

LA LICENCIA DE TRANSPORTE AEREO

Por

MARCOS GÓMEZ PUENTE

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Rioja

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.—2. LA NORMATIVA APLICABLE: LA PROBLEMÁTICA INTEGRACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.—3. LA AUTORIZACIÓN O LICENCIA DE EXPLOTACIÓN: ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE TRANSPORTISTA AEREO: A) *Requisitos personales o subjetivos*. B) *Requisitos técnicos u objetivos*: a) Las aeronaves: su disponibilidad y registro. b) El certificado de operador aéreo. C) *Requisitos formales*.—4. EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN.—5. LA EFICACIA AUTORIZANTE DE LA LICENCIA. FACULTADES Y DEBERES DEL TRANSPORTISTA AEREO.—6. SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE TRANSPORTISTA AEREO.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Entre las manifestaciones posibles del genérico y fundamental derecho a la libertad que toda persona tiene reconocido (art. 17 CE) cabe situar la libertad de volar. Una libertad de carácter tecnológico —y por tanto social, no natural—, cuyo contenido normal o lícito resulta de las condiciones, sobre todo técnicas, que el vuelo o la navegación aérea exigen y de las prohibiciones, de carácter propio, permanente o estable, que esta actividad lleva implícitas. Y así definido su contenido, sobre el ejercicio de esa libertad recaen además, con fundamento diverso, otras restricciones o limitaciones de carácter sólo circunstancial; esto es, que rodean, afectan a o condicionan el desarrollo de la actividad al margen de su contenido necesario, permanente o normal.

Entre las últimas citadas se hallan las impuestas al ejercicio de la navegación aérea cuando ésta tiene por objeto el transporte de cosas o personas (el transporte público, sobre todo; esto es, el realizado como objeto, principal o accesorio, de una actividad empresarial). Un objeto económico que sobre la perspectiva general de la libertad de vuelo, con sus límites propios y sus limitaciones externas, introduce un nuevo enfoque, el de la intervención pública sobre la actividad económica, que añade otras prohibiciones, cargas y obligaciones al ejercicio de esa actividad.

No parece aquí necesario recalcar en los fundamentos y modalidades, según su forma e intensidad, de la intervención pública de la economía (1). En realidad, el Estado nunca ha sido indiferente al de-

(1) La bibliografía sobre el particular es abundante. Entre la más relevante cabe ci-

sarrollo y actividad económicos de la sociedad que le sustenta. Las relaciones económicas son también una forma o manifestación de poder y por eso atraen el interés, recíproco, de la organización política. Si la constitución política de un Estado es el resultado de los valores y principios imperantes en una sociedad, encuentra también en ellos explicación su constitución económica. Y por eso mismo no quedan excluidas las relaciones económicas cuando se formalizan dichos valores y principios, esto es, cuando se somete el Poder al Derecho y la organización política a reglas jurídicas.

La mayor parte de las Constituciones formales albergan, por consiguiente, un conjunto de principios o reglas jurídicos que sitúan la actividad económica de los particulares y del Estado; unas normas básicas que proporcionan «el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico» (2) (en idéntico sentido, la STC 1/1982, de 28 de enero).

Tales reglas, obedientes en nuestro ordenamiento a la concepción social del Estado de Derecho (3), son las que enmarcan la interven-

tar, sin ánimo exhaustivo, M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; G. ARIÑO ORTIZ, «Artículo 128», en *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigido por O. ALZAGA, t. X, EDESA, Madrid, 1985; *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993; *De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas*, núm. 138 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1995, págs. 7 ss.; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966; M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica: lezioni*, Laterza, Roma, 1995; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Empresa pública y servicio público: el final de una época*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 89, enero-marzo 1996, págs. 37 ss.; M. GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, dirigida por M. RAMÍREZ, Pórtico, Zaragoza, 1979, págs. 27 a 53 (también en *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, t. III, págs. 2853 y ss.); F. GARRIDO FALLA (dir.), *El modelo económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981 (2 vols.); D. LÓPEZ GARRIDO, *Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 15, mayo-agosto 1993, págs. 79 y ss.; J. A. MANZANEDO MATEOS, J. HERNANDO Y E. GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho Administrativo económico*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1970; R. MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la economía*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1985; *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988; L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, enero-diciembre 1983, págs. 2471 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, vol. I; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1988; A. ROJO, *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, «Revista de Derecho Mercantil», núms. 160-170, julio-diciembre 1983, págs. 309 a 344.

(2) M. GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, cit., pág. 29.

(3) También es extensa la bibliografía sobre este modelo estatal; véanse, sin ánimo exhaustivo, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid,

ción pública en la economía; las que perfilan los límites y presupuestos de esta intervención de cuya intensidad y forma dependerá el modelo económico resultante, puesto que la Constitución no impone un modelo concreto, aunque, ciertamente, sí parece excluir algunos. El marco económico que la Constitución prefigura jurídicamente es muy flexible en lo que respecta a la actuación de los poderes públicos y puede acoger modelos económicos propugnados por opciones ideológicas o políticas diferentes. Pero no cualquier modelo, como digo, porque también hay límites: los que impone el respeto a los principios y valores que informan la constitución económica (la propiedad, la libertad de empresa, la concurrencia, la iniciativa pública, la unidad de mercado...) y que, según vimos, están estrechamente vinculados a los de carácter político. Por eso no comparto la idea, defendida por algunos autores (4), de la neutralidad económica de la Constitución, lo mismo que debe rechazarse, pero esto nadie lo ha puesto en duda, la idea de su neutralidad política.

Por lo tanto, en el mencionado marco de flexibilidad, la intervención pública sobre la actividad económica puede tener lugar bajo formas e intensidad variables. Una intervención pública cuyo instrumento o protagonista principal es la Administración y que, por ello, viene ordenada por el Derecho Administrativo —por el Derecho Administrativo económico—, que pone a su alcance técnicas jurídicas diversas para llevarla a cabo, aunque a veces la Administración también recurre a fórmulas jurídico-privadas. Diferentes formas de la acción administrativa económica (policía, planificación, fomento, reserva o servicio público...) que se manejarán de acuerdo con los objetivos definidos y el modelo económico elegido pero que, como simples instrumentos jurídico-formales, son combinables y normalmente intercambiables.

La actividad de transporte aéreo, en el tránsito por modelos económicos diversos, ha conocido casi todas esas modalidades. Desde la inicial reserva al sector público hasta su actual entrega a la iniciativa particular, por decisión del legislador nacional o por exigencias, ahora, del ordenamiento comunitario europeo.

1983; J. PÉREZ ROYO, *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 10, enero-abril 1984, págs. 157 y ss.; M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 1988; W. ABENDROTH, K. DOEHRING y E. FORSTHOFF, *El estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, 4.ª reimp., Tecnos, Madrid, 1991; G. A. RITTER, *El Estado social: su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; F. GONZÁLEZ NAVARRO, *El estado social y democrático de Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992; M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, cit.

(4) Por ejemplo, M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, cit., págs. 91 ss.

Sin perjuicio de la reserva ocasional al sector público, mediante ley, de algunos recursos o servicios esenciales, o de la participación o iniciativa pública (art. 128.2 CE), hoy es la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» la que preside el desarrollo de la actividad económica en general (art. 38 CE). Y en esta tendencia general, tras una paulatina liberalización del sector propugnada también desde fuera, por las instancias europeas, ha quedado incluido el transporte aéreo.

Por consiguiente, antes de examinar el régimen jurídico-administrativo de esta actividad, no viene mal hacer un breve recordatorio del significado general y contenido de la libertad que proclama el artículo 38 de nuestra Constitución (5):

«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»

Así, pues, lo que la libertad de empresa garantiza es la iniciativa de los particulares para emprender y desarrollar una actividad económica —dicho sea, de producción o cambio de bienes y servicios— de forma profesional u organizada (6). Una iniciativa individual que puede referirse al establecimiento de la empresa, a su organización o funcionamiento y a su cierre. Y tales son los ámbitos de decisión en los que la libertad de empresa viene a garantizar, dentro de unos límites [los de la economía de mercado —defensa de la competencia (7)— y la ordenación y planificación general de la economía], el

(5) Sobre la libertad de empresa pueden verse, además de la bibliografía general citada en la nota 1, *La empresa en la Constitución española*, obra colectiva, Aranzadi, Pamplona, 1989; G. ARIÑO ORTIZ, «Servicio público y libertad de empresa. La delegación del Gobierno en el sistema eléctrico», en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis VILLAR PALASI*, Civitas, Madrid, 1989; *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995; E. MALARET I GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991; J. M. MARTÍNEZ VAL, «Artículo 38», en los *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigido por O. ALZAGA, EDESA, Madrid, 1983, t. III; F. OSSENBUHL, *Las libertades del empresario en la Ley Fundamental de Bonn*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 32, mayo-agosto 1991, págs. 9 y ss.

(6) Tal es el concepto de empresa que la doctrina suele manejar; por ella, R. URÍA GONZÁLEZ, *Derecho Mercantil*, 20.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 35 a 39, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 18.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995, págs. 55 ss.

(7) Véanse las SSTC 88/1986, de 1 de julio (la defensa de la competencia aparece así «como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste», FJ 3.º); 225/1993, de 8 de julio, y 228/93, de 9 de julio («El princi-

albedrío o autonomía de la voluntad individual. Por eso, siguiendo a A. ROJO (8), en el contenido esencial de la libertad de empresa quedan integrados la libertad de acceso al mercado (sin perjuicio de que puedan quedar fuera de él determinados sectores —art. 128.2 CE—), el libre ejercicio de la empresa (sin perjuicio de su intervención excepcional por razones de interés general —también prevista en el art. 128.2 CE—) y la libertad de cese o salida del mercado.

