinerario por el que se efectúe, pero reconocida por la comunidad internacional la libertad de tránsito inocuo y de escala técnica (art. 5 CACI) esta diferencia es comercialmente irrelevante. Que el cabotaje sea interior o exterior sólo entraña consecuencias desde el punto de vista del tránsito o circulación de la aeronave (que se efectuará según las indicaciones del Estado sobre cuyo territorio se vuela).

Por otra parte, aún debemos sumar otra categoría como consecuencia de la integración de España en la Unión Europea y la liberalización del transporte aéreo dentro de ella. Hay, en efecto, un tráfico comunitario, el que se efectúa en, entre y sobre el territorio de los Estados miembros por empresas comunitarias. Según la LNA se trataría de un tráfico internacional, pero en virtud del Derecho Comunitario posterior no pueden hacerse diferencias con el tráfico nacional.

Por eso, lo que actualmente importa es la distinción entre el tráfico comunitario, que abarca el nacional o de cabotaje y el internacional comunitario, y el tráfico internacional no comunitario, que es el efectuado con escala en territorio de Estados no pertenecientes a la Unión Europea. Uno y otro están sometidos a ordenamientos diferentes: el primero responde a las exigencias del Derecho Comunitario; el segundo a las de los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. De ahí también su diverso régimen jurídico, razón por la que, desde el punto de vista del transporte (no así ya del mero tránsito) parece mucho más útil la distinción entre tráfico comunitario y extracomunitario que las categorías, un tanto trasnochadas, que contempla la LNA.

Otro criterio para la clasificación del transporte aéreo es el rango de enlace o servicio que suponga. Por exigencias técnicas (requiere una infraestructura compleja de aeropuertos y ayudas a la navegación aérea) y limitaciones geográficas y económicas, el transporte aéreo no puede servir toda clase de destinos. Son muchos los lugares y poblaciones que por carecer de aeropuerto próximo no tienen acceso directo —de carácter comercial, quiero decir— por vía aérea. Y aun cuando lo tengan, salvo para las grandes conglomeraciones urbanas, es muy probable que no pueda alcanzarse el destino deseado directamente, con un solo vuelo, siendo necesario utilizar otros intermedios. Por consiguiente, la infraestructura existente y la propia dinámica del mercado condiciona el carácter o finalidad del transporte aéreo pudiendo establecerse diferentes rangos de enlace o servicio de los vuelos atendiendo a sus puntos de origen, conexión o destino.

Hay lugares, en efecto, cuyo aeropuerto o sistema aeroportuario sirve como centro de captación o conexión internacional (extracomunitario) y favorece y concentra esta clase de servicios de transporte (piénsese en los sistemas de Londres o París, por ejemplo). Estos sistemas, a su vez, sirven de apoyo a otros aeropuertos en los que se ofrecen servicios de ámbito nacional que también sirven para el enlace de destinos comunitarios (serían servicios del tipo Sevilla-Barcelona-Milán; o Bilbao-Londres, por ejemplo). Y apoyándose en estos últimos están finalmente los destinos o aeropuertos de carácter regional en el que los servicios aéreos cumplen sobre todo una función relacional, de captación y enlace con otros vuelos y destinos (Burgos, León, Murcia).

Pues bien, esta clasificación por rango de los servicios, determinada por las características de la red de transporte aéreo (esto es, de los aeropuertos)⁽⁷⁾, nos interesa porque tiene incidencia en la regulación jurídica del desarrollo de la actividad. Sobre todo cuando se trata de servicios regionales a cuyo desarrollo o estímulo se ha orientado tradicionalmente la política comunitaria de transporte aéreo: los servicios regionales, por ejemplo, recibieron un trato especial durante el proceso de liberalización; y el R 2408/92 permite a los Estados imponer obligaciones de servicio público en estos vuelos (art. 4) o restringir o impedir el ejercicio de la actividad en rutas referidas aeropuertos regionales para proteger los servicios regulares previamente existentes (art. 6). De ahí el interés jurídico de esta categoría de servicios.

En cuarto lugar cabe distinguir el transporte aéreo por la condición o naturaleza de las personas que disfrutan del servicio. Así, sería público el transporte que se realiza, con o sin remuneración, en interés o servicio de terceros, abierto al público en general. Y privado el que se efectúa en interés propio, de utilidad particular sin el concurso de terceros.

La distinción importa por el diferente régimen jurídico de una y otra especie. La primera es la que habitualmente se constituye en actividad empresarial y constituye el objeto de la normativa internacional e interna del tráfico aéreo (art. 67 ss. LNA). La segunda puede atender las necesidades propias de una empresa, pero el transporte no constituye el objeto o actividad económicos de ésta sino su instrumento. Por esta razón, no le son aplicables las reglas del tráfico propiamente dicho, sino las normales de la navegación o circulación

(7) Véase la Decisión CE/1692/96, del Consejo y el Parlamento Europeo, de 23 de julio, sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea de transporte.

aérea y, en su caso, las que imponga la actividad (recreativa, científica, técnica, mercantil...) que soporta el transporte (art. 150 LNA). En cualquier caso, es el uso o destino de los servicios, no la naturaleza pública o privada del transportista (que se trate de un ente o empresa pública o de un particular) o de las aeronaves (según su pertenencia), lo que sirve de criterio distintivo.

Y finalmente también podemos distinguir el transporte aéreo por la naturaleza de la materia transportada. Así encontramos, de un lado, el transporte de pasaje o viajeros, que se refiere tanto a las personas como a su equipaje y constituye la modalidad más extendida. Fuera de él queda, obviamente, la tripulación de la aeronave (cuyo traslado no es el objeto, sino el instrumento, de la actividad de transporte), pero no los polizones que son viajeros sin título, esto es, sin derecho al servicio que presta la compañía. De otro lado está el transporte de correo que, efectuado normalmente por compañías privadas (en virtud de contratos públicos) cuando no es la propia Administración la que lo realiza con sus propios medios, tiene una regulación específica. Y también está sujeto a reglamentaciones, condiciones y restricciones específicas el transporte de carga o mercancías según su naturaleza (animales vivos, productos perecederos, armamento, sustancias tóxicas o peligrosas...).

El interés de esta distinción es sobre todo de orden civil y mercantil: la diversidad de objetos determina diferencias en el régimen contractual, en el de la responsabilidad por daños o en materia de seguros, por ejemplo. Pero también tiene significación en el plano administrativo. Sobre todo en aspectos técnicos relativos a la seguridad y condiciones del vuelo tales como el equipamiento de la aeronave, la capacitación de su tripulación, las circunstancias del tránsito, el uso de los aeropuertos y otras cuestiones propias de lo que genéricamente se denomina policía de la navegación aérea⁽⁸⁾.

(8) A este último respecto, merece la pena destacar la normativa referida al transporte sin riesgos de mercancías peligrosas por vía aérea recogida en el Anexo 18 del Convenio OACI. El valor normativo de los Anexos OACI ha sido cuestión polémica, pero en este caso la discusión resulta irrelevante, porque la legislación española ha reproducido las reglas contenidas en dicho Anexo. En efecto, por RD 1749/1984, de 1 de agosto, se aprobó el Reglamento Nacional y las Instrucciones Técnicas para el Transporte sin Riesgo de Mercancías Peligrosas cuyos dos Anexos acogen las recomendaciones internacionales (Anexo 18 OACI y especificaciones técnicas complementarias contenidas en el DOACI núm. 9284-AN/905), siendo ambos de aplicación y obligado cumplimiento sobre el territorio español y por las compañías en él establecidas, tanto en las operaciones de transporte aéreo nacional como internacional. Los Anexos citados, en respuesta a la evolución o modificación de las indicaciones OACI sobre la materia, han sido revisados o adaptados posteriormente. El Anexo I fue parcialmente sustituido por la OM de 28 de diciembre de 1990.

III. LA LIBERTAD DE TRÁFICO AÉREO

Como advertí al comienzo, existe una licencia de actividad o explotación que reconoce como transportista aéreo a su titular pero no le confiere, por sí misma, derecho alguno de tráfico. Para efectuar un transporte, para prestar servicios concretos, es necesario que el transportista tenga reconocidos los correspondientes derechos de tráfico. Unos derechos que pueden derivar de la propia ley (como sucede en los ámbitos donde impera la libertad de tráfico) o de la Administración (cuando se trata de servicios a ésta reservados) y que exigen, en todo caso, una intervención administrativa, ya se trate de una simple comprobación o autorización, ya del otorgamiento o concesión administrativa de los derechos.

Así, pues, en primer lugar tendremos que comprobar qué tipo de servicios se han reservado al poder público; qué tráfico aéreo pertenece a la esfera de los servicios públicos de titularidad administrativa y queda excluido de la iniciativa particular. Comprobación que nos permitirá determinar, a contrario, la extensión o ámbito de la libertad de tráfico aéreo, trámite previo al estudio de su contenido normal y de las limitaciones y restricciones a que puede verse sometida de acuerdo con la ley.

f. Ámbito objetivo

Partiendo del principio general de libertad (y de la libertad de empresa como expresión concreta) que proclama nuestra constitución, parece posible afirmar que la libertad de tráfico aéreo se extiende, con los límites propios de su contenido normal (me refiero, sobre todo, a los que impone la seguridad técnica de la navegación y la propia noción de tráfico), a toda clase de servicios de transporte aéreo que no estén reservados al sector público mediante ley (art. 128.2 CE).

Por eso, determinando el alcance de esta reserva pública podremos establecer negativamente, por exclusión, el ámbito o extensión objetiva de la libertad de tráfico. ¿Cuáles son, pues, los servicios públicos de transporte aéreo excluidos de esta libertad?

La respuesta hemos de buscarla, primeramente, en la vigente LNA que, si bien no hace una declaración expresa, parece establecer una reserva pública sobre los servicios regulares. En el caso del transporte nacional es constante la alusión a la necesidad de una concesión

Y el Anexo II por la OM de 2 de agosto de 1991; éste ha sufrido, además, otras modificaciones posteriores, la última por OM de 27 de junio de 1997.

administrativa –título administrativo tradicionalmente vinculado a la gestión indirecta de servicios públicos– (arts. 70, 72, 73, por ejemplo) y aun “al servicio público de transporte aéreo” (art. 85). Y para los servicios internacionales se remite a los convenios internacionales celebrados por España: Esto nos conduce, de un lado, a la CACI que reconoce a los Estados pleno poder de disposición sobre el tráfico aéreo regular en o sobre su territorio (art. 6: “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 de dicho Estado y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización”); y de otro, al conjunto de tratados o acuerdos bilaterales celebrados entre España y otros Estados para reconocerse recíprocos derechos de tráfico que son atribuidos a una o más compañías designadas (auténticas concesionarias, como luego comprobaremos). Normativa internacional que pone en evidencia, al menos en el ámbito de los Estados firmantes de la CACI, la inexistencia de libertad o derechos de tráfico regular internacional previos al pacto o decisión de los Estados implicados. Así, pues, todo el tráfico regular sería de servicio público de acuerdo con la LNA.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta la política comunitaria de transporte aéreo dirigida a liberalizar el mercado interior. En ejecución de ella se dictaron una serie de medidas que son de aplicación en España y que han desplazado a la mencionada LNA en lo que a la ordenación del tráfico en los países comunitarios se refiere. Y esto ha supuesto la liberalización del tráfico realizado por compañías comunitarias en o sobre cualquier país comunitario, incluida España.

Dicho de otro modo, el Derecho Comunitario deja sin efecto la reserva genérica contenida en la LNA. Ahora bien, es necesario añadir dos precisiones.

Primera, que dicha reserva subsistirá allí donde no es aplicable la normativa comunitaria, esto es, fuera de la Unión Europea, a los servicios internacionales con países no comunitarios (al menos mientras no exista una política común exterior en esta materia).

Segunda, que el Derecho Comunitario suprime la reserva genérica anteriormente existente pero no descarta la reserva singular y temporal de algunas rutas con el fin de garantizar la prestación de servicio en ellas. Más adelante estudiaremos éste y otros supuestos en los que, aun siendo la libertad el marco general, reaparece la idea del servicio público.

Estos dos son, pues, los únicos ámbitos excluidos de la libertad de tráfico aéreo: los servicios regulares extracomunitarios o los efec-

tuados dentro de la Unión Europea por rutas singularmente declaradas de servicio público. Esto no quiere decir, obviamente, que la iniciativa privada no pueda prestarlos en ningún caso, sino que está fuera de su poder de disposición el hacerlo o no. O lo que es igual, que las compañías aéreas no tienen derecho a realizar estos servicios; que para efectuarlos necesitan una previa concesión administrativa que defina y otorgue el derecho de tráfico.

Todos los demás servicios de transporte aéreo, en cambio, quedan amparados por la libertad de empresa; quedan a la libre iniciativa de las compañías aéreas, aunque su ejercicio requiera una previa comprobación o autorización administrativa, como luego explicaré, o esté sujeto a ciertas limitaciones o restricciones. Enseguida las veremos, pero antes hay que examinar los límites definitivos de esta libertad, el contenido normal del derecho de tráfico aéreo.

2. Contenido: libertad de navegación y libertad de tráfico

Tratemos ahora de precisar en qué consiste la libertad de tráfico, a qué facultades o poderes aludimos cuando nos referimos a ella. Para ello hemos de parar mientes en la noción misma de tráfico aéreo. Tráfico es una expresión ambigua que tanto puede referirse al comercio de objetos, como al tránsito o circulación de personas o vehículos y, por extensión o confusión de ambas ideas, al comercio del transporte, al movimiento comercial de personas u objetos por cualquier medio de transporte. Este último es el tráfico aéreo que puede constituir o no, según los ordenamientos, una actividad libre.