En línea con lo dicho, además de la STC 83/1984, de 24 de julio, merece la pena destacar la S. 225/1993, de 8 de julio, que se refiere al contenido de la libertad de empresa diciendo que comprende el derecho de

«iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general».

Tal es el contenido esencial de esta libertad que, como todos los otros derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos y cuyo ejercicio sólo podrá regularse por ley que deberá respetar en todo caso aquel contenido (art. 53.1 CE).

Se parte, pues, de un principio general de libertad en cuya virtud pueden los ciudadanos realizar toda clase de actividades económicas y únicamente por ley pueden restringirse, limitarse o excluirse éstas

pio de libertad de empresa no se ve atacado, sino respaldado, por las normas que integran el Derecho de la libre competencia y el de la competencia desleal. El principio de libertad de empresa puede ser objeto de restricciones y modulaciones diversas, siempre que se respete la unidad de mercado y la igualdad básica de los españoles», FJ 5.º).

(8) *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, cit., pág. 319 y ss.

(según reitera el art. 128.2 CE). Pero esta reserva de ley, como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, no excluye la intervención del reglamento siempre que cuenten con la suficiente —no puramente formal, pues— habilitación legal (9).

Una intervención muchas veces necesaria, por diversos motivos (contenido técnico de las normas, contingencia o mutabilidad del interés público, rápida evolución del mercado o la actividad), cuando se trata de ordenar una realidad o actividad económica, pero que no puede ni debe producirse, como con alguna frecuencia sucede en este ámbito (10), al margen de la ley («el principio de legalidad —ha

(9) Por ejemplo, la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4.º:

«Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. *El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.*

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que puedan resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento o regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada; esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.»

En el mismo sentido, entre otras, las SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 42/1987, de 7 de abril.

Sobre la relación entre la ley y el reglamento en los ámbitos reservados a aquélla, véanse J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, núms. 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre 1983, vol. I, págs. 471 a 507; J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, núm. 116 de esta REVISTA, mayo-agosto 1988, págs. 65 a 108; R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988; J. M. BASSO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991; «Los ámbitos del reglamento independiente», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, págs. 421 ss.; M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*, núm. 125 de esta REVISTA, mayo-agosto 1991, págs. 7 a 174.

(10) En materia técnica y económica ha sido habitual el ejercicio independiente de la potestad reglamentaria y el principio de reserva de ley no siempre se ha exigido con el rigor que impone el artículo 53.1 CE (como dan muestra las SSTS de 8 de junio de 1982 [Arz.

dicho el TC— impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal»; S. 83/1984, de 24 de julio). Por consiguiente, el principio de reserva de ley que ampara la libertad de empresa proscribire el ejercicio independiente —sin una suficiente habilitación legal— de la potestad reglamentaria para imponer restricciones o condiciones o para impedir la realización de actividades económicas. Esta prohibición, que cuenta con el respaldo de la jurisprudencia (11), deberemos tenerla presente, pues, al examinar la normativa reguladora del acceso al mercado del transporte aéreo.

Pero tampoco la ley lo puede todo, pues además de respetar el contenido esencial de la libertad de empresa, la ordenación legal de ésta o su exclusión tiene otros límites. De un lado están las exigencias de la economía general y de la planificación (arts. 38.1 y 131 CE), así como el carácter esencial de la actividad o recurso económico de cuya reserva se trate (art. 128.2 CE), sin olvidar el necesario respeto de la propiedad (art. 33 CE). Y de otro, aun siendo menos explícitos, los límites que se infieren de la libertad como valor superior que preside nuestra Constitución (art. 1.1 CE) y del que emana la libertad de empresa. De acuerdo con S. MARTÍN-RETORTILLO, la intervención pública sobre esta libertad, como sobre todos los derechos que derivan del genérico derecho de libertad, debe inspirarse en los principios de limitación mínima o indispensable (carácter restrictivo de las medidas limitativas), proporcionalidad o congruencia con sus fines e igualdad respecto de sus destinatarios (12).

Y lo dicho vale tanto en el plano de la acción legislativa como de la administrativa, ambas vinculadas, en el plano nacional o interno quiero decir (no olvidemos la incidencia del ordenamiento comunitario), a la esfera competencial del Estado. Aunque diversos títulos competenciales garanticen la intervención de las Comunidades Autónomas en la actividad económica, obviamente con respeto de la libertad de empresa y del principio de unidad de mercado, cuando se trata de la empresa de transporte aéreo son muy reducidas las posibilidades de actuación autonómica porque estamos ante una materia de la competencia exclusiva del Estado.

En efecto, a él compete «el control del espacio aéreo, tránsito y

3621] y 20 de septiembre de 1983 [Arz. 4524]). Sobre esta circunstancia, véanse J. NÚÑEZ NÚÑEZ, *Libertad de empresa y reserva de ley*, «Poder Judicial», núm. 3, 1986, págs. 145 a 150; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, cit., págs. 157 a 165.

(11) Véanse, por ejemplo, las SSTs de 16 (fabricación de pan), 22 de junio (prohibición de editar periódicos los lunes) o 17 de noviembre (apertura de panaderías) de 1981 [Arz. 2925, 210 y 340, respectivamente], 21 de enero de 1982 (establecimiento de estaciones de servicio) [Arz. 198] y 21 de febrero de 1984 (apertura de café) [Arz. 2442].

(12) S. MARTÍN-RETORTILLO BAOLER, *Derecho Administrativo económico*, cit., t. I, págs. 171 a 176.

transporte aéreo» (art. 149.1.20 CE), título competencial cerrado, sin concesiones, que incluye tanto la ordenación de la actividad de transporte aéreo propiamente dicha como la de los aspectos económicos o empresariales de esta actividad, esto es, de la libertad de empresa en el sector.

Porque la realidad del transporte aéreo encierra, en efecto, esta doble dimensión. Aunque guarden íntima relación, una cosa es el objeto de la actividad (las condiciones técnicas u operativas en las que se vuela y se trasladan cosas o personas por medio de aeronaves) y otra su contenido o significación económica, de modo que son diversos los intereses que justifican o fundamentan la intervención pública. En el primer caso, ésta recae sobre la actividad propiamente dicha y atiende a razones diversas (de seguridad, de medio ambiente, de policía, de defensa...) sólo indirectamente relacionadas con la proyección económica de la actividad. En el segundo, en cambio, es esta proyección la que prima y determina la intervención pública, que no recae tanto en la actividad cuanto en la empresa que representa. Y esta condición de agente económico es la que se tiene en cuenta y ordena, con respeto de la libertad de empresa, a tenor de las exigencias de la economía general (defensa de la competencia, fomento, planificación, productividad, crecimiento económico...). Por eso mismo, la regulación u ordenación de aquel objeto no afecta necesariamente a las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa. Esto es, la ordenación del transporte aéreo no es necesariamente ordenación de la libertad de empresa ni cuenta, por ello, con los límites o garantías de que disfruta ésta (en este mismo sentido, por lo que se refiere a la ordenación del transporte por carretera, puede verse la STC 83/1984, de 24 de julio). Los problemas surgen, obviamente, cuando el fundamento u objeto de la intervención no está claro o cuando se invocan razones extraeconómicas para encubrir limitaciones de la libertad de empresa y vulnerar las garantías que le amparan.

Esta doble perspectiva, sin perjuicio de la exclusividad antes enunciada, matiza el alcance de la competencia estatal en materia de transporte aéreo. En el primer plano, las Comunidades Autónomas carecen por completo de poderes para ordenar o intervenir en el tránsito o el transporte aéreo; sólo indirectamente, si tuvieran asumidas competencias sobre aeropuertos con tráfico que no fueran de interés general (algo excepcional, pues lo son todos los abiertos al tráfico comercial ordinario), podrían tener alguna incidencia sobre dicho transporte (13). Pero en el segundo plano, en el de la empresa

(13) Véase la STC 68/1984, de 11 de junio, que resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por Cataluña en relación con el RD 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre

de transporte aéreo, algún margen de intervención queda a las Comunidades Autónomas en virtud de títulos generales, de carácter residual o marginal («fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma...», art. 148.1.13.^a CE), o colaterales («promoción y ordenación del turismo», art. 148.1.18.^a CE), de los que se ha hecho uso en alguna ocasión (14).

En fin, después de estas reflexiones previas de carácter general en torno al significado de la libertad de empresa, ya creo que estamos en condiciones de examinar el régimen jurídico público de la empresa de transporte aéreo.

2. LA NORMATIVA APLICABLE: LA PROBLEMÁTICA INTEGRACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Como he dicho antes, el transporte aéreo no está ya reservado al poder público. Se trata de una actividad cuyo desarrollo espontáneo, por iniciativa particular, ampara la libertad de empresa, sin perjuicio de las limitaciones que exija el interés público (económico o de otro tipo) y de la eventual concurrencia de la iniciativa pública, que actuará en dicho sector del mercado como un agente más, sin privilegios de cualquier clase que puedan resultar nocivos o contrarios a las exigencias del principio de libre competencia, elemento integrante de la «libertad de empresa en una economía de mercado» (art. 38 CE).

A la situación actual hemos llegado desde la total «publicación» de la actividad, después de una progresiva liberalización de cuyos últimos pasos ha sido responsable el ordenamiento comunitario europeo (15). En la ordenación legal del acceso a la actividad del transporte aéreo ha sido decisiva, en efecto, la influencia del Derecho Comunitario.

La liberalización del transporte aéreo, la armonización de las legislaciones nacionales sobre el acceso a la actividad y la capacitación técnica y económica para su ejercicio, la proscripción de discriminaciones por razón de la nacionalidad y la libertad de establecimiento

calificación de aeropuertos civiles, que declaraba de interés general todos los aeropuertos gestionados por AENA.

(14) Es el caso, por ejemplo, de la Orden cántabra de 10 de junio de 1998, que convoca la concesión de compensaciones para consolidar el transporte aéreo regular de pasajeros desde el aeropuerto de Santander a Madrid y Barcelona durante 1998.

(15) Sobre este proceso pueden verse, por ejemplo, M. CABALLERO CLAVIJO, *El régimen jurídico del transporte aéreo (I y II)*, «Noticias CEE», núms. 59, diciembre 1989, y 60, enero 1990; S. GONZÁLEZ-VARAS, *Realidades, perspectivas y limitaciones de la liberalización del tráfico aéreo*, «Noticias Unión Europea», núm. 112, mayo 1994, págs. 109 y ss.

son algunos de los objetivos comunitarios a que responde la ordenación del acceso al mercado del transporte aéreo. Esto es, la ordenación de las condiciones para el ejercicio de la libertad de empresa en dicho ámbito.

Una ordenación que, según acabamos de ver, exige la intermediación legislativa por hallarse la regulación del ejercicio de las libertades públicas, como lo es la libertad de empresa, reservada a las leyes, que en todo caso deberán respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Pero una regulación que depende también, y no sólo en el ámbito del transporte aéreo, de las decisiones tomadas por las instituciones comunitarias.

Tal circunstancia nos obliga a hacer una reflexión inicial sobre las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el interno en dos órdenes diferentes. Primero, en lo que se refiere a las materias reservadas a la ley. Y segundo, en lo que respecta a la legislación nacional vigente en materia de transporte aéreo, en buena medida superada y desplazada por la normativa europea. Será después de esta reflexión, por consiguiente, cuando estemos en condiciones de analizar con detalle el contenido de la normativa reguladora del acceso a la condición de transportista aéreo.

Como he dicho poco antes, la regulación del acceso a la actividad de transporte aéreo es ordenación parcial o sectorial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y como tal se halla constitucionalmente reservada a la ley (art. 53.1 CE). Pero esa regulación está hoy contenida, en su mayor parte, en normas de Derecho Comunitario (reglamentos, sobre todo) que se incorporan al ordenamiento interno y a cuya validez o eficacia interna, a la luz de aquella reserva, podrían formularse objeciones.

El asunto no es nuevo y hoy parece existir, después de los lógicos titubeos iniciales, un cierto acuerdo al respecto (16). Ya nadie parece poner en duda que las instituciones comunitarias puedan regular, válida y eficazmente, materias reservadas a la ley según el ordenamiento nacional. Aunque el proceso fundacional europeo respeta formalmente la soberanía de los Estados, a nadie se oculta la importancia de la cesión competencial en favor de las instituciones comunitarias.

(16) Véanse, al respecto, S. MUÑOZ MACHADO, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 114 y ss.; F. SANTAOLA LLA LÓPEZ, *Reflexiones sobre el desarrollo normativo del Derecho Comunitario*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2, mayo-agosto 1987, vol. 14, págs. 339 a 363; R. ALONSO GARCÍA, *La ejecución normativa del Derecho Comunitario europeo*, núm. 121 de esta REVISTA, enero-abril 1990, págs. 221 y ss.; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1992, págs. 208 y ss.; M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 159 y ss.

Una cesión que además, por ser abierta e imprecisa (pues no existe una lista cerrada de las materias o funciones que se transfieren), prolonga prospectivamente la definición del ámbito competencial comunitario y modifica las condiciones de ejercicio de los poderes internos del Estado. Tan es así que en la formación de la Unión Europea se descubre una renuncia parcial y voluntaria de la soberanía estatal en favor de las instituciones comunitarias e incluso, en el sentir de algunos autores, una auténtica mutación constitucional no explicitada formalmente (17). Y esa cesión, autorizada por el fundamental artículo 93 CE —cláusula constitucional de integración supranacional—, es la que explica la capacidad de la Comunidad Europea para regular, con eficacia normativa interna, materias reservadas a ley. Una explicación que es comúnmente aceptada.

No hay el mismo grado de acuerdo, en cambio, al valorar la incidencia de las normas comunitarias en el sistema interno de reparto de competencias normativas cuando aquéllas requieren una ejecución o desarrollo por los órganos nacionales. Como es sabido, el Derecho Comunitario se muestra indiferente y respetuoso con las reglas internas de distribución y ejercicio de competencias por los órganos nacionales; una actitud que resume e impone el principio de autonomía institucional (18). La ejecución o desarrollo normativo del Derecho Comunitario, por consiguiente, tiene que realizarse por los órganos y procedimientos que determine el Derecho interno.

Pues bien, en el Estado español el reparto de poderes normativos obedece a dos tipos de reglas. De un lado, las que resultan de la organización territorial del Estado: esto es, las reglas de la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (19).

(17) Sobre el concepto de mutación constitucional pueden verse, con carácter general, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 557 (con abundante reseña bibliográfica); G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlín, 1906 (trad. esp. de Ch. FRÖSTER, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, con estudio preliminar de P. LUCAS VERDÚ); K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2.^a ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 79 a 104. Y ya en relación con el proceso de integración comunitaria, S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, págs. 54 a 63; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El Juez nacional como Juez comunitario*, Fundación Universidad-Empresa/Civitas, Madrid, 1993, págs. 39 y ss.

(18) Véanse, por ejemplo, S. MUÑOZ MACHADO, «Prólogo» al libro de R. MORAWITZ, *La colaboración entre el Estado y los entes autonómicos territoriales en la Comunidad Europea* (trad. esp. de A. JIMÉNEZ BLANCO), Civitas, Madrid, 1985; G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario general*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1991, págs. 191 a 194.

(19) Ha sido ampliamente estudiada la posición de las Comunidades Autónomas en el proceso de formación y ejecución nacional del Derecho Comunitario. Véanse, por ejemplo, C. F. MOLINA DEL POZO, *Dos estudios sobre Derecho Administrativo Comunitario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1982, págs. 79 a 129; A. LA PÉRGOLA, *Autonomía regional y ejecución de las obligaciones comunitarias*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 13, enero-abril 1985, págs. 9 a 40; S. MUÑOZ MACHADO,

Y, de otro, las que organizan las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, esto es, entre la ley y la potestad reglamentaria. Son estas últimas las que nos interesan, como se comprende, porque entre ellas destaca el principio de reserva de ley a que me vengo refiriendo.

No hay un acuerdo total, como digo, acerca de la incidencia de la normativa comunitaria en el sistema de relaciones entre la ley y el reglamento. Esto es, acerca de si la norma comunitaria cumple la función atribuida a las leyes en las materias que le están reservadas y autoriza, por consiguiente, el ejercicio de la potestad reglamentaria para su ejecución; o si, por el contrario, es al legislador interno a quien compete inicialmente esa ejecución (sin perjuicio de que reclame la colaboración ulterior del reglamento).

En mi opinión, la norma comunitaria sólo puede cumplir esa función cuando el legislador nacional no ha hecho uso de la reserva, cuando no ha legislado en la materia reservada. Sólo en este caso, ante la inexistencia de una decisión legislativa interna, podría la norma comunitaria, siempre que fuera suficientemente detallada y completa (como es el caso habitual de los reglamentos o de algunas directivas de detalle) y no mera remisión en blanco, cumplir los objetivos materiales que persigue la técnica de la reserva de ley con respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria.

No podría, en cambio, cuando el legislador nacional ya ha ejercido su potestad normativa sobre la materia y acotado, con ello, el ámbito de la potestad reglamentaria. Con independencia de la reserva material existente, al regular por ley una materia ésta queda sometida

«La ordenación de las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas en la Comunidad Europea», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1986, t. I, págs. 570 a 628; P. PÉREZ TREMPES, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; A. MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 218 y ss.; J. M. BAO LEÓN, *La ejecución autonómica del Derecho Comunitario ante el Tribunal Constitucional*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 62, abril-junio 1989, págs. 259 a 268; J. E. SORIANO, *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 19 a 100 y 219 a 244; VV.AA., *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991 (se trata de la recopilación de las ponencias y comunicaciones presentadas en el «Seminario sobre Comunidades Autónomas-Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales», organizado por la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valladolid y las Cortes de Castilla y León los días 16, 17 y 18 de enero de 1991); J. BARNÉS VAZQUEZ (coord.), *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, obra colectiva, con abundante tratamiento doctrinal y documental de Derecho comparado, que reúne las aportaciones presentadas en el «Seminario sobre Derecho Administrativo y Derecho Comunitario», organizado por el Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Sevilla los días 25 y 26 de octubre de 1991; y el monográfico *La participación de las Comunidades Autónomas en la formación del Derecho Comunitario*, «Autonomies», núm. 22, julio 1997.

da al efecto formal de aquélla: la congelación de rango, que exige una ley posterior para regularla nuevamente. Un efecto o reserva formal que sigue en pie e impide el ejercicio de la potestad reglamentaria aunque la norma comunitaria contradiga y haga inaplicable la ley nacional. Recordemos que el Derecho Comunitario únicamente desplaza el Derecho interno, no lo deroga. De modo que seguirá vigente, aunque no sea aplicable, la ley nacional. Y es la vigencia formal de ésta, su presencia en el ordenamiento interno, la que impide dar ejecución a la norma comunitaria mediante simples reglamentos administrativos que, en virtud del principio de jerarquía normativa, habría que considerar nulos de pleno Derecho. Por consiguiente, para dar ejecución o desarrollo a normas comunitarias sobre materias que han sido ya objeto de regulación legal será preciso dictar una nueva ley (que podrá reclamar, en su caso, la colaboración reglamentaria).