Así, pues, no debemos confundir la libertad de tráfico con la de navegación aérea. Ciertamente, toda navegación implica un transporte, siquiera sea de la tripulación o los elementos accesorios de la aeronave. Pero la libertad de navegación aérea no da cobertura a cualquier clase de transporte y, significativamente, no da cobertura al transporte comercial; esto es, al que se refiere a pasaje, correo o carga y constituye objeto de una actividad empresarial que es, justamente, a lo que denominamos tráfico. La idea de tráfico aéreo nos remite, pues, a una modalidad especial o cualificada de navegación o transporte aéreos que supera el objeto o contenido de la genérica libertad de volar antes mencionada.

En el plano internacional esa distinción resulta clara: los Estados firmantes de la CACI reconocen la libertad de vuelo en aeronaves civiles que da derecho al tránsito inocuo por su espacio aéreo y al aterrizaje o escala en su territorio con fines no comerciales (art. 5). Pero el tráfico, la navegación comercial, es algo sustancialmente distinto y

los Estados no reconocieron su libre ejercicio con carácter general. En efecto, a salvo de permiso o autorización especial de los Estados, el tráfico regular internacional quedó prohibido. Sin dicho permiso ningún servicio aéreo puede prestarse en o sobre el territorio de los Estados (art. 6). Pero hubo mayor generosidad con el tráfico no regular, admitiéndose genéricamente la libertad de navegación o vuelo (tránsito y escala no comercial) y aun la de embarcar o desembarcar pasaje, correo o carga con procedencia o destino en el Estado de nacionalidad de la aeronave. Cualquier otro tráfico requeriría un permiso especial de los Estados normalmente derivado de otros posibles acuerdos internacionales.

La diversidad de regímenes resultante queda sintetizada, precisamente, en las denominadas libertades del aire que representan los diferentes ámbitos o grados en que puede reconocerse la libertad o derecho de navegación comercial internacional. La libertad de tráfico internacional tiene, pues, amplitud variable, según las características del tráfico y los Estados por los que se efectúe. Puede ser plena (como la que disfrutaban las compañías comunitarias en el ámbito de la Unión Europea) o referirse a las siguientes facultades:

1ª Volar sobre el territorio de un Estado que no sea de la nacionalidad de la aeronave.

2ª Aterrizar en el territorio de un Estado que no sea de la nacionalidad de la aeronave.

3ª Desembarcar en el territorio de un Estado pasaje, correo o carga embarcados en el de la nacionalidad de la aeronave.

4ª Embarcar en el territorio de un Estado pasaje, correo o carga con destino al de la nacionalidad de la aeronave.

5ª Embarcar o desembarcar en el territorio de un Estado pasaje, correo o carga con, respectivamente, destino o procedencia en el territorio de un Estado que no sea el de la nacionalidad de la aeronave.

Elenco de facultades o libertades que no obtuvo el reconocimiento de la comunidad internacional (la Conferencia de Chicago las recogió en un Acuerdo de Transporte Aéreo Internacional que suscribieron muy pocos Estados), como tampoco lo han obtenido otras libertades propuestas por la doctrina o previstas en acuerdos bilaterales. Me refiero a las siguientes:

6ª Embarcar pasaje, correo o carga en el territorio de un Estado con destino al de otro haciendo escala comercial en el Estado de nacionalidad de la aeronave.

7ª Realizar tráfico entre dos Estados sin hacer escala en el de nacionalidad de la aeronave.

8º Realizar tráfico en el territorio de un Estado sin hacer escala en el de nacionalidad de la aeronave; esto es, tráfico de cabotaje.

En realidad, las dos primeras libertades aluden a la mera circulación o navegación antes que al tráfico, pero como éste no puede tener lugar sin aquélla podemos también considerarlas parte de la libertad de tráfico. Por eso he dicho antes que el tráfico era una modalidad cualificada o especial de navegación y que la libertad de vuelo no ampara, por sí sola, el vuelo comercial. Esta separación también la observamos en el ordenamiento nacional que distingue claramente la navegación (ordenada por las normas de policía aérea, cap. XVII LNA) de sus fines, ya se trate del tráfico (cap. XI) u otra clase de objetos o servicios (de turismo, de transporte privado, educativos, científicos o técnicos: cap. XVIII).

Así, pues, la libertad de tráfico se refiere a la facultad de trasladar por medio de una aeronave pasaje, correo o carga en ejercicio de una actividad comercial. Se refiere a la libertad de ejercicio de una actividad empresarial que puede ser plena (como la tienen las empresas comunitarias en el territorio de la Unión Europea) o de menor contenido o alcance (como la que permite realizar servicios no regulares internacionales en el marco de la CACI). El tráfico restante (servicios regulares internacionales no comunitarios) no es libre; está reservado al poder público y en nuestro país requiere una previa concesión administrativa.

Ahora bien, admitida la libertad de tráfico, con la mayor o menor extensión que corresponda a su carácter y ámbito, los servicios aéreos no pueden efectuarse de cualquier forma.

Toda navegación aérea exige el cumplimiento de una serie de requisitos técnicos, de ciertos deberes y prohibiciones dirigidos a garantizar la seguridad tanto en vuelo (o sea, de las aeronaves y sus ocupantes) como en tierra (esto es, de las personas y bienes existentes en el espacio subyacente). A estos requisitos generales aún se suman otros específicos cuando de la navegación comercial se trata, pues su frecuencia, intensidad y especiales características imponen otras cautelas y exigencias.

Unos y otros requisitos, recogidos en una detallada reglamentación técnica que acoge las recomendaciones de organismos internacionales de los que España forma parte (de la OACI, esencialmente) son inherentes al tráfico. Forman parte de su esencia, del medio y la forma en que se realiza y no restringen en absoluto la libertad de tráfico sino que la conforman. Delimitan el contenido normal de esta libertad y son presupuesto de su existencia, garantía de su ejercicio

concurrente y exigencia debida a otros derechos o libertades afectados (el derecho a la vida y a la integridad física y moral, art. 15 CE; a la seguridad personal, art. 17 CE; a la libre circulación, art. 19 CE; a la salud, art. 43 CE; o al medio ambiente, art. 45 CE, por ejemplo).

Son deberes y prohibiciones que definen el objeto de la libertad: Acotan la actividad cuyo libre ejercicio ampara el ordenamiento y marcan los límites más allá de los cuales se pierde ese amparo y deja de ser lícita la actuación individual. Precisamente por eso, porque toda libertad jurídica entraña límites para la libre determinación individual, la definición de su contenido normal sólo puede hacerse por ley. Así lo exige el principio general de reserva de ley con el que nuestra Constitución tutela la libertad individual y, concretamente referida al tráfico aéreo que es una actividad comercial, así lo exigiría también la libertad de empresa. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que sean en todo caso necesarias normas de rango legal para efectuar esa delimitación, sino que la Administración necesitará habilitación legal suficiente para hacerlo mediante su potestad reglamentaria (el Reglamento de Circulación Aérea, por ejemplo). Una habilitación que, en nuestro caso, recibiría de los tratados y acuerdos internacionales ratificados en materia de tráfico aéreo (equiparables a la ley, arts. 93 ss. CE), de los reglamentos comunitarios, en su caso, y de la propia LNA (arts. 67 ss. y 142 ss.). Ciertamente, puede suceder que los textos legales mencionados no satisfagan las exigencias del principio constitucional de reserva de ley, pero este será ya un problema distinto.

Dentro de esos límites normales, de carácter permanente o estable, definitorios de la libertad legalmente reconocida, se mueve el poder de disposición del transportista. A él corresponde decidir las rutas y horarios en los que prestará servicio, siempre que exista la infraestructura necesaria y aunque deba hacerlo por un aerovía determinada; las aeronaves que utilizará, siempre que sean técnicamente aptas para el transporte que pretende; la capacidad disponible en cada servicio; la conveniencia de combinar sus vuelos o reorganizar sus servicios; el precio exigido por ellos, sin perjuicio de informar sobre sus tarifas o registrarlas previamente; las atenciones dedicadas al pasaje, correo o carga y cuantos otros aspectos se refieran al tráfico propiamente dicho.

En esto consiste la libertad de tráfico aéreo, sea de extensión plena (servicio nacional y comunitario) o más reducida (servicio extracomunitario no regular).

3. Limitaciones del tráfico

Con independencia de la extensión que tenga reconocida, el ejercicio de la libertad de tráfico también puede ser objeto de limitaciones o restricciones. No me refiero a los obligaciones o prohibiciones que, según lo explicado en el apartado anterior, definen el contenido permanente o normal de la actividad, sino a las que circunstancialmente impiden o restringen el ejercicio de las facultades normales de esa actividad.

Dije antes que en uso de su libertad de tráfico correspondía al transportista decidir las rutas y horarios de sus servicios. Una facultad que puede verse limitada por razones operativas (aerovía a seguir, control del tránsito), pero también por el interés concurrente de otros transportistas con idéntico derecho y la capacidad limitada de las infraestructuras. En el primer caso estaríamos ante un límite normal y necesario; un límite inherente a la navegación que el tráfico implica y sin el cual no puede tener lugar lícitamente. En el segundo, en cambio, la limitación también está justificada pero no tiene carácter necesario, no es inherente al tráfico sino puramente circunstancial: lo mismo que se le deniega un horario en una ruta determinada podría permitírsele si el aeropuerto tuviera mayor capacidad o no hubiera otros transportistas interesados. Son este tipo de limitaciones que se refieren, como digo, al ejercicio de la actividad acorde con su normal contenido, las que ahora nos interesan.

El fundamento de estas limitaciones descansa también en la necesidad de facilitar el ejercicio concurrente de la libertad de tráfico y cohesionarlo con otros derechos o intereses, públicos o privados, que puedan verse afectados por ella. Fundamento que, en cualquier caso, debe tener la pertinente proyección normativa.

Lo mismo que la ley define, sin perjuicio de la colaboración del reglamento, el contenido normal de los derechos, debe ser ella quien ampare la imposición de limitaciones que compriman su ejercicio. Quiere esto decir que la Administración necesita una previa habilitación legal para excluir o someter a requisitos o condiciones determinadas el libre ejercicio de la actividad de tráfico aéreo. Y que por generosa que sea la habilitación legal, ésta tendrá que respetar el principio de reserva material de ley que nuestra Constitución consagra: el tráfico aéreo constituye, por definición, una actividad empresarial y su ejercicio, como el de cualquier otra objeto de la libertad de empresa (art. 38), sólo podrá regularse por ley. Esto último, repito, sin descartar la colaboración reglamentaria de la Administración.

Pero ¿qué limitaciones son éstas? ¿A qué condiciones o restricciones está sometida la libertad de tráfico aéreo?

Examinemos en primer lugar, las previstas para el tráfico nacional y comunitario en el R 2408/92, cuyo art. 8.2 declara, con carácter general, que "El ejercicio de los derechos de tráfico estará sujeto a las normas comunitarias, nacionales, regionales o locales publicadas relativas a la seguridad, a la protección del medio ambiente y a la asignación de franjas horarias".

Estas medidas, cuyo rango y carácter dependerá de las normas internas de organización y competencia, están sometidas a la supervisión de la Comisión (art. 8.3) que a petición de cualquier Estado miembro, o por iniciativa propia, decidirá sobre su mantenimiento en el plazo de un mes, previa consulta al Comité de tráfico aéreo (art. 11 R 2408/92). Notificada la decisión a los Estados y al Consejo, podrán someterla al conocimiento de éste en el plazo de un mes. En idéntico plazo, el Consejo, por mayoría cualificada y en circunstancias excepcionales, puede adoptar una decisión distinta. Y contra ésta cabe, lógicamente, recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Pero las medidas adoptadas también pueden ser impugnadas por los cauces existentes en el ordenamiento nacional. Dependiendo de su rango, podrán serlo directa (reglamentos estatales, autonómicos o locales) o indirectamente (leyes, reglamentos comunitarios), con ocasión de los actos que se dicten en su aplicación y sin perjuicio del eventual recurso a la cuestión prejudicial ante el Tribunal Comunitario.

Ya más concretamente, cada Estado puede regular, en primer lugar, la distribución del tráfico entre los aeropuertos de un sistema aeroportuario, que es el conjunto formado por dos o más aeropuertos para prestar servicio a una misma ciudad o aglomeración urbana (Londres, por ejemplo, está servida por el sistema Heathrow/Gatwick/Luton/Stansted). La constitución o modificación de un sistema aeroportuario debe ser comunicada (a través de AENA, en nuestro caso) a los demás Estados y a la Comisión para que, comprobada su realidad, se revise y publique el Anexo donde se relacionan estos sistemas.

Según lo dicho, el Estado puede fijar normas que obliguen a los transportistas a efectuar el tráfico con una localidad por un determinado aeropuerto de su sistema: por ejemplo, exigir que todos los servicios regulares utilicen el mismo aeropuerto; o que lo hagan todas la aeronaves con una determinada capacidad; u otras reglas similares siempre que el criterio de distribución no sea la nacionalidad o iden-

tividad de la compañía aérea. El asunto no es vacío, pues la obligación de utilizar un aeropuerto u otro puede tener notable importancia comercial.

El rango de esta normativa vendrá determinado por las normas de competencia del procedimiento nacional, según dije antes. En el caso español no es necesario plantearse esta cuestión porque España no tiene ningún sistema aeroportuario. Pero hacerlo nos conduciría a la problemática de la reserva de ley: a si los reglamentos comunitarios y la LNA pueden cubrir satisfactoriamente las exigencias de dicho principio, sobre todo teniendo en cuenta que prácticamente hacen una remisión en blanco a la potestad reglamentaria de la Administración.