Como se ve, no comparto la opinión de quienes consideran que el desplazamiento de la ley nacional por la primacía y eficacia directa de la norma comunitaria opera también en el plano formal de la competencia. Esto es, que no siendo aplicable la ley nacional a la materia regulada no recae sobre ésta el efecto formal de la congelación de rango y que, por consiguiente, podría regularse reglamentariamente en ejecución o desarrollo de la norma comunitaria. Si esto fuera así, la norma comunitaria no estaría sólo regulando una materia. Estaría también ordenando el reparto interno de poderes (entre ejecutivo y legislativo, en este caso) y alterando el sistema nacional de distribución de competencias normativas. Un resultado incompatible con el principio de autonomía institucional que garantiza la inmunidad de las reglas de competencia internas frente al ordenamiento comunitario e impide que se vean afectadas como consecuencia del desplazamiento de la legislación nacional. El principio de autonomía institucional, por consiguiente, concurre con el de primacía comunitaria y circunscribe el empuje de las normas comunitarias reduciéndolas al plano sustantivo o material. Por eso no comparto esta segunda interpretación.

El problema que acabo de plantear no es mera disquisición teórica. Tiene aplicación práctica, precisamente, en el ámbito del transporte aéreo, donde arroja no poca incertidumbre sobre la legalidad o validez de la normativa aplicable.

Se da el caso de que en nuestro país, desde los años sesenta, es la Ley de Navegación Aérea (en adelante, LNA) la que regula las condiciones para ejercer la actividad de transporte aéreo. Nada que objetar, pues, en lo que respecta al rango de la regulación y la reserva constitucional de ley que protege la libertad de empresa. Además,

aun tratándose de un reglamento, nada habría que decir: la jurisprudencia constitucional descarta el efecto derogatorio de la Constitución por contradicciones meramente formales. Pero sucede que las previsiones sobre transporte aéreo de la LNA, como luego vamos a comprobar, son difícilmente compatibles con la normativa comunitaria liberalizadora. Así, por ejemplo, son contrarias al Reglamento CON 2407/92, de 23 de julio de 1992, sobre concesión de licencias a las compañías aéreas. Y es aquí donde aparece el problema antes mencionado.

El Reglamento 2407/92 fue desarrollado primero por OM de 29 de diciembre de 1992 y, luego, derogándose ésta, por OM de 12 de marzo de 1998, por la que se establecieron las normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas.

Esto es, fue desarrollado por reglamentos nacionales de cuya validez formal cabe dudar por la razón antes apuntada: vigente aún la LNA, se halla reservada formalmente a la ley (por la congelación de rango que el principio de jerarquía normativa impone) la regulación de las condiciones para el ejercicio de la actividad de transporte aéreo. Así, pues, sólo en los términos que la propia LNA autorice será legítimo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Como es obvio, la LNA no da cobertura a las citadas OO.MM., que la contradicen incluso, dictadas como fueron para la ejecución del Reglamento comunitario 2407/92. Y a falta de cobertura legal, no pudiendo recibirla, según vimos, del ordenamiento comunitario (al que son inmunes las reglas de competencia internas), sólo cabe concluir la ilegalidad, por incompetencia, de las Ordenes citadas.

Por eso mismo, el desarrollo o ejecución nacional del Reglamento 2407/92 debió haberse hecho por ley formal. Un rango que aconsejan no sólo las reglas de competencia interna (la reserva de ley, formal y material, que pesa sobre la materia), sino también, por mediación de ellas, el propio Derecho Comunitario.

Aunque el principio de primacía asegure, mediante la técnica del desplazamiento, la aplicación del Derecho Comunitario frente a la legislación nacional incompatible, la vigencia formal de ésta puede generar situaciones de inseguridad jurídica. Es verdad que la subsistencia de la norma nacional, servida por la técnica del desplazamiento, puede estar justificada por la necesidad de regular otros supuestos no incluidos en el ámbito objetivo o subjetivo de la norma comunitaria. Quizás sea éste el caso de la LNA, que no regula sólo la actividad de transporte aéreo (objeto esencial de la política comunitaria) y puede ser aplicable a súbditos extranjeros no comunitarios. Pero cuesta admitir que esta justificación funcional pueda prevalecer

a costa de la seguridad jurídica, que es principio constitucional (art. 9.3 CE), y de los deberes internacionales contraídos al incorporarnos a la Comunidad (arts. 93 CE —«Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento...»— y 5 TCEE —«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento...»—).

El mencionado principio de primacía, una regla de conflicto, resuelve la incertidumbre resultante de la concurrencia de normas comunitarias e internas contradictorias. Resuelve singularmente cada caso, pero no pone fin con carácter general a la incertidumbre e inseguridad jurídica que subyace al conflicto normativo, ni evita su reproducción. Por eso, la seguridad jurídica y la necesidad de dar aplicación uniforme al Derecho Comunitario aconsejan la supresión de esas incertidumbres. Para evitar nuevos conflictos y eventuales procesos jurisdiccionales que entorpecen la eficacia directa de la norma comunitaria.

Por eso mismo, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que la subsistencia de una norma nacional contraria al ordenamiento comunitario, aunque no se aplique en este ámbito, puede constituir un supuesto de incumplimiento estatal. Y ha declarado también el deber de abstenerse de toda práctica que pueda confundir sobre el origen del Derecho Comunitario y, en consecuencia, el deber de derogar las normas internas que introduzcan confusión o perturben la aplicación plena e incondicionada de las disposiciones comunitarias. En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTJCE *Code du travail maritime*, de 4 de abril de 1974; *Comisión c. Países Bajos*, de 20 de marzo de 1986; *Comisión c. Italia*, de 15 de octubre de 1986, y *Comisión c. RFA*, de 26 de abril de 1988 (20).

Hasta aquí, pues, las razones que aconsejan la derogación o modificación de la LNA en lo que al transporte aéreo se refiere (y aun respecto de otros aspectos que ahora no interesan). O, al menos, el empleo de una norma de rango legal, y no de simples órdenes ministeriales, para el desarrollo o ejecución nacional del Reglamento CON 2407/92.

Por lo demás, la ejecución nacional del Reglamento citado, sin prejuzgar su corrección material, no parece improcedente. Es verdad que los reglamentos comunitarios son normas tendencialmente per-

(20) Un estudio crítico sobre esta jurisprudencia en A. MANGAS MARTÍN, *La obligación de derogar o modificar el Derecho interno incompatible con el Derecho Comunitario: evolución jurisprudencial*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2, mayo-agosto, 1987, vol. 14, págs. 311 a 337. Véanse también S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, cit., págs. 78 a 81; M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, cit., págs. 190 a 195.

fectas (art. 189 TCEE) y que, por eso mismo, están prohibidas, en cuanto puedan entorpecer o alterar de algún modo su aplicación, las medidas nacionales de reproducción o recepción del reglamento (SSTJCE *Bollman y Krohn*, de 18 de febrero y 18 de junio de 1970; *Comisión c. Italia*, de 7 de febrero de 1973). Pero la ejecución normativa nacional es admisible cuando no resulta nociva y contribuye a asegurar la efectividad del reglamento comunitario (STJCE *Comisión c. Italia*, de 28 de marzo de 1985), o cuando viene determinada por éste. Son los reglamentos comunitarios, en efecto, los que con alguna frecuencia demandan o habilitan, expresa o implícitamente (SSTJCE *Scheer*, de 17 de diciembre de 1970; *Hessische Mehlindustrie*, de 11 de julio de 1973), un desarrollo normativo de los Estados.

Entre estos últimos cabe situar el Reglamento 2407/92, algunos de cuyos preceptos pueden ser complementados por los Estados. Desarrollo nacional que el Reglamento autoriza, no sin recelos, a la luz de su artículo 17:

«Antes de adoptar leyes, reglamentos o disposiciones administrativas para el desarrollo del presente Reglamento, los Estados miembros consultarán a la Comisión y, una vez adoptadas, le comunicarán todas las medidas que tomen al respecto.»

Desconozco si en el procedimiento de elaboración de la OM de 12 de marzo de 1998 se recabó el informe de la Comisión comunitaria, como resulta preceptivo (por exigirlo, además, el art. 24 LG). Su EdM manifiesta que se han seguido los criterios de interpretación comunicados por la Comisión Europea, pero no dice que haya sido oída o consultada sobre este específico Reglamento. Si no fuera así, podríamos estar ante un nuevo vicio de validez de la mencionada Orden (21).

Hechas queden, pues, estas observaciones generales sobre la aplicabilidad y validez de las normas reguladoras del acceso a la actividad del transporte aéreo. Esto es, de la Ley de Navegación Aérea, ampliamente superada por el Derecho Comunitario y, en especial, por el Reglamento CON 2407/92, de 23 de julio, que ha sido desarrollado por la OM de 12 de marzo de 1998. Estas son, pues, con independencia de las objeciones apuntadas, las normas actualmente vigentes. Y en ellas debemos detenernos para estudiar las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en este sector.

(21) Sobre el efecto invalidante de la omisión de informes preceptivos puede verse, en general, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 448 a 450.

3. LA AUTORIZACIÓN O LICENCIA DE EXPLOTACIÓN: ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE TRANSPORTISTA AÉREO

El reconocimiento de la libertad de empresa no excluye la existencia de limitaciones al desarrollo de ciertas actividades, pero exige que tengan un fundamento legal y una justificación objetiva de interés público, sea de índole técnica o económica. Que exista libertad para el transporte aéreo no significa, en efecto, que éste pueda realizarse en cualquier tiempo y manera. Diversas razones, en las que por su obviedad no es preciso ahora detenernos, aconsejan la ordenación de la actividad. De modo que ésta 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 (22), 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, a la verificación del cumplimiento de los requisitos o condiciones legalmente exigidos para prestar servicios de transporte aéreo, la intervención administrativa hoy se formaliza a través de la autorización.

En efecto, para el transporte aéreo comercial de pasaje o carga es preciso obtener antes una autorización o licencia de explotación. Un concepto, el de autorización, que ha experimentado una notable evolución y diversificación (23).

(22) Sobre el alcance de este concepto, véanse A. NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, núm. 81 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1976, págs. 35 y ss.; J. BARCELONA LLOP, «Policía administrativa», voz de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1989, t. XIX, págs. 943 y ss.

(23) En general, sobre la autorización como técnica de intervención administrativa pueden verse: O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni*, «Giurisprudenza Italiana», 1894-IV, págs. 7 ss.; O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, trad. esp. de la ed. francesa (1904), que lo es de la alemana (1896), a cargo de H. H. HEREDIA y E. KROTOSCHIN, 2.^a ed., De Palma, Buenos Aires, 1982, t. II, págs. 59 y ss.; G. VIGNOCHI, *La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative*, Padova, 1944; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, núm. 24 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1957, págs. 117 y ss.; y también su *Derecho administrativo económico*, cil., t. I, págs. 189 y ss.; J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964; R. MARTÍN MATEO, *Silencio positivo y actividad autorizante*, núm. 48 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1965, págs. 205 y ss.; del mismo autor, *Actos tácitos y actividad autorizante*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 4, enero-marzo 1975, págs. 17 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Inscripciones y autorizaciones industriales*, núm. 52 de esta REVISTA, enero-abril 1967, págs. 422 ss.; J. A. MANZANEDO MATHOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1968, t. I; A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Régimen general de las licencias», en el *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, t. II, págs. 1185 y ss.; R. PA-

En su acepción clásica, que debemos sobre todo a RANELLETTI (24), la autorización o licencia es el acto administrativo que consiente el ejercicio de una actividad privada, reconocido legalmente como derecho, previa comprobación de su compatibilidad con el orden o interés público. La actividad, pues, forma parte del genérico derecho de libertad y como tal constituye el objeto de un derecho previo o preexistente cuyo ejercicio, sin embargo, exige una previa comprobación administrativa de que se efectúa dentro de sus propios límites y contenido. Así, pues, sólo cuando la actividad pretendida excediera del contenido propio del derecho, sólo cuando se rebasaran sus límites, definidos legalmente en razón del interés público, podría la Administración negar la autorización. Y de ahí se llega al carácter reglado y meramente declarativo de la licencia o autorización que hoy todavía defienden algunos autores (25).

Pero el asunto se complica cuando la ley otorga a la Administración algún margen de discrecionalidad o se limita *de iure* o *de facto* el número de autorizaciones, pues entonces se desvanece la imagen del derecho preexistente y la intervención administrativa, antes que a comprobar o declarar una previa situación jurídica, parece venir a constituirla (26). Y en esta tesitura no es extraño que la técnica autorizatoria se confunda con la concesional, donde es una decisión administrativa la que otorga a los particulares el derecho a desarrollar una actividad que tienen prohibida, de principio, por hallarse reservada a la Administración.

Una confusión alimentada, además, por la poca precisión del legislador (no ha sido unívoco el empleo de las palabras «licencia», «autorización», «visado», «permiso», «concesión» u otras para designar el título administrativo que consiente el inicio de una actividad) y por la diversificación legal de ambas técnicas: en cada una de ellas, en efecto, son múltiples, casi tantas como las actividades e intereses a que se refiere la intervención administrativa, las modalidades que resultan de la función, contenido y alcance de esa intervención.

RADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, 4.ª ed., Marcial Pons. Madrid, 1992, págs. 388 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 134 ss.; L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, t. II, págs. 45 y 46.

(24) O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni*, cit. Desde otra perspectiva, la noción clásica de autorización también se debe a O. MAYER, pero éste adopta un enfoque diferente: entiende que sobre la libertad inicial del ciudadano (lo que para RANELLETTI sería el derecho preexistente) recae una prohibición general de policía, de carácter provisional o preventivo, que la autorización viene a levantar tras comprobar que el ejercicio de la actividad no altera el orden público (O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, cit., t. II, págs. 59 y ss.).

(25) R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., págs. 388 y ss.

(26) Esta crítica en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., pág. 137.

Pese a todo, hoy parece estar comúnmente aceptada la idea de que es en la naturaleza jurídica de la actividad donde reside la diferencia entre concesión y autorización (27). Que es la titularidad pública o privada de la actividad la que determina la forma de intervención de la Administración y el título que legitima la actuación particular. En el primer caso, la Administración transfiere al particular facultades propias, derechos de naturaleza administrativa resultantes de una previa *publicatio* o reserva legal de una actividad así vedada a la iniciativa particular. Excluida del mercado, ámbito propio de la libertad de empresa, si de una actividad económica se trata. En el segundo, en cambio, se trata de actividades de naturaleza privada, consideradas propias de los particulares, cuyo ejercicio no está exento de límites legales, tasados o predeterminados unas veces (autorizaciones regladas, aun tratándose de conceptos jurídicos indeterminados), otras abiertos al juicio o discreción de la Administración (autorizaciones discrecionales), dentro, obviamente, de los confines jurídicos que resultan de las depuradas técnicas de control de la discrecionalidad.

Se ha dicho, así, que la concesión permite un ejercicio particular de actividades públicas, mientras la autorización sirve un control público de actividades privadas (28); «presupone una medida de intervención y una dosis de control de la *actividad de los particulares*», en palabras de la STC 12/1982, de 21 de marzo. Un control que difiere en intensidad y forma según los supuestos legales, por lo que se hace difícil, más allá de su distinción de la concesión, una categorización unitaria de la autorización. A esta diversidad y heterogeneidad de la técnica autorizatoria se debe, precisamente, la crisis del concepto clásico de autorización como actividad meramente declarativa de un derecho preexistente; un concepto aún válido cuando se trata de autorizaciones regladas, pero incapaz de comprender otras variedades legales de esta técnica de intervención.

De ahí la tendencia actual a ampliar la noción de autorización (29).

(27) Véanse J. A. GARCÍA-TREVIANO FOS, *Aspectos de la Administración económica*, núm. 12 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1953, págs. 11 ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, cit., págs. 146, 156 a 158; J. A. MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, cit., págs. 432 a 434; J. L. VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», voz de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Seix, Barcelona, 1981, págs. 693 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, *Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas*, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núm. 243, julio-septiembre 1989, págs. 566 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., pág. 139.

(28) J. A. MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, cit., t. I, pág. 434.

(29) Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., pág. 139; L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., págs. 45 y 46.

A identificarla con el acto administrativo que consiente a los particulares el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida y a reconocerle, por consiguiente, carácter innovador o constitutivo. Un concepto nuevo en el que lo mismo tiene cabida la idea clásica del derecho preexistente de las autorizaciones regladas, gracias a las nociones técnico-jurídicas de carga o función (poder-deber), que otros supuestos legales de intervención administrativa previa (como las autorizaciones discrecionales, o las denominadas operativas o industriales, con limitación en número, por ejemplo).

Así, pues, también el ejercicio particular de transporte aéreo requiere una previa intervención administrativa que, no hallándose ya reservada al poder público la actividad, cabe incluir en esta noción amplia de autorización.

En efecto, el transporte aéreo comercial se hallaba reservado al Estado y concedido exclusivamente a Iberia, una compañía pública, desde 1940 (y aun es probable que la reserva estatal fuera anterior aunque no hubiera una *publicatio* expresa de la actividad) (30). Pero pocos años después se inició un proceso de liberalización paulatina que comenzó por el tráfico irregular (extrayéndolo de la reserva y dejándolo al principio de libertad, sin perjuicio, obviamente, de las restricciones fundadas en la personalidad o nacionalidad —liberalización interna, pues, no internacional—) y terminó, como en muchos otros países, por el transporte aéreo en general.

Un final, todo hay que decirlo, determinado por la integración comunitaria europea, pues nuestra LNA de 1960 se situó en una posición intermedia: confirmó el principio de libertad y autorización previa para el tráfico no regular, pero mantuvo el de reserva pública y concesión para el transporte aéreo regular (aunque a decir verdad también suprimió, formalmente al menos, el principio de concesión exclusiva o monopolística, lo que también puede verse, en cierto modo, como una apertura del sector).

Ciertamente, la LNA no hace una declaración expresa de la reserva pero hay que darla por supuesta. De un lado, porque dicha reserva ya existía en el régimen inmediatamente precedente (sobre la que se sustenta la concesión exclusiva en favor de Iberia) y dicho *statu quo* se respeta (DT 1.ª LNA). Y, de otro, porque es la propia LNA la que califica de concesión el título habilitante para esta clase de transporte, oponiéndolo al de autorización (arts. 69, 70 y 69, por

(30) Pueden verse GÓMEZ LUCÍA, *Diagonal histórica del tráfico aéreo español*, Madrid, 1964; I. E. ARCENEGUI/L. M. COSCULLUELA, *La empresa nacional Iberia y la nacionalización del transporte aéreo*, núm. 58 de esta REVISTA, enero-abril 1969, págs. 349 a 385, y la más reciente obra colectiva *Origen y desarrollo del transporte aéreo en España*, Fundación AENA, Madrid, 1998.

ejemplo) y asumiendo la diferente naturaleza jurídica del tráfico regular (público) e irregular (privado).