En segundo lugar, el Estado también puede limitar e incluso impedir el tráfico cuando existan problemas graves de congestión o medioambientales, sobre todo cuando otras modalidades de transporte puedan ofrecer un nivel de servicio satisfactorio. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Madrid-Barajas, un destino fuertemente congestionado en el que, según lo dicho, podría limitarse o excluirse el tráfico con Sevilla porque el AVE puede ofrecer un nivel de servicio satisfactorio. O en algún destino donde por motivos ambientales (la protección de migración de aves protegidas, por ejemplo) hubiera que reducir ocasionalmente el tráfico aéreo existiendo otros medios de transporte alternativos.

En situaciones como éstas, pues, el Estado puede adoptar medidas de restricción o exclusión del tráfico siempre que no tengan en cuenta la nacionalidad o identidad de la compañía aérea, tengan vigencia limitada (nunca superior a 3 años), no sean contrarias a los objetivos de la normativa comunitaria ni perjudiquen la competencia, y sean proporcionadas (art. 9.2). El procedimiento para la adopción de estas medidas y para su control, encomendado a la Comisión, se regula en el propio R 2408/92, sin perjuicio de los cauces de impugnación propios del ordenamiento nacional (téngase en cuenta que en sede comunitaria no tienen legitimación las compañías aéreas). En cualquier caso, las medidas tendrán carácter general y afectarán por igual a todas las compañías que operen o pretendan operar en una misma ruta (art. 9.7).

En tercer lugar, la restricción o exclusión del tráfico puede fundarse en la insuficiente capacidad aeroportuaria, esto es, en las normas de reparto o asignación de franjas o gateras horarias (*slots*) en los aeropuertos. Normas orientadas por el Reglamento del Consejo 95/93, de 18 de enero, que estableció un código de conducta sobre el particular basado en el principio de no discriminación por razón de la

nacionalidad. Se trata, sin embargo, de un asunto muy delicado y complicado, porque el Reglamento mencionado pretende cohesionar los derechos adquiridos por algunas compañías sobre determinados horarios, la incorporación de nuevas compañías, el fomento de los servicios regionales y los derechos referidos a servicios con terceros países, entre otros intereses.

En cuarto lugar, con el objeto de favorecer la implantación de servicios regulares entre aeropuertos de categoría regional, la Administración puede limitar temporalmente la capacidad de tráfico de nuevas compañías que pretendan realizar la misma ruta. A ello se refiere el art. 6 R 2408/92:

“... un Estado miembro, en caso de que una de las compañías aéreas en él matriculada haya comenzado a operar un servicio regular de pasajeros con aeronaves de no más de 80 asientos en una ruta nueva entre aeropuertos de categoría regional, siendo la capacidad anual no superior a 30.000 asientos, podrá rechazar un servicio aéreo regular de otra compañía aérea en la misma ruta durante un periodo máximo de dos años, a no ser que dicho servicio sea operado con aeronaves de no más de 80 asientos, o sea operado de tal forma que no haya más de 80 asientos disponibles a la venta en cada vuelo entre los dos aeropuertos en cuestión”.

Adviértase que la limitación es discrecional o potestativa (la Administración “podrá rechazar un servicio”), se refiere a tráfico regular *nacional* (así tiene que ser, aunque no se diga expresamente, para que la decisión sea competencia de un solo Estado miembro) y está condicionada: primero, a que esté matriculada en dicho Estado la primera operadora de la ruta (medida un tanto proteccionista, aunque compensada por la libertad de establecimiento); segundo, a que se trate de una ruta entre aeropuertos de categoría regional (en España lo son todos los comerciales excepto Palma de Mallorca, Madrid-Barajas, Málaga y Las Palmas: Anexo I R 2408/92); tercero, a que la capacidad anual no supere las 30.000 plazas; y cuarto, a que no se imponga por más de dos años.

La imposición de esta limitación está sometida a la vigilancia de la Comisión quien a petición de cualquier Estado, o por iniciativa propia, investigará la situación y dictará la resolución oportuna sobre su mantenimiento o supresión en el plazo de dos meses. Notificada esta decisión al Consejo y a los Estados miembros, éstos pueden recurrir ante aquél en el plazo de un mes. El Consejo puede adoptar, por mayoría cualificada, una decisión diferente en el plazo de un mes, decisión contra la que también puede plantearse recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (arts. 6.2 y 4.3 y 4 R 2408/92 y 173 Tratado de la Unión Europea).

Como se ve, no están legitimadas para instar dicho procedimiento las compañías aéreas eventualmente afectadas, pero nada parece oponerse a la utilización de los cauces de impugnación nacional: contra la decisión de la Dirección General de Aviación Civil cabría recurso ordinario ante la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes y luego, en su caso, recurso contencioso-administrativo.

La libertad de tráfico, en quinto lugar, puede ser limitada por la imposición de obligaciones de servicio público. Más adelante volveré sobre esta clase de obligaciones que pueden conducir incluso a declarar reservado, en favor de una sola compañía aérea, el tráfico en una ruta determinada (art. 4 R 2407/92).

También puede ser limitada la capacidad de tráfico. Aunque el principio general es la prohibición de restricciones a la capacidad de los servicios aéreos, un Estado puede pedir a la Comisión que permita limitar por un periodo limitado la capacidad de los servicios regulares con origen o destino en él. Para que ello sea posible, el Estado debe poder demostrar que la liberalización ha supuesto un grave perjuicio económico para una o más compañías nacionales. Cuando así sea, la Comisión examinará las circunstancias, la situación financiera de las compañías, la capacidad servida por ellas, la situación del mercado y cuantos otros factores considere pertinentes y decidirá al respecto. En el plazo de un mes, su decisión es recurrible ante el Consejo quien, en idéntico plazo, podrá adoptar, si se aprecian circunstancias excepcionales, una decisión distinta.

En realidad, la facultad de imponer esta limitación parece una medida transitoria, dirigida a atenuar el impacto de la liberalización del sector. Aunque ésta se produjo gradualmente se temía que la situación financiera de algunas empresas, normalmente delicada y aun resentida por la crisis que padeció el sector a raíz de la Guerra del Golfo, no pudiera resistir la apertura integral de las rutas. De ahí la justificación de esta medida restrictiva que pretende reforzar la posición de algunas compañías y evitar su eventual desaparición, que sería perjudicial para una competencia recientemente inaugurada y en desarrollo.

Y en séptimo y último lugar, hay una serie de deberes formales que rodean el ejercicio de la actividad, como el de aportar a la Administración los datos estadísticos que sean requeridos (DA 2ª OM 27-XI-1997); o la necesidad general —limitación mucho más relevante— de obtener una previa autorización administrativa de la Administración aeronáutica del Estado por el que se efectúe el tráfi-

co. A esta última dedicaré el siguiente apartado en el que estudiaremos también la concesión de tráfico aéreo, título administrativo que, a diferencia de la autorización, parte de la inexistencia de libertad. Esto es, tiene por objeto la constitución u otorgamiento del derecho de tráfico, no su mero reconocimiento o declaración.

IV. DERECHOS DE TRÁFICO: AUTORIZACIÓN Y CONCESIÓN DE SERVICIOS AÉREOS

Aunque, obviamente, la circulación de la aeronave siempre requiere una previa autorización de vuelo o tránsito por el espacio aéreo, no es a este permiso al que ahora me refiero. En efecto, no debe ser confundido el mero tránsito o circulación por una determinada ruta, sometido a las normas operativas de la navegación aérea, con el tráfico o transporte aéreo que se realiza sobre aquélla.

Sólo a este último se refieren las autorizaciones de tráfico aéreo, sólo al derecho a transportar pasaje, correo o carga en un tiempo y por una ruta y aeropuertos determinados. Esto es, se refieren a los denominados derechos de tráfico. Unos derechos que, según lo visto en el apartado anterior derivan de la libertad de tráfico legalmente reconocida, supuesto específico de la autorización que se limita a comprobar su existencia. Y cuando no hay tal libertad, cuando la actividad está reservada a la Administración, a ella corresponden los derechos de tráfico cuyo ejercicio particular requiere una previa adjudicación o concesión administrativa, título esencialmente distinto de la autorización.

Así pues, las condiciones para la adquisición o declaración y el ejercicio de estos derechos son diversas, como lo son los trámites a seguir en uno y otro caso. Diferencias que vienen determinadas, sobre todo, por el ámbito territorial en que tiene lugar el tráfico y la normativa aplicable a cada caso. Así merece tratamiento separado el tráfico nacional o comunitario y el tráfico internacional extracomunitario.

I. Mercado nacional y comunitario

La autorización de servicios de transporte por rutas aéreas intracomunitarias está regulada, como ya sabemos, por el R 2408/92, para cuya aplicación en España se dictó la OM de 29 de diciembre de 1992, hoy sustituida por otra de 27 de noviembre de 1997⁽⁹⁾. Ambos

(9) Normativa reglamentaria de dudosa legalidad porque no parece que las órdenes ministeriales sean el instrumento idóneo para dar trasposición nacional al Derecho

ordenamientos, el comunitario (art. 3.1 R 2408/92) y el nacional (art. 2 OM 27-XI-1997), reconocen el derecho de las compañías aéreas comunitarias a realizar servicios de tráfico aéreo entre aeropuertos españoles y entre éstos y aeropuertos comunitarios.

Pero la realización de servicios aéreos dentro de España o entre sus aeropuertos y los de otro Estado comunitario requiere la previa obtención de una autorización administrativa. De más de una, en realidad, si el servicio se efectúa por el territorio de otro u otros Estados miembros, pues será necesario el permiso de cada uno de ellos. Sin embargo aquí vamos a limitarnos a estudiar la autorización que compete otorgar a la Administración aeronáutica española, a la Dirección General de Aviación Civil más concretamente.

Además de los requisitos esenciales o comunes en toda solicitud (art. 70 LRJPAC), la de autorización de servicios aéreos debe contener los siguientes datos (art. 3.2 OM 27-XI-1997):

- a) Nombre de la compañía aérea.
- b) Número que identifica el vuelo.
- c) Días de operación de los servicios.
- d) Horario UTC.
- e) Período que abarca la operación.
- f) Itinerario completo de los vuelos.
- g) Tipo de avión utilizado.
- h) Número de asientos y capacidad de carga.
- i) Naturaleza del servicio (regular o no regular).
- j) Naturaleza del transporte (pasajeros y/o carga).
- k) Matrícula de las aeronaves, cuando no están registradas en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Hechas las comprobaciones oportunas y descartada la existencia de impedimentos relativos a la seguridad del tráfico, la protección del medio ambiente o la capacidad de las infraestructuras aeroportuarias o de navegación (aspectos a los que el ejercicio del derecho de tráfico puede estar subordinado, de acuerdo con normas comunitarias,

Comunitario en materias que, internamente, están ya reguladas por ley (por la LNA) y sobre las que recae, por tanto, una reserva formal de ley. Por razones de espacio no voy a detenerme ahora en esta discusión que, en cualquier caso, revela la necesidad de modificar la vigente LNA o, mejor aun, de elaborar un texto nuevo más acorde con la actual realidad del sector que ha cambiado mucho, como se comprende, en los últimos cuarenta años.

nacionales, regionales o locales publicadas), se dictará la resolución que corresponda que debe notificarse al solicitante en todo caso (art. 58.1 LRJPAC).

Hago esta última aclaración porque la OM 27-XI-1997 sólo prevé que se notifique la resolución a la compañía aérea interesada "cuando se deniegue la autorización". Una previsión que, muy probablemente, guarda relación con el hecho de que, a falta de resolución expresa, puedan entenderse estimadas por silencio las solicitudes y con la idea de que este silencio positivo es una forma ordinaria de resolver, un modo normal de terminación de los expedientes administrativos. Si esto fuera así, para conceder la autorización bastaría con no dar respuesta. Y así parece lógico pensar, como hace el reglamento, que sólo se producirá una resolución expresa (y sólo habrá algo que notificar) cuando se deniegue lo solicitado.

Pero ese planteamiento es difícilmente compatible con la vigente LRJPAC. No debemos olvidar, de un lado, que "la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42.1 LRJPAC). Y de otro, que el silencio no es una forma normal de terminación de los procedimientos administrativos (arts. 87 ss. LRJPAC), sino una técnica legal de garantía de que puede valerse el interesado para poner fin a la situación de pendencia e inseguridad jurídica que provoca la falta de resolución. Y esto vale tanto para el silencio negativo como positivo.

Tradicionalmente reservado a los supuestos de autorización y fiscalización o control previo, el silencio positivo terminó por convertirse en una técnica de intervención policial o tutela sobre la actividad de los particulares u otros entes públicos. Acabó comparándose a un derecho de veto susceptible de ejercitarse en plazo determinado, pasado el cual se obtenía el *nihil obstat* a lo solicitado. Así entendido, el silencio positivo parecía menos un instrumento de carácter reaccional y excepcional frente a la inactividad, que una técnica ordinaria de tramitación de ciertos procedimientos autorizatorios. La facultad de veto que el silencio positivo representaba constituía una modalidad simple o suavizada de intervención o control administrativo de determinadas actividades. Y por eso se identificó este clase de silencio con los procesos y técnicas de liberalización o reducción de la intervención administrativa en ciertas actividades. Este era, seguramente, el objetivo que animó la extensión del silencio positivo al procedimiento de instalación, traslado o ampliación de empresas por el RD Ley 1/1986, de 14 de marzo, mucho antes de aprobarse la LRJPAC. Y ese planteamiento "liberal" del silencio administrativo es el que descubrimos en la OM 27-XI-1997, lo que no resulta extraño, por lo demás, pues

forma parte de la normativa de liberalización del transporte aéreo⁽¹⁰⁾. Por lo demás, la aplicación concreta del silencio administrativo en este caso merecería un estudio particular por los problemas que suscita y que ahora no puedo detenerme a examinar.