No fue la LNA, por consiguiente, la que definitivamente liberalizó el transporte aéreo (todo él, regular o no), sino el Derecho Comunitario aplicable tras la integración de España en la Comunidad Europea, entre cuyos objetivos políticos se incluyó la liberalización del transporte aéreo. Una política que despliega sus efectos en dos planos: en el nacional o interno, en cuanto la actividad se entrega a la iniciativa particular; en el internacional, en cuanto se suprimen, en lo que a los países comunitarios respecta, toda clase de restricciones o limitaciones por razón de la nacionalidad del empresario. Una política cuyo último exponente, en lo que se refiere a la liberalización del acceso a la actividad, es el ya citado Reglamento CON 2407/92, de 23 de julio de 1992.

Esa es la norma que pone punto final al principio de reserva pública que aún luce, sin embargo, por hallarse formalmente vigente, en nuestra LNA. No es preciso insistir en la conveniencia de su derogación.

Y ésta es la norma que contempla una intervención administrativa previa que, según lo expuesto, cabe situar en la categoría de las autorizaciones. Pero los detalles concretos, el contenido sustantivo y el alcance de esa intervención, habrá que establecerlos estudiando el régimen de otorgamiento de la autorización para emprender servicios de transporte aéreo. O, lo que es igual, estudiando los requisitos y condiciones legales para la obtención de una licencia de explotación o transporte aéreo. Tal es nuestro inmediato propósito.

Las condiciones para la obtención de una licencia de transporte aéreo, título que confiere la condición de transportista aéreo —de compañía aérea, según la expresión legal—, están contenidas, básicamente, en el trío de normas ya mencionadas: la LNA, el Reglamento CON 2407/1992 y la OM de 12 de marzo de 1998. Estas dos últimas, sin embargo, no son aplicables al «transporte de pasajeros, correo y carga realizado por aeronaves sin motor y ultraligeras con motor, ni a los vuelos locales que no impliquen transporte entre diversos aeropuertos» (art. 1.2 R. 2407/92).

En estos dos casos, en efecto, «se aplicará el Derecho nacional por lo que se refiere a la licencia de explotación». Pero en lo que respecta a la seguridad y técnica del vuelo, a los certificados de operador aéreo, se aplicará el Derecho nacional conjuntamente con el comunitario.

Probablemente sea la menor importancia económica de estas modalidades de transporte, habitualmente con trasfondo recreativo, y su reducido alcance geográfico, lo que explique la renuncia comu-

nitaria a regularlas, excepto en lo que a seguridad toca, por razones obvias inherentes a la navegación aérea e independientes de su contenido económico o comercial.

Pero la renuncia, cualesquiera que sean las razones de su exclusión, deja planteado el problema de determinar cuál sea, en nuestro país, el Derecho nacional aplicable. La remisión, desde luego, nos conduce a la LNA. Pero son pocas las previsiones contenidas en ella. Y es probable que sus normas no sean aplicables por contradecir el Derecho Comunitario. Además, se trata de reglas pensadas para el tráfico comercial ordinario, no para los vuelos recreativos o a vela (sin motor o de ultraligeros) (31), a que se refiere la exclusión comunitaria y que han proliferado más recientemente. De ahí que, desde la perspectiva genérica de la libertad de empresa, pueda ser dudosa la justificación constitucional de algunas limitaciones legales y el amplio margen de discrecionalidad que se confiere a la Administración.

En cualquier caso, la menor importancia de estas modalidades nos sirve también de excusa para relegar su estudio, centrándonos ahora, por consiguiente, en el examen de las condiciones para la realización del tráfico comercial ordinario.

Aun considerando la normativa comunitaria, el ámbito del estudio es, obviamente, el del ordenamiento español. Lo que se va a analizar es cómo se adquiere la condición de transportista aéreo en nuestro país; cuál es el régimen jurídico del otorgamiento de licencias o autorizaciones de explotación aérea por parte de la Administración española. Más concretamente, por la Dirección General de Aviación Civil (en adelante, DGAC), que es el órgano competente en la materia, como se verá más adelante.

Frente a los demás países comunitarios, la competencia de la Administración española resulta del principio comunitario de establecimiento: cada Estado concede licencia a las empresas que en su territorio «tengan su principal centro de actividad y, en su caso, su domicilio social» —art. 4.1.a) R. 2407/92—.

A tenor de este precepto, parece que el domicilio social tiene un valor secundario o accesorio. Que lo determinante es el lugar donde la empresa tenga su centro de actividad, algo que puede no ser fácil de precisar tratándose, como es el caso, de empresas de transporte cuya actividad puede estar repartida con parecida intensidad por el territorio de diversos Estados. Desde el punto de vista jurídico, pare-

(31) Sobre éstos, véase el RD de 15 de octubre de 1982 [Arz. 2981], desarrollado por OM de 4 de abril de 1983 [Arz. 678], que regulan el registro y uso de las aeronaves de estructura ultraligera.

ce mucho más seguro, en cambio, el criterio formal del domicilio, que puede ser objetable, sin embargo, desde una perspectiva política y económica: no parece lógico que un Estado pueda expedir licencias de transporte aéreo a empresas cuya principal actividad se desarrolla en el territorio de otros Estados. Una objeción fundada que puede superarse vinculando el domicilio al lugar donde radique el establecimiento o actividad principal de la empresa, como lo hace, por ejemplo, nuestra legislación mercantil (arts. 5 y 6 LSA).

Por esta solución ha optado también, como vamos a ver ahora, la OM de 12 de marzo de 1998 al desarrollar el citado precepto comunitario. Y no parece que pueda objetarse nada contra ello porque el mismo precepto parece autorizar esa interpretación («y, en su caso, su domicilio social...», dice).

A) *Requisitos personales o subjetivos*

De acuerdo con la OM de 12 de marzo de 1998, para transportar por vía aérea pasajeros, carga o correo a cambio de remuneración o pago de alquiler deberán disponer de la correspondiente licencia de explotación (art. 1.3):

- las empresas establecidas en España en todo caso;
- y las establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea cuando operen en territorio español.

La referencia a estas últimas no significa que deban obtener licencia de la Administración española para operar en su territorio. Conforme lo dicho en el apartado anterior, la licencia se expedirá por el Estado competente en virtud del principio de establecimiento y será válida en todo el territorio comunitario (un ejemplo de la extraterritorialidad del ordenamiento administrativo por remisión del comunitario). Sin descartar eventuales conflictos, sólo un Estado es competente, por consiguiente, para expedir licencia de explotación a una empresa solicitante.

Fijémonos, pues, en las «empresas establecidas en España», que son las que deben solicitar licencia de las autoridades aeronáuticas españolas para desarrollar la citada actividad de transporte.

Como he avanzado antes, la OM de 12 de marzo de 1998, siguiendo el criterio de la legislación nacional, reconoce como empresas establecidas en España a las que tienen en ella su «principal centro de actividad y su domicilio social» —art. 4.1.a)—.

Pues bien, ¿qué requisitos subjetivos han de reunir estas empresas para obtener una licencia de explotación?

En primer lugar, deben tener por objeto o actividad principal el transporte aéreo (dicho sea, el transporte por vía aérea de pasaje, carga o correo), «bien de forma exclusiva, o en combinación con cualquier otra explotación comercial de aeronaves o de reparación y mantenimiento de aeronaves» —arts. 4.1.b) R. 2407/92 y OM 12-III-1998—.

En segundo lugar, la empresa debe ser de propiedad comunitaria. Debe pertenecer a nacionales o Estados de la Unión Europea, sea directamente (personas físicas, entes públicos...), sea mediante la propiedad mayoritaria del capital (sociedades por acciones), bajo cuyo control efectivo debe permanecer en todo momento (arts. 4.2 R. 2407/92 y 4.2 y 3 OM 12-III-1998).

Esta exigencia cede, sin embargo, en dos situaciones. En primer lugar, cuando en virtud de acuerdos o convenios internacionales la Unión Europea se comprometa a autorizar el establecimiento de empresas de transporte aéreo no comunitarias. Y, en segundo lugar, cuando se trate de empresas a las que excepcionalmente se les ha reconocido como compañías aéreas comunitarias (32), siempre que permanezcan bajo el control de los nacionales o países que lo tuvieron al aprobarse el R. 2407/92 o que dicho control, lógicamente, se transfiera a nacionales o Estados comunitarios. En relación con esto último, para evitar que por medio de personas interpuestas pueda burlarse la regla, no serán aceptables las transmisiones referidas a nacionales comunitarios que tengan intereses significativos en una compañía aérea de terceros países —art. 4.3.b) R. 2407/92—.

Como puede comprobarse, también en este punto ha sido supera-

(32) Es el caso de SAS (Scandinavian Airlines System), Britannia Airways y Monarch Airlines. Se trata de empresas que tenían reconocida la condición de compañías nacionales en algún Estado miembro antes de la ordenación comunitaria del sector y que, de acuerdo con lo previsto en los Reglamentos CON 2343/90 (art. 2.e.ii) y 294/91 (art. 2.b.ii), reciben el mismo trato que las comunitarias aunque no cumplan los requisitos de propiedad y control nacionales previstos con carácter general. En esa igualdad de trato se justifica la previsión del artículo 4.3 Reglamento 2407/92, según el cual dichas empresas:

«a) ... conservarán sus derechos con respecto al presente Reglamento y otros conexos, siempre que cumplan las restantes obligaciones dimanantes del presente Reglamento y sigan siendo controladas directa o indirectamente por los mismos países terceros y/o por nacionales de los mismos países terceros que ejerzan dicho control en el momento de la adopción del presente Reglamento. Sin embargo, dicho control podrá ser transferido en cualquier momento a Estados miembros y/o nacionales de Estados miembros.

b) La posibilidad de compra y venta de acciones con arreglo a la letra a) no se referirá a aquellos nacionales que tengan intereses significativos en una compañía aérea de un país tercero.»

da la LNA. No tanto por la necesidad de que la empresa sea de nacionalidad española, condición que en parte resulta del principio comunitario de establecimiento (al menos para las empresas de naturaleza societaria), sino, sobre todo, por la reserva del título administrativo necesario para la explotación de servicios aéreos (33) a empresas de propiedad española; reserva contraria al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que hace posible la libertad de establecimiento y de circulación del trabajo y el capital.