Para la realización de servicios regulares, a los que se equiparan las "series sistemáticas de vuelos de fletamento ("charters") que se refieran a más de cuatro vuelos de ida y vuelta mensuales entre dos aeropuertos determinados" (art. 2.d R 2408/92 y 3.3 OM 27-XI-1997), la solicitudes deben presentarse con una antelación mínima de un mes respecto de la fecha prevista para el inicio de las operaciones. Y con quince días naturales de antelación sobre esta fecha debe resolver la Dirección General de Aviación Civil (art. 3.3 *in fine*), entendiéndose concedida la autorización si no lo hace.

Expresa o presunta, esta peculiar autorización se entiende concedida para el periodo de tiempo indicado en la solicitud. Ahora bien, lo normal es que las compañías aéreas establezcan una programación global de sus servicios por temporadas (la de verano, de marzo o abril a septiembre u octubre; y la de invierno, el resto del año) y que la autorización se pida simultáneamente para los vuelos programados en cada una de ellas. Como en el caso de servicios aislados, esta solicitud global o programada de servicios debe presentarse en el plazo máximo de un mes antes del inicio de la temporada (art. 3.3 OM 27-XI-1997). En este caso, la autorización expira al terminar la temporada, siendo necesaria otra nueva para la sucesiva.

(10) No creo, sin embargo, que pueda mantenerse actualmente esa concepción que hace de la falta de resolución y del silencio algo normal. Concebir el silencio positivo como una técnica de liberalización de la actividad particular no puede sino fomentar la inactividad administrativa, que es una conducta ilegal. Es tanto como sostener que el silencio forma parte del normal desarrollo de la actividad administrativa de intervención o del procedimiento administrativo autorizante; esto es, que el silencio positivo forma parte del funcionamiento normal de la Administración y que ésta puede permanecer inactiva porque no tiene el deber de contestar. Algo de esto ya se desprendía de la LPA donde el "deber de la Administración de dictar resolución expresa" se declaraba únicamente al tiempo de regular el silencio negativo (art. 94 LPA), sin mencionarse al regular el positivo (aunque también puede explicarse esta circunstancia atendiendo a la más intensa eficacia de éste). Una tal interpretación del significado del silencio positivo debe ser rechazada de plano tras la reforma de 1992, no sólo porque expresamente se establezca el deber administrativo de resolver en todo caso las solicitudes que se le formulen —y el mero silencio no pueda, por eso mismo, constituirse en ejercicio de una opción ni, por tanto, en renuncia al veto o en otorgamiento del *nihil obstat* a que aludíamos—, sino también porque la LRJPAC rechaza rotundamente que el silencio administrativo, positivo o no, sea un "instituto jurídico normal" (EdM). Al respecto puede verse mi libro *La inactividad de la Administración*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, en prensa, caps. X, III.

La autorización habilita a la compañía a realizar el tráfico solicitado y aun a realizar en la misma ruta vuelos adicionales sobre el programa presentado, sea porque la demanda lo exija con carácter general, sea para servicios especiales provocados por acontecimientos o eventos singulares e imprevistos. En estos casos, no obstante, la compañía debe comunicárselo a la Dirección General de Aviación Civil "a ser posible con tres días hábiles de antelación" a la realización del vuelo (art. 4 OM 27-XI-1997). Con igual antelación deberá también notificar la compañía los cambios de horario o de aeronave en los servicios previstos. La notificación en menor tiempo, sin embargo, no impedirá que se efectúen los mencionados vuelos o cambios siempre que la compañía demuestre que, en el caso concreto de que se trate, no fue posible una comunicación con mayor antelación.

Ante una eventual negativa de la Dirección General de Aviación Civil cabe interponer recurso administrativo ante la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes en el plazo de un mes (art. 114 LRJPAC) y, agotada la vía administrativa, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se echa aquí en falta, sin embargo, un cauce de impugnación menos lento y formal, pues los recursos pueden perder su finalidad u objeto por el tiempo transcurrido hasta su resolución, tiempo en el que la compañía no podrá realizar el tráfico solicitado. Es verdad que, con carácter general, nuestro ordenamiento prevé la suspensión de la eficacia de los actos administrativos como medida cautelar. Pero si no se concede ésta en vía administrativa, pueden pasar varios meses hasta que se produzca una decisión judicial al respecto, plazo que también puede tener una importante repercusión en la economía de la compañía aérea.

Así, pues, parece que, por el momento, la responsabilidad patrimonial de la Administración es el único remedio frente a una denegación improcedente de la autorización solicitada. Recordemos que el tráfico es, en principio, un derecho de la compañía aérea cuyo ejercicio sólo puede serle denegada por causas legalmente determinadas; en otras circunstancias, la compañía no tiene obligación legal de soportar esas restricciones o limitaciones de su derecho. No tiene la obligación legal de soportar los perjuicios derivados de una denegación administrativa ilegal y aunque la anulación de ésta no dé derecho, por sí misma, a una indemnización (art. 142.5 LRJPAC), resultará procedente ésta cuando pueda demostrarse la existencia de un daño "efectivo, evaluable económicamente e individualizado" (art. 139.2 LRJPAC). Un daño que parece referido, sobre todo, al lucro cesante pero que también puede extenderse a otros gastos e inversiones realizadas (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que se denegase ile-

galmente a una compañía autorización para el servicio que venía efectuando en temporadas precedentes y para cuya atención realizó gastos específicos).

Lo dicho anteriormente en su mayor parte vale para el tráfico no regular o eventual; esto es, para los "servicios aéreos con carácter ocasional" y las "series de vuelos de fletamento en número no superior a cuatro vuelos de ida y vuelta mensuales entre dos aeropuertos determinados" (art. 3.4 OM 27-XI-1997). La principal diferencia es que, en estos casos, la solicitud debe presentarse con una antelación mínima de dos días laborales hábiles respecto a la fecha prevista para el primer vuelo, considerándose inhábil el sábado a estos solos efectos. Y que se entiende concedida la autorización si el día hábil anterior al comienzo de las operaciones la Dirección General de Aviación Civil no ha resuelto expresamente la solicitud.

La mayor brevedad de los plazos está justificada por la flexibilidad que exige este tráfico eventual que se realiza *a la demanda* (esto es, no lo oferta la compañía aérea sino que se le demanda por un operador turístico, por otra empresa, por un particular...), pero por esa misma razón resultan aún más graves los inconvenientes de una eventual falta de respuesta a que me he referido antes.

2. Mercado internacional extracomunitario

La liberalización del transporte aéreo determinada por la política común de la Unión Europea sólo se refiere al mercado común, a las rutas establecidas por el territorio de los Estados miembros.

Aunque resulte difícil negar la competencia de la Unión Europea para definir una política exterior común en este ámbito, el transporte aéreo extracomunitario sigue siendo, por el momento, de la exclusiva competencia de los Estados miembros y tiene lugar conforme lo pactado en convenios bilaterales o, más raramente, multilaterales celebrados con otros Estados no comunitarios.

No hay que descartar, sin embargo, una futura intervención comunitaria justificada por la incidencia que el tráfico extracomunitario puede tener en el mercado europeo del transporte aéreo. A nadie se oculta que el establecimiento de una ruta extracomunitaria por un Estado miembro puede constituir una ventaja para una o más compañías nacionales en perjuicio de las demás compañías comunitarias a quienes se veda ese mercado. Y que dichas rutas, al prolongarse por el territorio de la Unión, pueden generar también un negocio interior cautivo, reservado a la compañía del Estado miembro por el que se

realiza el tráfico exterior no comunitario. De ahí la posibilidad, la competencia comunitaria, de regular ese tráfico exterior con el objeto de evitar distorsiones en el funcionamiento del mercado interior del transporte aéreo⁽¹¹⁾.

Mas por el momento son los Estados, como digo, los que, en el marco del Derecho Internacional aplicable, regulan esta clase de tráfico internacional. Como expliqué en el introito de este estudio, son varias las normas internacionales a considerar y también es preciso distinguir el tráfico regular del eventual.

A) Tráfico regular: bilateralismo y servicio público

La Conferencia de Chicago de 1944 sirvió, sobre todo, para regular multilateralmente los aspectos técnicos de la navegación o circulación aérea. Pero en lo que se refiere al transporte aéreo sus logros fueron escasos. En efecto, la CACI no reconoce ningún derecho o libertad de tráfico regular entre los Estados contratantes, de modo que la explotación de servicios internacionales regulares exige siempre un permiso previo de los Estados entre o sobre los que vayan a efectuarse (art. 6). Un permiso que puede otorgarse singularmente, para cada ruta, o de forma general, en cuyo caso depende de la existencia previa de acuerdos bilaterales o multilaterales suplementarios entre los Estados afectados. Por esto último se decidió España: A tenor del Decreto de 12 de julio de 1946 (art. 3).

"Los servicios aéreos internacionales regulares o de itinerario fijo sólo podrán establecerse mediante convenio especial entre el Estado español y aquél a que pertenezca la línea aérea o la aeronave que deba efectuarlo. En todo caso, se establecerá en dicho Convenio que el servicio se realizará con aterrizaje o partida en aeropuertos aduaneros".

Como logro parcial de la Conferencia de Chicago es forzoso citar, sin embargo, el Acuerdo de Tránsito, al que se sumaron inicialmente 26 Estados (hoy superan ya la centena) reconociéndose entre ellos la libertad de tránsito inocuo y la de escala técnica (no comercial) de los servicios aéreos regulares. El Acuerdo, por consiguiente, se refiere al tráfico aéreo regular de los Estados firmantes *sobre* sus territorios pero no *entre* ellos. Para el tráfico propiamente tal, no para

(11) A este respecto, dando muestra de la preocupación existente al respecto, puede verse DEROSIER, B., "Rapport d'information sur le transport aerien a l'heure europeenne", *Assemblée Nationale (Delegation pour l'Union europeenne)*, núm. 737, París, 26 de febrero de 1998, págs. 59 a 138.

el simple tránsito, no se pudo llegar a ningún acuerdo multilateral relevante⁽¹²⁾, de modo que ha quedado relegado a un casi absoluto bilateralismo.

El bilateralismo, sin embargo, no produjo mucha diversidad. Los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados no difieren mucho entre sí pues los primeros tratados celebrados sirvieron como modelo de los sucesivos. De hecho, la propia Conferencia de Chicago recomendó un acuerdo o contrato modelo para la redacción de estos convenios bilaterales⁽¹³⁾. Pero durante casi tres décadas fue sobre todo el Acuerdo de Bermudas, celebrado en 1946 entre los Estados Unidos y el Reino Unido, el que sirvió de inspiración o modelo para otros países. Así, pues, en los acuerdos de tipo "bermudiano" los Estados:

- acuerdan la ruta o rutas concretas de los servicios regulares que se conceden;
- determinan y se reparten la capacidad ofertada en cada ruta;
- establecen las condiciones técnicas y comerciales del tráfico a realizar (número de compañías designadas para prestarlo, requisitos que han de reunir, trámites aduaneros, aspectos tributarios...), siendo habitual la remisión al contrato tipo o modelo de Chicago y el reconocimiento mutuo de la documentación técnica;
- se reservan la aprobación de las tarifas que las compañías pueden acordar en el seno de la IATA⁽¹⁴⁾;
- suelen incluir algún procedimiento de arbitraje;
- y se hacen reconocimiento mutuo de soberanía sometiendo a las respectivas leyes nacionales el tránsito y tráfico por su territorio.

Acuerdos como éste hicieron posible y frecuente el tráfico ordenado de tercera, cuarta y quinta libertad que favorecía, sobre todo, a los Estados con grandes compañías aéreas a las que de este modo se procuraba acceso a nuevas rutas y mercados. Pero la situación comercial en que se alumbró el Acuerdo de Bermudas cambió con los años. El predominio aéreo estadounidense fue cediendo a medida que Europa salía de la postguerra y mejoraba su situación económica,

(12) Sí que hubo un Acuerdo de Transporte (Apéndice IV de la Conferencia Chicago), pero tuvo escasa aceptación pues sólo dieciséis países se adhirieron a él por lo que no tuvo ninguna efectividad.

(13) Se trata del "Modelo Uniforme de Acuerdo" incluido como Anexo en el Acta Final de la Conferencia de Chicago en el que, por ejemplo, se basaron los acuerdos firmados entre España y Argentina (Convenio de 1 de marzo de 1947) o Portugal (Convenio de 31 de marzo de 1947).

(14) Téngase presente el Acuerdo sobre procedimiento aplicable para el establecimiento de las tarifas de los servicios aéreos regulares, firmado en París en 1967, que recomienda expresamente el sometimiento a los procedimientos de la IATA.

evolución favorable en la que participó el sector del transporte aéreo animado, además, por el turismo y la proliferación del tráfico no regular. Un desarrollo del sector que también se dio en otros Estados, de modo que fueron cada vez más los países interesados en aumentar la protección comercial de sus mercados y compañías. Cada vez fueron más los Estados interesados en acuerdos de tráfico regular más restrictivos, razón por la que Bermudas dejó de servirles como modelo. De hecho, el Acuerdo de Bermudas fue denunciado por el Reino Unido en 1976 y sustituido en 1977 por otro, más restrictivo, conocido como Bermudas II.

En cualquier caso, la denuncia del Acuerdo de Bermudas señala el final de su influencia sobre los tratados bilaterales de tráfico regular internacional y el final de la uniformidad. Poco después, en 1978, los Estados Unidos aprueban la *Air Transport Deregulation Act* y el país defiende con nuevos bríos la liberalización plena del transporte aéreo exterior con el fin de recuperar y ampliar su mercado. Algunos Estados se muestran también partidarios de esta liberalización, aunque sea en ámbitos regionales (ahí está el caso de los países europeos); otros no tanto. De modo que subsisten muchos de los acuerdos celebrados bajo la influencia de Bermudas, bien según su redacción original, bien enmendados por protocolos provisionales de contenido diverso con reglas más restrictivas o liberales, según el caso.

Por consiguiente, son estos acuerdos bilaterales, como los que tiene celebrados España⁽¹⁵⁾, sobre transporte aéreo internacional los que

(15) España ha celebrado al menos los siguientes tratados bilaterales: con *Alemania*, Convenio de 28 de abril de 1960; *Arabia Saudita*, Convenio de 29 de septiembre de 1977; *Argentina*, Convenio de 1 de marzo de 1947; *Austria*, Convenio de 19 de febrero de 1962; *Bélgica*, Convenio de 10 de marzo de 1952; *Bolivia*, Acuerdo de 12 de septiembre de 1974; *Brasil*, Convenio de 28 de noviembre de 1949; *Bulgaria*, Convenio de 6 de noviembre de 1971; *Canada*, Acuerdo de 15 de septiembre de 1978; *Colombia*, Convenio de 11 de diciembre de 1951; *Corea del Sur*, Convenio de 21 de junio de 1989; *Costa de Marfil*, Acuerdo de 15 de julio de 1976; *Costa Rica*, Convenio de 16 de noviembre de 1979 (enmendado en 1989); *Cuba*, Convenio de 19 de junio de 1951; *Checoslovaquia*, Acuerdo de 4 de septiembre de 1973; *Chile*, Convenio de 17 de diciembre de 1974; *China*, Convenio de 19 de junio de 1978 (revisado en 1993); *Dinamarca*, Acuerdo de 5 de mayo de 1965; *Ecuador*, Convenio de 8 de marzo de 1974; *Egipto*, Convenio de 12 de marzo de 1991; *El Salvador*, Acuerdo de 10 de marzo de 1997; *Estados Unidos*, Acuerdo de 20 de febrero de 1973 (existe un Memorándum de 27 de noviembre de 1991); *Filipinas*, Tratado de 6 de octubre de 1951; *Finlandia*, Acuerdo de 30 de mayo de 1973; *Francia*, Convenio de 23 de agosto de 1948; *Gabón*, Convenio de 3 de mayo de 1976; *Ghana*, Acuerdo de 30 de diciembre de 1994; *Grecia*, Convenio de 25 de julio de 1975; *Guatemala*, Convenio de 3 de mayo de 1971 (con Protocolo de 18 de febrero de 1992); *Guinea Ecuatorial*, Convenio de 24 de julio de 1971; *Holanda*, Acuerdo de 20 de junio de 1950; *Honduras*, Acuerdo de 14 de octubre de 1992; *Hungría*, Acuerdo de 30 de abril de 1974; *India*, Acuerdo de 10 de abril de 1987; *Irak*, Convenio de 12 de junio de 1980; *Islandia*, Acuerdo de 1 de diciembre de

determinan las condiciones (rutas, frecuencias, tarifas, compañías...) en que dicho tráfico puede tener lugar. Y así es como el Estado español negocia y adquiere derechos de tráfico con o sobre un país extranjero no comunitario.

Pero la explotación o ejercicio de esos derechos, el desarrollo de la actividad en el marco pactado internacionalmente, es ya una cuestión de orden interno. Una cuestión de orden administrativo sobre todo (pues a la Administración aeronáutica corresponde ejecutar lo acordado) y, por tanto, más cercana a nuestro objeto de interés.

Desde el punto de vista interno cabe considerar que existe una reserva pública, en favor del Estado, del tráfico regular internacional extracomunitario. Una reserva cuyo alcance objetivo viene determinado por los tratados multilaterales (la CACI sobre todo) y bilaterales en los que participa el Estado español y que cuenta con respaldo constitucional. Es verdad que la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales sólo puede hacerse "mediante ley" (art. 128.2 CE), pero en nuestro ordenamiento jurídico los tratados internacionales son equiparables a la ley (arts. 93 a 96 CE y 1.5 CC) por lo que ninguna objeción puede hacerse. Y a los tratados internacionales se

1965; *Israel*, Acuerdo de 31 de julio de 1989; *Japón*, Convenio de 18 de marzo de 1980; *Jordania*, Convenio de 18 de mayo de 1977; *Kenya*, Acuerdo de 3 de marzo de 1981; *Kuwait*, Convenio de 3 de diciembre de 1979; *Liberia*, Convenio de 20 de agosto de 1977; *Luxemburgo*, Convenio de 26 de marzo de 1962; *Malasia*, Acuerdo de 23 de marzo de 1993; *Mali*, Acuerdo de 5 de noviembre de 1990; *Malta*, Acuerdo de 3 de julio de 1976; *Marruecos*, Convenio de 7 de julio de 1970; *México*, Convenio de 21 de noviembre de 1978; *Nicaragua*, Acuerdo de 24 de julio de 1992; *Nigeria*, Convenio de 29 de marzo de 1975; *Noruega*, Acuerdo de 5 de mayo de 1965; *Panamá*, Convenio de 21 de julio de 1967; *Pakistán*, Convenio de 19 de junio de 1979 (revisado 1988); *Paraguay*, Convenio de 12 de mayo de 1976; *Perú*, Acuerdo de 31 de marzo de 1954 (revisado en 1978); *Portugal*, Convenio de 31 de marzo de 1947; *República Democrática del Congo*, Convenio de 14 de junio de 1969; *República Dominicana*, Convenio de 15 de marzo de 1968; *Rumania*, Convenio de 10 de enero de 1980; *Senegal*, Convenio de 26 de junio de 1968 (con Protocolo de 30 de abril de 1987); *Sierra Leona*, Convenio de 4 de junio de 1976; *Singapur*, Acuerdo y Memorandum de 11 de marzo de 1992; *Siria*, Convenio de 1 de febrero de 1979; *Suecia*, Acuerdo de 5 de mayo de 1965; *Suiza*, Acuerdo de 3 de agosto de 1950; *Tailandia*, Acuerdo de 6 de septiembre de 1979 (enmendado en 1992); *Túnez*, Acuerdo de 11 de enero de 1977; *Turquía*, Acuerdo de 15 de julio de 1971 (enmendado en 1991); *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, Convenio de 12 de mayo de 1976 (revisado en 1990); *Uruguay*, Acuerdo de 13 de agosto de 1979; *Yugoslavia*, Acuerdo de 11 de abril de 1979. Téngase en cuenta que los convenios bilaterales con algunos países europeos pueden haber sido desplazados por la normativa comunitaria.

Un estudio general de estos convenios en GUIADO GUERRERO, A., *Convenios bilaterales suscritos por España sobre Aviación Civil*, Madrid, 1981; también PERALTA LOSILLA, E., *La política jurídica exterior de España en materia aeronáutica*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1996.

remite la propia LNA: "Los servicios aéreos españoles para el tráfico internacional, de carácter regular, se establecerán mediante convenios con los Estados interesados" (art. 88). De otro lado, excluida la libertad de tráfico regular internacional por la fuerza soberana de los Estados, el derecho de tráfico propiamente tal nace del pacto o convenio internacional que se lo otorga al Estado, sin que los particulares puedan invocar un derecho previo sobre la actividad. De ahí que corresponda originariamente al Estado y que a éste quede reservada, como titular de ese derecho, la actividad.

Estamos, por consiguiente, ante una actividad pública, excluida del ámbito material u objetivo de la libertad de empresa. Ante una actividad reservada, de servicio público si se prefiere, cuya titularidad corresponde al Estado y cuya modalidad de gestión viene condicionada por los términos del acuerdo internacional respectivo. Normalmente se tratará de una gestión compartida con el Estado extranjero; una gestión que los Estados pueden realizar por sí mismos (directamente) o por compañías nacionales designadas al efecto, de titularidad pública o privada. Con independencia de su titularidad, esto último es lo habitual: los Estados acuerdan designar una o más compañías para la explotación de los servicios aéreos acordados entre ellos.

Pues bien, como quiera que el Estado extranjero designe a sus compañías, desde el punto de vista administrativo interesan especialmente dos aspectos.

De un lado, la calificación de la posición jurídica de las compañías, extranjeras o nacionales, designadas para prestar el servicio aéreo de transporte. Tratándose, según acabo de decir, de una actividad reservada, su ejercicio requiere no ya una simple autorización administrativa, sino una auténtica concesión administrativa y como concesionarias de un servicio público debe tenerseles.

Recordemos que para la LNA todo el tráfico regular es de servicio público; todo él está reservado al Estado, siendo necesaria una previa concesión administrativa para prestar esta clase de servicios (art. 70). Esta regla, ciertamente, ha sido desplazada o modificada por el Derecho Comunitario que liberaliza el tráfico regular. Pero la normativa europea sólo se refiere al tráfico nacional o comunitario, de modo que la LNA sigue siendo plenamente aplicable al tráfico extracomunitario. De ahí que persista la reserva pública y la necesidad de una previa concesión administrativa, conclusión en cuyo apoyo puede citarse también el art. 88 LNA ("Los permisos o concesiones a empresas extranjeras para efectuar ese mismo tráfico [internacional, de carácter regular] se otorgarán bajo el principio de reciprocidad...").

Las compañías designadas tienen encomendado un servicio peculiar cuyo régimen jurídico resulta de la regulación internacional y de la legislación nacional a la que, recordémoslo, también están sometidas las compañías extranjeras que efectúan transporte desde, hacia o sobre nuestro país. Quiere esto decir que las compañías designadas ostentan una situación jurídica concreta ante la Administración española y que también a las extranjeras, sin perjuicio de las fuentes y recursos propios del Derecho Internacional que ellas mismas o sus Estados puedan hacer valer, resulta aplicable el Derecho Administrativo nacional.

El otro asunto que nos interesa es el procedimiento de designación nacional. No me refiero a la designación que realiza el Estado extranjero, sino a la que efectúa el Estado español. Al procedimiento por el que éste determina qué compañía o compañías aéreas van a prestar los servicios regulares convenidos internacionalmente.

Mientras tuvo atribuido el monopolio del tráfico regular, fue Iberia la compañía designada para prestar los servicios internacionales. Y cuando desapareció el monopolio (formalmente, al menos), se le reconoció el derecho a continuar en la explotación de los servicios que venía prestando (DT 1ª LNA), derechos históricos sobre determinados servicios y rutas que aún conserva. Existiendo una tal designación legal poco más puede añadirse.

La que sí plantea algún problema es la designación nacional para nuevos servicios regulares extracomunitarios, pues la LNA no contiene reglas específicas al respecto, ni se han dictado normas en su desarrollo. Pero sí contiene un precepto que, por su redacción, podemos considerar de aplicación general al tráfico regular de cualquier alcance (art. 73):

“Las concesiones de servicios regulares por líneas determinadas o por redes de rutas se otorgarán a empresas de nacionalidad española y mediante concurso público, salvo por razones de interés nacional o de la propia explotación del transporte, apreciadas en Consejo de Ministros, que aconsejen otra cosa”.

Según esto, la designación, que no sería otra cosa que la adjudicación de una concesión de servicio público, debería seguir los trámites y el régimen jurídico propios de ésta. Debería hacerse la designación conforme lo previsto para la adjudicación de los contratos de gestión de servicio público, con la salvedad, legalmente impuesta, de ser necesario concurso público salvo que circunstancias excepcionales de interés público aconsejaran otra cosa. Y sería también contractual, y por tanto sometida a la legislación de contratos administrativos

(no parece que estemos en presencia de ninguno de los negocios o contratos excluidos de la aplicación de la LCAP; art. 3), la relación entre la Administración estatal y la compañía aérea designada para prestar el servicio, por más que las condiciones concretas de éste (regularidad, capacidad, tarifas...), su reglamentación propia, tengan origen en una norma de Derecho Internacional.

Al descubierto la naturaleza contractual de la designación nacional, la aplicación de la legislación de contratos plantea algunos objetos de reflexión. En primer lugar está el asunto de la capacidad de los potenciales adjudicatarios. Me refiero a los requisitos de solvencia técnica y económica y al de la nacionalidad (“Las concesiones... se otorgarán a empresas de nacionalidad española”, art. 73).

Sobre lo primero, parece posible afirmar que las empresas deben tener una licencia de explotación en vigor para poder participar en el concurso: por exigencia del Derecho Comunitario, dicha licencia es título necesario para adquirir la condición de transportista aéreo en nuestro país, independientemente del alcance o carácter de los servicios (R 2407/92, de 23 de julio, y OM 12-III-1998). La licencia, por otro lado, constituye una credencial de la solvencia que exige la propia LCAP, sin perjuicio de que deban reunirse los demás requisitos previstos en ella.

En cuanto a lo segundo, es normal que los tratados bilaterales, lo mismo que la LNA, exijan que las compañías designadas sean de propiedad nacional. Según esto, no podrían concursar compañías aéreas extranjeras, lo que tratándose de compañías comunitarias podría representar un problema pues su exclusión parece contraria a los principios de libre prestación de servicios, de competencia e igualdad de oportunidades y de no discriminación por razón de la nacionalidad. Sin embargo, no debemos olvidar que en el interior de la comunidad el proceso de liberalización es gradual: las restricciones son suprimidas progresivamente en el marco de una política común para cada sector económico (arts. 59, 61 y 74 y ss. TCEE). Y en el caso de los transportes aéreos esta política se ha limitado a liberalizar el mercado interior, no siendo aplicables dichos principios a los servicios regulares extracomunitarios. Por eso no es contraria al ordenamiento comunitario la reserva de nacionalidad que impide a las compañías comunitarias participar en los concursos de designación. Una exclusión que beneficia a las compañías nacionales que operan en el mercado comunitario y que, por ello, incide también sobre éste, razón por la que estaría justificada la definición de una política exterior común de los Estados miembros con relación al tráfico regular extracomunitario. Un objetivo cuya consecu-

ción no parece fácil, ciertamente, por la pluralidad y complejidad de los intereses económicos de las compañías nacionales y sus respectivos Estados.