Entre los requisitos subjetivos está, en tercer lugar, la exigencia de honorabilidad profesional, condición que deben poseer «las personas que dirijan de manera continuada y efectiva las operaciones de la empresa» —art. 5.2.d) OM 12-III-1998—. El R. 2407/92 prevé que los Estados puedan exigir pruebas de la buena reputación del personal directivo de la empresa y de que no ha sido declarada en quiebra (art. 6.1). Siendo potestativa la exigencia de este requisito, el Estado español ha optado por incluirlo pero sólo con relación a la reputación u honorabilidad profesional, que se presume en ausencia de ilícitos penales o administrativos (34).

En efecto, la OM de 12 de marzo de 1998 considera idóneas a las personas en quienes no concorra ninguna de las siguientes circunstancias —art. 5.2.d)—:

- Haber sido condenado, por sentencia firme, por delitos dolosos, en tanto no hayan obtenido la rehabilitación.
- Haber sido condenado, por sentencia firme, a penas de inhabilitación o suspensión, durante el tiempo de duración de la condena, salvo que el delito cometido no tuviera relación directa con la actividad a ejercer por la persona en la compañía aérea.
- Haber sido sancionado de forma reiterada, por resolución firme, por infracciones de carácter aeronáutico cometidas en el ejercicio de su funciones, con multa de 1.000.000 de pesetas o con la suspensión o revocación de los derechos de tráfico (35).

(33) Conforme a lo previsto en la LNA (arts. 59, 71, 73, 74 y 80), hoy ya superada por el Derecho Comunitario, debían ser de nacionalidad española no sólo la empresa, sino también la mayoría de sus propietarios y al menos tres cuartas partes de sus administradores o personal directivo y el personal de vuelo. A este último respecto téngase en cuenta el RD-Ley 6/1999, de 16 de abril, que da nueva redacción al artículo 59 LNA, permitiendo que los extranjeros comunitarios puedan desempeñar el puesto de Comandante de aeronave.

(34) Véase L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades*, núm. 130 de esta REVISTA, enero-abril 1993, págs. 23 a 96.

(35) Son las sanciones previstas en los números 5, 6 y 8 del artículo 152 LNA, a los que remite la OM de 12 de marzo de 1998. Téngase en cuenta, sin embargo, que la alusión a los «derechos de tráfico otorgados» tiene hoy un diferente alcance. Habida cuenta de la

- Incumplimiento grave y reiterado de las normas fiscales, laborales o de Seguridad Social. Aunque no se diga expresamente, parece que deba ser aquí también una sentencia o resolución firme la que permita invocar esta causa de indignidad.

Sin perjuicio de la oportuna comprobación, los interesados podrán acreditar su honorabilidad mediante simple declaración personal de no encontrarse incurso en ninguno de los supuestos descritos —art. 6.2.a) OM 12-III-1998—. Por consiguiente, no serán necesarios certificados de antecedentes penales, de buena conducta ni otros similares.

Y, en cuarto lugar, se exige la solvencia económica de las empresas solicitantes. Estas deben acreditar («demostrar de forma razonablemente satisfactoria», dice el R. 2407/92, art. 5.1) que en cualquier momento pueden hacer frente a:

- Las obligaciones que hayan contraído o que, con arreglo a criterios realistas, puedan contraer durante un período de veinticuatro meses desde el inicio de la explotación.
- Los gastos fijos y de funcionamiento, calculados con criterios realistas, que originen las actividades incluidas en su plan de operaciones durante un período de tres meses desde el inicio de la explotación, sin tener en cuenta los ingresos procedentes de esta última.

Para la acreditación o comprobación de esta capacidad financiera, el solicitante de la licencia debe aportar, junto a las pruebas que considere oportunas, una serie de documentos de carácter económico y contable que luego indicaré. Y a partir de esta documentación la Administración evaluará la solvencia del solicitante. Esta es una cualidad técnica, un concepto jurídico indeterminado, cuya presencia debe comprobar la Administración atendiendo a cálculos y criterios estrictamente técnicos o económicos. Es verdad que el resultado de esta comprobación puede depender de los procedimientos o medios técnicos elegidos y que esta elección corresponde a la Administración. Pero la opción metodológica, en este caso condicionada por los

liberalización del tráfico, no hay ya, hablando con propiedad, «derechos de tráfico otorgados» que puedan revocarse o suspenderse. Lo que podría revocarse o suspenderse es, genéricamente, la licencia de actividad. Pero esto constituiría, indudablemente, una ampliación del contenido o penalidad de la sanción (no es lo mismo revocar o suspender la licencia de actividad que derechos de tráfico concretos) inicialmente prevista en la LNA, razón que, una vez más, aconseja la modificación o adaptación de ésta a la nueva realidad del sector.

documentos que exige la propia norma comunitaria (véase el Anexo A R. 2407/92), es parte de esa comprobación o juicio meramente técnico y no el resultado de una eventual discrecionalidad administrativa, ni siquiera de una discrecionalidad técnica (36), porque no obedece a criterios meramente voluntaristas o de oportunidad referidos a un interés público determinado, sino a criterios exclusivamente técnicos o científicos, por discutibles que éstos sean. Se trata, pues, de una actividad reglada y, como tal, enteramente susceptible de un control de legalidad jurisdiccional.

Mucho menos rigurosa es la demostración de solvencia que se exige a las compañías aéreas que operen exclusivamente con aeronaves de baja capacidad (las de menos de 20 asientos o peso máximo al despegue inferior a 10 toneladas), no ofrezcan servicios regulares y cuyo volumen de negocio no supere los 3 millones ECU anuales. A las compañías que reúnan estas condiciones les basta acreditar que tienen un capital mínimo de 80.000 ECU —arts. 5.7.a) R. 2407/92 y 12 OM 12-III-1998—, hallándose exentas de cumplir los deberes documentales mencionados.

Entre los requisitos de solvencia, por último, podríamos situar también, aunque desde una perspectiva diferente —la capacidad de hacer frente a obligaciones de carácter excepcional (como las de naturaleza extracontractual, por ejemplo)—, la exigencia de haber concertado seguros que cubran una eventual responsabilidad de la empresa para casos de accidente, particularmente para el pasaje, equipaje, carga, correo y terceros —arts. 7 R. 2407/92 y 5.2.b) OM 12-III-1998—.

B) *Requisitos técnicos u objetivos*

Para poner en marcha una compañía aérea (una empresa de transporte aéreo) es necesario, obviamente, disponer de aeronaves con las que efectuar el transporte. Pero la operación con estos aparatos y su mantenimiento son complejos y exigen también una capacitación técnica y profesional, unos medios humanos y materiales que garanticen el desarrollo de la actividad en condiciones de seguridad razonables. A uno y otro aspecto aluden los requisitos que ahora vamos a examinar.

(36) Véase F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 267 a 272.

a) *Las aeronaves: su disponibilidad y registro.*

El concepto legal de aeronave fue formulado por primera vez en el RD de 25 de noviembre de 1919, primera regulación general de la navegación y el transporte aéreos en nuestro país, de acuerdo con el consenso internacional entonces existente. El Convenio Internacional de Navegación Aérea (París, 1919) definía la aeronave como «todo aparato que pueda sostenerse en la atmósfera merced a la reacción del aire», y enunciaba una serie de máquinas de esta clase (Anexo D). De modo parecido, el artículo 44 del citado RD la definía como «todo aparato de navegación aérea o de estancia en el aire (dirigible, globo libre o cautivo, aeroplano y demás aparatos análogos)», y luego describía algunos tipos concretos de aeronave (37).

Pero el concepto apuntado fue revisado posteriormente, a raíz de la Conferencia Internacional de Aviación Civil celebrada en Chicago en 1944. En el Anexo 7 del Convenio Internacional de Aviación Civil (en adelante, CACI), en efecto, se define la aeronave como «toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra». Y de esta definición se hizo eco la legislación española (no en vano España se había adherido a esa Convención), aunque utilizó un criterio algo más amplio.

El concepto legal actual de aeronave lo encontramos en el artículo 11 LNA:

«Se entiende por aeronave toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores.»

La diferencia entre esta definición y la del Convenio Internacional radica en la inclusión, seguramente involuntaria, de los aparatos cuya sustentación se basa en las reacciones del aire contra la superficie de la tierra. Es el caso, por ejemplo, de los aerodeslizadores, apa-

(37) La bibliografía sobre el régimen jurídico de las aeronaves es poca y antigua. Pueden citarse, no obstante, R. VILLAGÓMEZ, *Condición jurídica de la aeronave*, UNAM, México, 1951; E. LLAMAS VALBUENA, *La aeronave o avión y su condición jurídica*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1957; C. J. ÁLVAREZ ROMERO, *La aeronave y su situación registral*, Domenech, Barcelona, 1957; F. LOSTAU FERRÁN, *La aeronave y su régimen jurídico*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1958, y L. TAPIA SALINAS, *Derecho Aeronáutico*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, págs. 171 a 212.

ratos con sustentación neumática (los *hovercraft* u otros similares), que, según dicho concepto, serían también aeronaves, aunque habitualmente dan servicio en puertos y líneas marítimas (38). Es evidente, por las peculiaridades técnicas de su navegación aérea (a ras de la tierra o del mar), que estos artefactos no pueden compartir ni merecen la misma regulación que el resto de las aeronaves. Y por eso parece mucho más apropiado excluirlos de esta categoría, como lo hace la definición del CACI.