En segundo lugar merece algún comentario el procedimiento a seguir. La LNA contempló el concurso como sistema normal de adjudicación y este es también el criterio que sigue la LCAP (art. 160.I). Pero además debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la legislación de contratos, el procedimiento de adjudicación puede ser abierto o restringido (art. 92). Y esta misma legislación prevé un procedimiento negociado para supuestos tasados (art. 160.2). Pues bien, este procedimiento negociado, de adjudicación directa, es incompatible con el sistema de concurso que sólo puede eludirse, según la LNA (art. 73), "por razones de interés nacional o de la propia explotación del transporte, apreciadas en Consejo de Ministros, que aconsejen otra cosa". Previsión que arroja oscuridad sobre las circunstancias en que puede seguirse este procedimiento negociado, pues divergen los criterios de la legislación aérea y la de contratos.

También resulta incierta la competencia para realizar la adjudicación. La LCAP designa a los Ministros y Secretarios de Estado como órganos ordinarios de contratación (art.12.1), pero admite su desconcentración (algo sustancialmente distinto a la delegación)⁽¹⁶⁾ mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros. Según esto, serían competentes para realizar la adjudicación o designación tanto el Ministro de Fomento como el Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes mientras no fuera acordada la desconcentración. Sucede, sin embargo, que el RD 1772/1994, de 5 de agosto, señala a la Dirección General de Aviación Civil como órgano competente para resolver sobre la "concesión de derechos de tráfico" (Anexo III, pto. 12). Y de ahí la incertidumbre apuntada, pues tratándose de una norma anterior a la LCAP y de inferior rango resulta cuanto menos discutible la vigencia y validez de la mencionada previsión reglamentaria.

Una previsión, por cierto, que también arroja oscuridad sobre la calificación jurídica de la designación. En efecto, el RD 1772/1994 no contempla la concesión de derechos de tráfico como un supuesto de adjudicación contractual, ni aun como un procedimiento concursal. Se limita a decir, como si de un procedimiento ordinario de petición se tratara, que podrán entenderse desestimadas las solicitudes si no se hubieran resuelto en el plazo establecido para ello (art. 3). Luego fija

(16) Véase, por ejemplo, MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, t. I, págs. 349 a 351.

dicho plazo en tres meses y prevé la impugnación de la resolución, expresa o presunta, ante el Secretario General de Infraestructuras y Transportes mediante recurso ordinario. Esto es, contempla la concesión de derechos de tráfico como un procedimiento singular o individual, de los que se inician a instancia de parte, lo que no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que ya la LNA, en los años sesenta, dispuso que la concesión de servicios regulares se hiciera mediante concurso público (art. 73). Y tratándose de una adjudicación contractual no es el silencio administrativo la alternativa legal prevista para la falta de resolución administrativa, sino la contemplada en el art. 90 LCAP: vencido el plazo previsto para la adjudicación (de tres meses máximo, salvo que se prevea otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares) sin que haya resuelto el órgano de contratación, "los empresarios admitidos a concurso tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieren prestado". Contradicción que es un ejemplo más del desorden y diacronía de las normas aeronáuticas nacionales.

Estos son, en fin, algunos de los interrogantes que suscita la aplicación de la legislación de contratos al procedimiento nacional de designación de compañías aéreas para la prestación de servicios regulares extracomunitarios. Pero aún hay otros aspectos y previsiones relativos a la preparación, tramitación y adjudicación de este contrato de gestión de servicios públicos que, por las peculiaridades de la designación y por haber pasado desapercibida su naturaleza contractual, resultan confusos. De ahí la conveniencia o la necesidad de dar regulación específica a este procedimiento concursal.

Y en tercer lugar aparecen, por idéntico motivo, los problemas relativos al régimen jurídico o *status* de la compañía designada para la prestación del servicio. Me refiero a si es plena la aplicabilidad de las reglas generales de la concesión de servicios públicos al supuesto particular de este tráfico regular. A si la compañía aérea designada tiene el mismo régimen obligacional que cualquier gestor de servicios públicos, régimen que vendrá determinado por las reglas imperativas de la legislación de contratos, la normativa propia del servicio (de la que entiendo formaría parte, junto a la legislación aeronáutica nacional, el correspondiente tratado internacional —especialmente su Anejos, que es donde habitualmente se detallan las características del tráfico—) y el pliego de cláusulas administrativas propuesto para la adjudicación. Entiendo que así debe ser, pero existe un justificado margen de discusión en algunos aspectos: por ejemplo, que la fijación de las tarifas corresponda a las propias compañías designadas; si es viable la subcontratación del servicio por la compañía designada;

sobre la duración o prorrogabilidad de la designación; si es posible conceder ayudas o compensaciones para el mantenimiento del servicio (en perjuicio de la compañía del otro Estado); etc. Son interrogantes para cuya solución habrá que tener en cuenta, en cualquier caso, la existencia de un tratado internacional previo que, por su valor normativo equiparable a la ley, puede dejar sin efecto las previsiones de carácter general.

Designadas las respectivas compañías y notificada a cada Estado la resolución se otorga la autorización de explotación correspondiente. Por consiguiente, la compañía extranjera designada solicitará del Estado español la autorización pertinente que se otorgará de acuerdo con lo previsto en el Acuerdo bilateral suscrito. Aquí sí estamos ante un auténtico procedimiento autorizante donde la Administración se limita a comprobar que la compañía aérea reúne las condiciones exigidas para ejercitar el derecho de tráfico reconocido en virtud del tratado internacional (en virtud de la designación efectuada por el Estado extranjero).

B) Tráfico no regular: multilateralismo y libertad

A diferencia de lo sucedido con el tráfico regular, para el que fue difícil alcanzar un consenso multilateral, la Conferencia de Chicago, quizá por la escasa relevancia que tenían en esas fechas, alumbró un principio de acuerdo sobre los servicios de transporte no regulares.

En efecto, junto a las libertades de vuelo inocuo y escala no comercial (relativas al mero tránsito o circulación antes que al transporte), los Estados firmantes de la CACI reconocen la libertad del tráfico no regular. Con mayor precisión, la denominada tercera libertad (o sea, la de tomar pasaje, correo o carga en su territorio con destino al Estado de la aeronave) y la cuarta (desembarcar pasaje, correo o carga procedente del Estado de la aeronave), siempre que se trate de "servicios distintos de los aéreos internacionales regulares" y "sin perjuicio del derecho del Estado donde tenga lugar el embarque o desembarque a imponer las reglamentaciones, condiciones o restricciones que considere convenientes" (art. 5.2 CACI).

Sobre el carácter no regular de los servicios, me remito a lo dicho en un apartado anterior acerca de las dificultades existentes para fijar el objeto de esa noción que admite diferentes modalidades de transporte.

Y en cuanto a las restricciones o condiciones que los Estados pueden imponer, hay que decir que en el caso de España fueron míni-

mas (D. 12 de julio de 1946)⁽¹⁷⁾, de manera que imperó el principio de libertad a condición de reciprocidad, sin necesidad de autorización o permiso previo de ningún tipo para prestar este tipo de servicios internacionales. Lo que sí tenían que acreditar las compañías, claro está, era la aptitud de la aeronave y su tripulación para efectuar el transporte mediante la documentación reseñada en la CACI (art. 29: matrícula, aeronavegabilidad, licencias del personal, diario de a bordo, manifiesto de pasaje y carga).

Además, la libertad de tráfico internacional no regular se abriría paso por el Acuerdo multilateral relativo a derechos comerciales de los servicios aéreos no regulares europeos, firmado en París el 30 de abril de 1956⁽¹⁸⁾. Por este Acuerdo de París, elaborado por la Comisión Europea de Aviación Civil, los Estados participantes regularon el alcance máximo de las "reglamentaciones, condiciones o restricciones" que los Estados, conforme a lo previsto en el citado art. 5 CACI, podían imponer al tráfico no regular. Y acordaron que, en supuestos determinados, el tráfico no regular pudiera efectuarse libremente, sin sujeción a condiciones o restricciones de ninguna clase.

(17) En efecto, según explica la EdM de este Decreto, era propósito de España abrir "su cielo sin reservas a las aeronaves civiles de los demás países aludidos [los firmantes del CACI], manteniendo para situaciones o estados excepcionales o espacios peligrosos para la seguridad del vuelo, únicamente el derecho de señalar zonas prohibidas a la navegación aérea". Así, pues, en el ámbito de los Estados signatarios de la CACI, el Decreto mencionado autorizó el tráfico internacional no regular de tercera y cuarta libertad que, a condición de reciprocidad, podía efectuarse desde, hacia o sobre España, sin necesidad de autorización previa (art. 2). Las restricciones impuestas no fueron de carácter comercial sino operativo o técnico: Aunque reconoce la libertad de vuelo, el Estado español se reserva el derecho de excluir determinadas zonas por razones de seguridad (art. 9), exige el cumplimiento de la reglamentación nacional de policía y seguridad de la navegación aérea (acorde con la CACI, art. 10) e impone que el primer aterrizaje o el último despegue en territorio español se hagan por un aeropuerto aduanero (art. 2).

Quede claro que únicamente se liberalizó el tráfico internacional no regular de tercera y cuarta libertad. No el de quinta libertad (tomar o dejar pasaje, correo o carga con destino a o procedencia de un tercer Estado), ni el de cabotaje (octava libertad). Insiste sobre ello el Decreto mencionado (art. 2 *in fine*):

"Por consiguiente, se entenderá que las aeronaves extranjeras de tráfico comercial irregular no podrán hacer nunca servicios de cabotaje. Las exclusivamente dedicadas al turismo podrán trasladar solamente sus pasajeros de origen, por todos los aeropuertos españoles abiertos al tráfico civil. En el último aeropuerto español de donde salgan para su país, y que será siempre aduanero, podrán las aeronaves de transporte remunerado o fletado, exclusivamente, tomar carga, correo o pasaje, consignados al mismo, observando los requisitos reglamentarios precisos".

(18) Este Convenio de París fue ratificado por España mediante Instrumento de 10 de mayo de 1957 y entró en vigor tres meses después. En esa fecha también había sido ratificado por Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Suiza y Turquía.

Los supuestos en que se otorga plena libertad de tráfico a las aeronaves de los Estados firmantes son los siguientes:

- a) Los vuelos con fines humanitarios o de carácter urgente.
- b) Los de transporte de pasajeros en servicio de aerotaxi que se efectúen con aeronaves de no más de seis plazas de pasaje y sin que se revenda a terceros parte de esa capacidad.
- c) Los vuelos en que toda la capacidad de la aeronave haya sido arrendada por una sola persona para el transporte de su personal o mercancías sin que revenda a terceros parte de la capacidad.
- d) Los vuelos aislados, entendiéndose por tales los que efectúa quien no tiene derecho a realizar más de un vuelo por mes entre dos centros de tráfico determinados con cualquiera de las aeronaves de que disponga.
- e) Los de transporte exclusivo de mercancías.
- f) Los de transporte de pasajeros entre regiones sin enlace regular razonablemente directo, a menos que el Estado afectado considere que existe perjuicio para los servicios aéreos regulares.

En todos los demás supuestos de tráfico no regular podían los Estados, conforme lo previsto en el art. 5 CACI, imponer las condiciones o restricciones que considerasen oportunas. Pero los firmantes del Convenio de París se obligaron regular uniformemente esas condiciones. Cada Estado debía publicar un reglamento indicando:

- a) La información exigible que, tratándose de un sólo vuelo o de una serie de cuatro vuelos como máximo, no excedería de la siguiente:
 - nombre de la compañía explotadora;
 - tipo de aeronave y marcas de matrícula;
 - fecha y hora de llegada y de partida;
 - itinerario de la aeronave;
 - objeto del vuelo, número de pasajeros y naturaleza y cantidad de la carga que vaya a embarcarse o desembarcarse.
- b) La antelación con la que debían presentarse la solicitud y datos relativos al vuelo pretendido que no excedería de dos días laborales si se tratara de un sólo vuelo o de una serie de cuatro vuelos como máximo; para una serie mayor podía fijarse un plazo más largo.
- c) La autoridad nacional ante la que puede tramitarse el expediente sin utilizar la vía diplomática.

Según el testimonio de algunos autores⁽¹⁹⁾, la Administración española publicó algún tiempo después unas normas detalladas y

(19) En concreto, TAPIA SALINAS, L., *Derecho Aeronáutico*, cit., pág. 328, alude a la publicación de tres Reglamentaciones: una sobre tráfico aéreo no regular interior; otra sobre tráfico aéreo no regular a territorio español; y unas normas sobre vuelos no regulares

completas que daban aplicación al Acuerdo de París. Pero dudo que llegaran a publicarse oficialmente puesto que no he conseguido localizarlas en los habituales repertorios y colecciones normativas. Parece que se trata, pues, de un nuevo ejemplo de la anomia y desorden que caracteriza este sector del ordenamiento administrativo.

Pero sin desconocer que, en los términos apuntados, contribuyera a armonizar la legislación nacional de los Estados contratantes sobre tráfico no regular, no parece que el Acuerdo de París tuviera mucha transcendencia para nuestro ordenamiento. Las condiciones o restricciones que España había impuesto a los servicios no regulares eran escasas, de modo que la firma del Acuerdo citado no supuso cambios relevantes, excepto en lo que se refiere al tráfico no regular de quinta libertad.

Aunque restringida al territorio de los Estados firmantes, esto sí era, realmente, una novedad. En los supuestos mencionados más atrás, los Estados se comprometieron a admitir libremente en su territorio, para el embarque o desembarque de tráfico, las aeronaves de otros Estados firmantes cualquiera que fuera su procedencia o destino. Una aeronave de carga española, por ejemplo, podía embarcar en Francia mercancías con destino a Alemania o cualquier otro país firmante. Esto es, las compañías de los Estados firmantes podían efectuar libremente tráfico de quinta libertad en dichas condiciones. Ciertamente, el ámbito de la quinta libertad no fue muy amplio (circunscrito al territorio de los Estados firmantes y a determinadas modalidades de tráfico no regular), pero constituyó sin duda un paso importante.

El Acuerdo de París en cualquier caso tiene hoy un interés escaso, pues casi todos los países firmantes se hallan actualmente integrados en la Unión Europea, siendo normativa comunitaria la que regula —y ha liberalizado— el tráfico aéreo entre ellos.

Algo menos generosa que el Decreto de 12 de julio de 1946 fue la Ley de Navegación Aérea aprobada en 1960. A causa, probablemente, del auge que estaba experimentando el transporte no regular, la LNA introdujo el requisito de la autorización previa (requisito previsto en el Acuerdo de París que España anteriormente no exigía).

trasatlánticos. De ninguna de estas reglamentaciones —que probablemente debían ser de uso interno— he encontrado rastro oficial, aunque sí aparecen reproducidas en BRAVO NAVARRO, M., *La empresa de navegación aérea y su régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 1972, págs. 79 ss.

En efecto, tanto si se trata de compañías españolas (art. 81) como extranjeras (art. 88), la LNA exige una autorización especial para cada caso, esto es, para cada servicio o viaje. Son, pues, las condiciones y trámites previstos para el otorgamiento de esta autorización por la Administración española los que interesan a nuestro estudio. Y más concretamente, las que se refieren a los servicios extracomunitarios de que ahora nos estamos ocupando.

Como he dicho antes, parece ser que la Subsecretaría de Aviación Civil otorgaba esas autorizaciones conforme lo previsto en una reglamentación interna que no llegó a publicarse oficialmente. Aparte de ella no existen otras normas especiales que regulen este procedimiento autorizador sometido, pues, a las reglas ordinarias de procedimiento administrativo. Así es, pues, como se obtiene el derecho a realizar tráfico no regular de carácter internacional y se autoriza su ejercicio.

3. Las rutas de servicio público.

Según hemos visto, dos principios antagónicos inspiran la regulación del tráfico aéreo atendiendo a su carácter y ámbito: Un principio de reserva pública, que recae sobre el tráfico regular internacional y extracomunitario, y un principio de libertad que ordena el mercado interior y comunitario.

Ahora bien, incluso en este último caso no es plena la renuncia a la idea de servicio público. Aunque las ideas de reserva pública y libertad de empresa sean opuestas (arts. 128.2 y 38 CE), aunque el servicio público constituya una excepción de la libertad y de la competencia, no necesariamente tienen que ser excluyentes ambas realidades. Ciertamente, la reserva integral de un sector al poder público excluye la libertad de empresa (aunque no descarta su gestión indirecta por la iniciativa privada), pero el reconocimiento genérico de ésta, por el contrario, no destierra la existencia de limitaciones al ejercicio de una actividad, ni aun la posibilidad de impedirlo circunstancialmente, según tuvimos ocasión de comprobar. Y si esto es así, no parece tampoco que el reconocimiento genérico de una libertad (la de tráfico aéreo, en este caso) excluya la existencia de reservas singulares o concretas. La reserva, por ejemplo, del tráfico regular sobre determinadas rutas aéreas, según lo previsto en la normativa comunitaria.

En efecto, recurriendo a la noción de servicio público, el R 2408/92 contempla la posibilidad de limitar el tráfico regular sobre determinadas rutas (mediante la imposición de obligaciones concretas relativas a su continuidad, regularidad, capacidad y precios) y aun de

reservarlo a una sola compañía aérea con la finalidad de garantizar la prestación de servicios aéreos.

Tal es el objeto de esta limitación o eventual exclusión singular de la libertad de tráfico fundada, como se comprende, en motivos de interés público legalmente determinados. Motivos en este caso referidos no tanto al desarrollo técnico de la actividad, a la prestación material de los servicios, cuanto a la iniciativa económica que expresan; esto es, a la libertad de empresa y la competencia como manifestación concreta. Libertad que no puede imponerse en perjuicio de otros valores o derechos constitucionales dignos de protección. Por ejemplo, la igualdad (art. 14 CE): la existencia de unas condiciones mínimas y generales que permitan un acceso universal a determinados servicios o prestaciones de carácter esencial. O también otros valores y derechos constitucionales relacionados con actividades o servicios de contenido económico: la libre circulación, la participación política, la salud, el trabajo, el progreso social y económico o el desarrollo regional, por ejemplo, pueden eventualmente depender de la existencia de unos mínimos servicios aéreos (algo evidente en el caso de los territorios insulares) que no pueden quedar enteramente subordinados a la dinámica de la rentabilidad, esto es, del mercado y la competencia.

Es, justamente, la necesidad de evitar que los ciudadanos dejen de tener a su alcance prestaciones que la iniciativa privada no considera rentables pero que tienen carácter esencial, lo que justifica las restricciones de la libertad de empresa y de la competencia, en su caso, cuando llega a declararse la reserva en favor de alguna iniciativa. Esencialidad de los servicios o recursos que en nuestro ordenamiento, recuérdese, es presupuesto o condición de su reserva pública (art. 128.2 CE). Esto no quiere decir que necesariamente deban reservarse todo los servicios o recursos esenciales, sino que puede hacerse, mediante ley, y que la ley puede también imponer otra clase de limitaciones atendiendo esa necesidad pública.

Así, pues, resulta perfectamente compatible con nuestro ordenamiento nacional la previsión comunitaria que autoriza a imponer una "obligación de servicio público" para asegurar un nivel de servicio mínimo allí donde la prestación del servicio aéreo tenga carácter esencial. Pero, ¿cuándo sucede esto?

Las circunstancias en que los Estados pueden imponer estas limitaciones positivas, estas obligaciones de servicio, a las compañías aéreas vienen recogidas en el art. 4 R 2408/92: debe tratarse de servicios aéreos regulares que tengan destino en el aeropuerto de una región periférica o en desarrollo; o que sirvan una ruta de baja densi-

dad con un aeropuerto de categoría regional, cuando el mantenimiento de la ruta se considere esencial para el desarrollo de la región.

Sólo en estos dos casos y sólo en la medida necesaria para garantizar una adecuada prestación de los servicios podrán imponerse a los transportistas limitaciones referidas a la continuidad, regularidad, capacidad o precios del tráfico regular sobre el trayecto de que se trate. Estas obligaciones se rigen, pues, por un principio de proporcionalidad. Y aun antes, por un principio de subsidiariedad: la intervención pública sólo está justificada cuando la iniciativa privada rehúsa efectuar tráfico en las condiciones de continuidad, frecuencia, capacidad o precio que demandan los intereses públicos; sólo procede para imponer un nivel o unas condiciones de servicio "que las compañías aéreas no asumirían si únicamente tuvieran en cuenta su interés comercial".

Principios ambos que postulan una aplicación e interpretación restringida de esta facultad pública y que, en cierto modo, participan del espíritu de una regla tradicional de nuestro ordenamiento (por ejemplo, en la legislación local, art. 84.2 LRBRL y 6 RSCL): que allí donde esté justificada la intervención administrativa se elegirá el medio menos restrictivo de la libertad individual. Algo lógico, por otra parte, si se tiene en cuenta que la libertad de empresa y de tráfico son las premisas actuales de la ordenación del transporte aéreo.

Estamos ante una técnica que combina la libertad de empresa con el servicio público, con un doble resultado: de un lado, hace partícipes a las compañías aéreas que pretendan efectuar tráfico regular sobre una determinada ruta de las necesidades públicas; y de otro, hace partícipe al interés público de la rentabilidad económica del tráfico. Podría haberse buscado otra forma de satisfacer las necesidades públicas (y de hecho hay que hacerlo cuando la rentabilidad es tan escasa que la iniciativa privada no se presta a colaborar), pero de este modo la Administración puede garantizar la prestación de un servicio público sin costes organizativos y sin asumir la titularidad de la actividad. Un objetivo que podría ser un nuevo exponente de la denominada huida del Derecho Administrativo (piénsese, por ejemplo, en las implicaciones de esta técnica desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa).

Lo que se persigue, en cualquier caso, es un nivel de servicio determinado. Pero ¿qué nivel? Para determinar el estándar de prestación que se considere adecuado, el estándar al que obedezca la imposición de obligaciones a las compañías aéreas, los Estados deben considerar (art. 4.1.b R 2408/92):

- el interés público;
- la posibilidad, particularmente en regiones de insulares, de recurrir a otros medios de transporte y la capacidad de éstos para atender las necesidades existentes;
- las tarifas aéreas y las condiciones que puedan proponerse a los usuarios;
- el efecto combinado de todas las compañías aéreas que operen o pretendan operar en la ruta.

Son estos los aspectos a considerar para determinar el estándar de prestación necesario en un trayecto concreto. Establecido dicho estándar, debe contrastarse con el nivel de servicio existente y cuando no se corresponda con aquél podrán imponerse las obligaciones necesarias para remediarlo.

La obligación u obligaciones de servicio público pueden referirse a la continuidad (exigiendo, por ejemplo, que las compañías aéreas que pretendan prestar el servicio depositen una garantía que asegure su mantenimiento durante un periodo de tiempo determinado —así lo admite el art. 4.1.c R 2408/92, para las situaciones en que por otros medios de transporte no pueda asegurarse un servicio adecuado e ininterrumpido—), a la frecuencia de los vuelos, a la capacidad ofrecida (sea de carga o pasaje, en términos globales o por vuelos o series de vuelos), al precio (fijando los máximos, por ejemplo). Pero no parece, sin embargo, que puedan afectar a las condiciones propuestas a los usuarios, o sea, a los términos o flexibilidad del billete: la normativa comunitaria no contempla expresamente una limitación referida al contrato de transporte y teniendo en cuenta su carácter limitador parece imponerse una interpretación restrictiva que deje a salvo dicho elemento.

La adopción de estas medidas requiere la previa consulta de los Estados interesados (esto es, en o entre los que se efectúe el transporte) y haber informado a la Comisión, la cual publicará en el DOCE la existencia de esa misión u obligación de servicio público. Para continuar o iniciar sus operaciones en la ruta afectada las compañías autorizadas deberán cumplir las medidas impuestas, siendo libres de abandonar la ruta si no les interesa (con pérdida, en su caso, de la garantía que pudiera haberles sido exigida para asegurar la continuidad del servicio en trayectos donde no existan medios alternativos de transporte, según vimos —art. 4.1.c R 2408/92—). Las compañías que prestan servicio en los términos de la misión de servicio público únicamente podrán hacer ventas sólo asiento, considerándose de carácter regular el tráfico que efectúen (art. 4.1.j R 4208/92).

Si ninguna compañía aérea estuviere interesada en efectuar el transporte con las condiciones impuestas por la misión de servicio público, el Estado podrá reservar la ruta temporalmente en favor de una sola compañía. Esto, a menos que otro Estado proponga una alternativa satisfactoria para cumplir dicha misión (art. 4.1.k R 2408/92); o que la capacidad ofertada supere las 30.000 plazas anuales y existan otros medios de transporte que puedan garantizar un servicio adecuado e ininterrumpido (art. 4.2 R 2408/92).

La reserva del servicio está prevista en el art. 4.1.d R 2408/92:

“Si ninguna compañía aérea hubiere iniciado o estuviere por iniciar servicios aéreos regulares en una ruta de conformidad con las obligaciones de servicio público que se hayan establecido para dicha ruta, el Estado miembro podrá limitar el acceso a dicha ruta a una sola compañía aérea durante un periodo de hasta tres años, transcurrido el cual la situación deberá volver a estudiarse.

El derecho a explotar tales servicios se ofrecerá mediante licitación pública de forma individual o para un grupo de tales rutas a cualquier compañía comunitaria que tenga derecho a realizarlo...”

Más que de una limitación se trata, como digo, de una reserva pública del servicio cuya gestión indirecta es preferente, aunque la Administración podría asumir por sí misma la prestación del servicio si ninguna compañía tuviera interés en hacerlo.

El servicio reservado debe ser, pues, objeto de pública licitación, a cuyos efectos se anunciará en el DOCE la apertura del procedimiento correspondiente. El plazo de presentación de solicitudes no podrá ser inferior a un mes (contado desde el día de la publicación oficial) y se dará cuenta inmediata de las que se presenten a la Comisión y a los Estados interesados.

El anuncio dará cuenta de las condiciones del subsiguiente contrato que se referirá (art. 4.1.e y f R 2408/92):

- a los niveles de servicio requeridos por la obligación de servicio público;
- al importe de la compensación que deba aportar el Estado, en su caso;
- las reglas relativas a la modificación y finalización del contrato, en particular, con el fin de tener en cuenta cambios imprevisibles;
- la duración del contrato;
- las penalizaciones en caso de incumplimiento.

La adjudicación se efectuará lo antes posible, pero no antes de haber transcurrido dos meses del término del plazo para presentar

solicitudes, con el fin de permitir que otros Estado puedan formular observaciones (art. 4.1.g R 2408/92). La decisión tendrá en cuenta “la adecuación del servicio ofrecido, y los precios y condiciones que pueden proponerse a los usuarios, y el coste de la compensación que sea necesario aportar por el Estado o Estados miembros interesados, si fuese necesario” (art. 4.1.f R 2408/92).

La compañía adjudicataria deberá efectuar el servicio en las condiciones exigidas pudiendo recibir del Estado una compensación por los gastos que les ocasione el cumplimiento de la obligación de servicio público; para la determinación del importe de esta compensación se tendrán en cuenta todos los gastos e ingresos generados por el servicio (art. 4.1.h R 2408/92).

A tenor de los preceptos que acabo de reproducir, parece posible concluir que estamos, en realidad, ante un contrato de gestión de servicio público: éste vendría determinado por la declaración de la misión de servicio público (que haría las funciones de reglamento del servicio) y aquél se caracterizaría por su objeto peculiar (tráfico aéreo regular), su duración (máxima de tres años) y por algunas reglas de adjudicación particulares (plazos, publicidad, deberes de comunicación a otros Estados). En lo no previsto por la normativa comunitaria habría que aplicar, en consecuencia, la legislación de contratos nacional (arts. 5.2.a y 7 LCAP)⁽²⁰⁾. De ella se deduce, pues, la competencia para adjudicar este contrato que correspondería al Ministro y al Secretario de Estado de Infraestructuras y Transporte, órganos ordinarios de contratación (art.12.1 LCAP). La LCAP admite la desconcentración (en favor, por ejemplo, de la Dirección General de Aviación Civil) mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no me consta que se haya producido.

Desde esta misma óptica competencial, por cierto, también interesa determinar a quién corresponde establecer o declarar las obligaciones de servicio público en nuestro país. Parece que se trata, desde luego, de una competencia estatal (art. 149.1.20ª CE). Ciertamente, el tráfico al que se refiere las obligaciones de servicio público es de orientación regional (se refieren a servicios con “un aeropuerto que sirva a una región periférica o en desarrollo”, o sobre rutas con baja densidad de tráfico que sirvan a “un aeropuerto regional”, que se consideren esenciales “para el desarrollo económico de la región”) y entre las competencias autonómicas suele incluirse la del “fomento

(20) No obstante, habida cuenta de las peculiaridades de esta modalidad contractual, quizás pudiera también calificarse como contrato administrativo especial (art. 5.2.b LCAP), en cuyo caso el régimen jurídico resultante estaría contemplado en el art. 8 LCAP.

del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma" (art. 148.1.13ª CE), pero lo habitual es que los servicios afecten a más de una Comunidad Autónoma o incluso a otro Estado. Atendiendo a este dato, al hecho de que los servicios no sean de interés exclusivamente regional, parece lógica la designación competencial en favor del Estado, aunque los principios de lealtad institucional y de colaboración que rigen las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas obligan también a considerar la opinión de éstas. Este es, por cierto, el criterio seguido por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, cuando encomienda al Gobierno de la Nación que, *previa audiencia de los Gobiernos de Canarias y Baleares*, declare las obligaciones de servicio público que considere oportunas respecto del tráfico insular de los archipiélagos con el territorio peninsular (art. 103, aplicable también a Ceuta y Melilla).

La atribución al Estado de la competencia es más discutible, políticamente al menos, cuando se trata de servicios puramente regionales (estoy pensando en Andalucía, por ejemplo, cuya dimensión territorial sí permite pensar en servicios aéreos de interés exclusivamente autonómico; o en las regiones insulares). Pero tratándose de servicios de transporte aéreo, el art. 149.1.20ª CE no deja lugar a dudas sobre la titularidad estatal de la competencia.

Lo que parece evidente, en cualquier caso, es que esos mismos principios de lealtad institucional y de colaboración aconsejan la existencia de cauces o procedimientos de consulta, más o menos formalizados, entre las Administraciones estatal y autonómicas que permitieran valorar las necesidades e intereses regionales en esta materia. De hecho, la única declaración de obligaciones de servicio público realizada en nuestro país, referida al tráfico de las Islas Canarias y contenida en Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998, contempla la creación de una Comisión Mixta paritaria (con tres representantes autonómicos y tres del Ministerio del Fomento) para supervisar la evolución de los servicios y necesidades y emitir informes y propuestas al respecto.

Dentro de la Administración del Estado, todo parecía indicar que, cubierta la reserva de ley por los reglamentos comunitarios que detallan las condiciones bajo las que podrán declararse estas obligaciones o misión de servicio público, era la Dirección General de Aviación Civil el órgano competente para hacerlo sobre una ruta o servicios concretos. Así cabía pensarlo a la luz del art. 6 RD 1886/96, de 2 de agosto, que establece la estructura básica del Ministerio de Fomento y que atribuye a la Dirección citada las funciones de "ordenación e inspección de las actividades comerciales del transporte aéreo y de los

trabajos aéreos, así como el establecimiento de los derechos de tráfico...", encomendando su ejercicio material a la Subdirección General de Explotación del Transporte Aéreo (art. 6.3 RD 2-VIII-1996).

Pero el hecho de que la primera declaración de esta naturaleza se haya encomendado al Gobierno de la Nación y mediante ley (la citada Ley 66/1997) pone en cuestión la conclusión anterior y aun parece que responde a la idea de que es necesaria una previa y expresa habilitación legal para cada caso. Esto último quizá pensando que, al tratarse de restringir o incluso excluir la libertad de empresa, la normativa comunitaria no satisface enteramente el principio constitucional de legalidad (art. 128.2 CE).

A los órganos ministeriales antes citados corresponde supervisar, en cualquier caso, el cumplimiento de las condiciones impuestas y sancionar las infracciones que cometan las compañías aéreas, comprobar que subsisten las circunstancias y necesidades de interés público que justificaron la declaración de la obligación de servicio público y, en su caso, revisar sus términos que han respetar, recordémoslo, los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (art. 4.1.i R 2408/92).

Todo ello, sin perjuicio de los cauces nacionales de impugnación de las decisiones que tome la Administración sobre el particular, o del procedimiento comunitario de control: la Comisión, por iniciativa propia o petición de cualquier Estado que considere injustificada la obligación de servicio público, llevará a cabo la investigación oportuna adoptando una decisión en plazo no superior a dos meses. Comunicada la decisión al Consejo y los Estados, éstos podrán recurrir ante aquél en el plazo de un mes. El Consejo puede adoptar, por mayoría cualificada, una decisión distinta en el plazo de un mes (contra la que, lógicamente, podrá recurrirse ante el TJCE).

4. Las tarifas aéreas

Aunque los arts. 101 y 104 LNA prevén la aprobación ministerial de las tarifas de transporte de pasaje y carga, también en este punto ha sido superada la mencionada norma, sobre todo por el Derecho Comunitario. Por eso, para analizar la intervención administrativa de los precios del transporte aéreo, nuevamente es preciso distinguir el carácter y ámbito territorial del tráfico.

Recordemos que el tráfico con países no comunitarios está sometido al Derecho Internacional, a los tratados multilaterales o bilaterales celebrados por España que sean de aplicación de acuerdo con la naturaleza del tráfico.

Tratándose de servicios regulares, la bilateralidad es regla general y casi todos los convenios suscritos por España (como todos los que tienen por modelo el Acuerdo de Bermudas) siguen un mismo criterio⁽²¹⁾: las tarifas deben estar en niveles razonables y responder al coste de la explotación, al margen de beneficio razonable, a las características del servicio (velocidad, confort, flexibilidad) y a los precios aplicados por otras compañías aéreas. La elaboración concreta de las tarifas se encomienda a las compañías designadas que normalmente aplicarán las resoluciones tarifarias resultantes del procedimiento para la elaboración de tarifas de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional. Así se prevé en la mayor parte de los convenios, aunque éstos a veces también autorizan a las compañías a alcanzar un acuerdo directo previa consulta de otras empresas que operen en la ruta. Los precios pactados por cualquiera de esas dos vías, deben luego superar un trámite de aprobación por cada uno de los Estados afectados en los términos previstos por el acuerdo bilateral aplicable (en el caso español, parece que la competencia aún corresponde al Ministro del Fomento, según se infiere de los citados arts. 101 y 104 LNA). Este trámite suele superarse sin dificultad porque en la IATA, junto con las compañías aéreas, participan los propios Estados. La alteración de las tarifas así pactadas (ofreciendo descuentos o mejorando la flexibilidad o condiciones, por ejemplo) constituye un supuesto de competencia desleal que la IATA puede investigar y sancionar, en su caso, sin perjuicio de otras responsabilidades en que la compañía pueda incurrir a tenor de la legislación nacional.

Distinto es el caso de las tarifas por servicios no regulares para las que existe mayor libertad: no siendo necesaria normalmente, recordémoslo, autorización para efectuar los vuelos, tampoco las tarifas requieren la aprobación previa de los Estados, ni de organismo internacional alguno.

Por lo que se refiere al tráfico nacional o comunitario, regular o no, hubo un complejo proceso que condujo a la liberalización del precio de los pasajes y fletes aéreos. Así, el Reglamento del Consejo 2409/92, de 23 de julio, dejó a la ley de la oferta y la demanda, a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes del transporte, la fijación de las "tarifas de fletamento y los fletes de asientos y carga cobrados por las compañías aéreas comunitarias" (art. 3), haciendo innecesario su previo registro aunque obliga a informar de los precios al público que lo requiera (art. 4). Igualmente libre se dejó la fijación

(21) Véanse, por ejemplo, los Acuerdos celebrados con Indonesia, de 5 de octubre de 1993 (art. 10), Egipto, de 12 de marzo de 1991 (art. 6), o Nicaragua, de 24 de julio de 1992 (art. VII).

de las demás clases de tarifas aéreas (art. 5), si bien se permitió a los Estados exigir su previo registro administrativo con una antelación de hasta 24 horas antes de su entrada en vigor (incluido un día laborable)⁽²²⁾.

En aplicación de la citada norma comunitaria, que deja lógicamente sin efecto la LNA (arts. 101 y 104) en el ámbito comunitario, en España se dictó la OM de 29 de diciembre de 1992 luego sustituida por otra de 27 de noviembre de 1997, que es la que regula actualmente, junto con la autorización para la prestación de servicios aéreos, el registro de las tarifas.

Las compañías aéreas comunitarias, en efecto, deben comunicar a la Dirección General de Aviación Civil las tarifas de los servicios regulares que efectúen dentro de España o entre ésta y cualquier país comunitario (art. 5.1). La comunicación se hará con una antelación mínima de 24 horas a la fecha de entrada en vigor de las tarifas, plazo para cuyo cómputo no se tendrán en cuenta los días festivos. Será suficiente una simple notificación previa, aun sin dicha antelación, cuando la nueva tarifa iguale otra anteriormente existente.

La comunicación de las tarifas incluirá los siguientes datos (art. 5.2 OM 27-XI-1997):

- Nombre de la compañía aérea (indicando su código o número de acreditación, domicilio social, teléfono, fax o télex).
- Número y referencia del registro de tarifas.
- Ruta por la que se efectúa el servicio (desde, hacia o entre).
- Tipo de tarifa (código).
- Alcance del servicio (lo que la normativa denomina -ireccionalidad-, esto es, si el importe cubre sólo la ida o es de ida y vuelta).
- Nivel o precio de la tarifa.
- Período de aplicación de la tarifa en cuestión.
- Condiciones de estancia (mínima y máxima) o flexibilidad (cualquier otro requisito específica de la tarifa -dos por uno, pago sobre reserva, embarque inmediato, etc.-).
- Fecha de entrada en vigor de la tarifa y fecha de expiración.

El reglamento confiere carácter provisional a este deber de previa comunicación pues advierte que podrá suprimirse "cuando la evolución del mercado y la aplicación de nuevas técnicas en los sistemas de

(22) Hasta el 1 de abril de 1997 dicho plazo podía ser mayor, pero nunca superior al mes, respecto de las tarifas referidas a rutas nacionales operadas por una única compañía de ese mismo Estado (por ejemplo, una ruta nacional operada únicamente por Aviaco).

distribución de tarifas permitan conocer, en tiempo real, las tarifas efectivamente practicadas". Cuando así sea, la Dirección General de Aviación Civil podrá acordar la exención mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado.

En aplicación, también, del R 2409/92, la OM de 27 de noviembre de 1997 otorga a la Dirección General de Aviación Civil la potestad de limitar la libertad de precios reconocida a las compañías. Puede, en efecto, impedir reducciones excesivas de los precios o retirar tarifas excesivamente elevadas. A ello se refiere el art. 6 que advierte sobre la finalidad de esta intervención: la defensa de los usuarios y del sector. En concreto, la Administración puede:

"a) Retirar una tarifa básica que, teniendo en cuenta la estructura global de tarifas para la ruta en cuestión, así como otros factores pertinentes, incluida la situación de competencia en el mercado, sea excesivamente elevada en perjuicio de los usuarios, en relación con los costes correspondientes globales a largo plazo de la compañía aérea, incluido un margen de beneficio satisfactorio.

b) Impedir nuevas reducciones de precios en un mercado, ya sea en una ruta o en un grupo de rutas, cuya dinámica haya producido un descenso continuado de las tarifas aéreas que se desvíe de manera significativa de las variaciones de precios estacionales normales y que origine pérdidas generalizadas en los servicios aéreos de que se trate, teniendo en cuenta los costes correspondientes globales a largo plazo de las compañías aéreas".

Otro supuesto de intervención es, obviamente, el de las tarifas por servicios aéreos regulares afectados por una obligación de servicio público. Según lo estudiado en su momento, las limitaciones impuestas al ejercicio del tráfico aéreo regular en virtud del mencionado título pueden también referirse al precio del transporte.

La OM 27-XI-1997 recuerda, por último, el deber que recae sobre las compañías aéreas de facilitar cuantos datos e información resulten necesarios para conocer la situación de los precios en el mercado (DA 3ª).

* * *

En los términos explicados, pues, la prestación de servicios de transporte aéreo se halla sometida al control o intervención de la Administración. No piense el lector, sin embargo, que el estudio está completo. Deja de lado asuntos como el estatuto del pasajero, sea el consumidor o el usuario de un servicio público, si viene al caso; la utilización de las infraestructuras, en algunos casos saturadas; el otorgamiento de ayudas públicas a los transportistas aéreos, eventual-

mente contrarias a la libre competencia; o los servicios de asistencia en tierra, hasta hace bien poco monopolizados. En estos y otros ámbitos, algunos fuente actual de polémica, sigue siendo fundamental el papel de la Administración; seguirá existiendo una ordenación o régimen administrativos, por más que avance la liberalización —que no la desregulación— del sector del transporte aéreo. Confíemos en que tales aspectos, objeto también del Derecho Administrativo, puedan recibir pronto el estudio que merecen.