En cualquier caso, parece claro que la normativa comunitaria, en línea con esa tradición internacional, utiliza un concepto más restringido que la española (la alusión al «transporte entre diversos aeropuertos», art. 1.1 R. 2407/92, permite despejar la duda sobre los *hovercrafts*, por ejemplo). No debemos olvidar, además, que sólo es aplicable al transporte aéreo que se efectúa con determinadas clases de aeronaves (no se aplica a las ultraligeras o las que carecen de motor, art. 1.1 R. 2407/92), salvo en lo que se refiere a la seguridad u operatividad aérea del aparato. El resto deberá ajustarse al Derecho nacional. Y tampoco hay que descuidar el dato de que las aeronaves a que alude la norma comunitaria son las de carácter civil y comercial (las que son aptas para el transporte público y remunerado, según se desprende de la propia normativa), esto es, las que la LNA denomina «aeronaves privadas» (art. 15), por oposición a las «aeronaves de Estado» (art. 14). Una distinción fundada en el destino normal de la aeronave antes que en su titularidad pública, algo perfectamente comprensible, por lo demás, si se tiene en cuenta que durante mucho tiempo el transporte aéreo ha sido una actividad estatal en muchos países (desarrollada directamente o, como en España, a través de empresas públicas).

En fin, no es éste el momento de detenerse a examinar la correspondencia entre el concepto legal de aeronave y sus clases y los diferentes ingenios que hacen posible la navegación aérea. Pero interesa retener que la calificación jurídica de algunos artefactos —el ejemplo del *hovercraft* es bien claro— puede ser determinante a la hora de designar la normativa aplicable.

Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, es mucho más interesante otro asunto. He señalado poco antes que para establecer una empresa de transporte aéreo es preciso disponer de una o más aeronaves, pero no es necesario ser su propietario ni aun estar en la efectiva posesión de ellas.

(38) Véase M. SAENZ SAGASETA DE ILURDOZ, *Aerodeslizadores (estudio jurídico de un nuevo medio de transporte)*, «Revista de Derecho Mercantil», núm. 138, octubre-diciembre 1975, págs. 463 ss.

En efecto, así parece desprenderse del artículo 8.1 R. 2407/92:

«No se podrá exigir la posesión de aeronaves como condición para la concesión o el mantenimiento de una licencia de explotación, pero cada Estado miembro exigirá a las compañías aéreas a las que conceda una licencia de explotación que dispongan de una o más aeronaves, bien en propiedad, bien en cualquier régimen de arrendamiento.»

Esto es, lo que se exige para obtener una licencia de explotación es que el solicitante ostente una situación jurídica en virtud de la cual pueda utilizar una o más aeronaves para el transporte, siendo indiferente la naturaleza del título que origine esa situación o que se esté o no en posesión efectiva de la aeronave. Esto merece una aclaración.

El incremento que ha experimentado el coste de las aeronaves, consecuencia lógica del nivel tecnológico que han alcanzado, ha obligado a los transportistas aéreos a buscar fórmulas alternativas a la propiedad tradicional a la hora de formar sus flotas. Alternativas que les permiten compartir esos costes, reducirlos, hacer más fácil su financiación o incrementar la rentabilidad de su inversión. La propiedad compartida (me refiero al *time-sharing* o multipropiedad, algo sustancialmente distinto de la copropiedad tradicional) (39), el arrendamiento con opción de compra (el denominado *leasing*, con modalidades diversas) (40), el arrendamiento simple o la compra a plazos, entre otras, son algunas de las fórmulas actualmente empleadas por las compañías aéreas para cubrir sus necesidades de flota.

(39) En el caso concreto de las aeronaves es escasa la bibliografía jurídica. Con carácter general, no obstante, y con relación a la multipropiedad de inmuebles, pueden verse P. A. MÚÑEZ BERNAT, *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado*, con prólogo de C. LASARTE, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, y *Presente y futuro de la multipropiedad*, Tecnos, Madrid, 1992.

(40) Tampoco existen muchos estudios sobre el *leasing* de aeronaves, pero pueden verse J. M. CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al «leasing»*, «Revista de Derecho Mercantil», núm. 118, octubre-diciembre 1970, págs. 533 y ss.; R. ILLASCAS ORTIZ, *El «leasing»: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*, núm. 119, enero-marzo 1971, pág. 73 y ss.; L. ROJO AJURIA, *Leasing mobiliario*, Tecnos, Madrid, 1987; E. CHULIÀ/T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing*, Bosch, Barcelona, 1989; J. SÁNCHEZ-PAVODI PASCUA, *Leasing financiero mobiliario*, Montecorvo, Madrid, 1989; A. PALAU BRETONES, *Aspectos fiscales del leasing aeronáutico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990; M. J. MORILLAS JARILLO, *Algunos aspectos del leasing de aeronaves*, «Revista de Derecho Mercantil», núm. 208, abril-junio 1993, págs. 417 ss.; J. L. VILLAR URIBARRI, *Régimen jurídico del leasing: cuestiones mercantiles, fiscales y penales*, Edersa, Madrid, 1993; L. TAPIA SALINAS, *Derecho Aeronáutico*, cit., pág. 199; F. GARCÍA SOLÉ/J. I. RUBIO SAN ROMÁN, *Problemática jurídica del leasing de aeronaves en España*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 82, 1994, págs. 89 a 103.

El objeto de todos estos negocios, de un modo u otro, es la posesión de la aeronave; confieren un derecho de tenencia y disfrute sobre la aeronave, una disponibilidad sobre ella, que es, justamente, lo que se requiere para obtener una licencia de explotación. Ese derecho, ese título posesorio en que se fundamenta la disponibilidad de uso, es lo que cuenta para otorgar la licencia (y para su mantenimiento), no la posesión efectiva y real de la aeronave («no se podrá exigir la posesión de aeronaves como condición para la concesión...», dice el art. 8.1 R. 2407/92). Es una medida que conviene al solicitante —pues la posesión previa entraña gastos de dudosa recuperación (mientras no tenga licencia es nulo el rendimiento de la aeronave poseída; y aun después, si no llega a obtener la licencia)—, favorece la productividad de la aeronave (evitando una posesión baldía) y encuentra clara justificación en el elevado coste de los aparatos.

Ahora bien, aunque la disponibilidad de uso de la aeronave habitualmente derive de su posesión, no siempre tiene por qué ser así. Y quizás esto también explique la regla de que no se pueda «exigir la posesión de aeronaves como condición para la concesión o mantenimiento de licencias». En efecto, no siempre se requiere un título posesorio para disponer el uso de una aeronave. Hace ya mucho tiempo que el Derecho Aeronáutico conoce el fletamento de aeronaves (41). Aunque admite diversas modalidades, el contrato de fletamento tiene por objeto la capacidad total de una aeronave dotada de tripulación, sea para un viaje o viajes determinados, sea para los viajes que el fletador ordene durante un período de tiempo determinado. En ambos casos, el fletador puede disponer de una o más aeronaves sin poseerlas: este negocio jurídico no le confiere posesión ni título posesorio alguno, que retiene el fletante, pero sí la disponibilidad de los aparatos, que es lo que exige la normativa comunitaria; que el solicitante disponga de una o más aeronaves en propiedad o «en cualquier régimen de arrendamiento» (art. 8.1 *in fine* R. 2407/92), hipótesis, como digo, en la que puede situarse el fletamento, una modalidad muy habitual en el transporte aéreo de la que, lógicamente, se hace eco la normativa.

La regla comunitaria que impide subordinar la concesión o el mantenimiento de licencias a la posesión de aeronaves tiene, por

(41) A falta de bibliografía específica se hace obligada, como en otros muchos aspectos, la referencia al Derecho Marítimo, donde surge el contrato de fletamento: véanse R. URÍA, *Aspectos parciales del «time-charter»*, «Revista de Derecho Mercantil», núm. 31 (vol. XI), 1951, págs. 7 y ss.; J. RUBIO, *El fletamento en Derecho Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953; M. I. MARTÍNEZ JIMÉNEZ/I. ARROYO MARTÍNEZ, *Los contratos de explotación del buque*, Bosch, Barcelona, 1991; L. TAPIA SALINAS, *Derecho Aeronáutico*, cit., pág. 197.

consiguiente, un doble significado: que no es necesaria una posesión efectiva, pues basta el título posesorio; y que no es preciso el título posesorio cuando por cualquier otro se disponga de una o más aeronaves. Dicho de otro modo, la posesión o tenencia de la aeronave importa menos que su disponibilidad, siendo ésta la que realmente cuenta y deben exigir los Estados para otorgar la licencia.

Es preciso, por otra parte, que las aeronaves a disposición de la compañía estén matriculadas, de acuerdo con lo que disponga el Estado que expide la licencia, bien en el registro nacional, bien en el de algún otro Estado comunitario —art. 8.2.a) R. 2407/92—. Pero hay que hacer al respecto tres observaciones. Primera, en circunstancias excepcionales o para hacer frente a necesidades temporales de las compañías, los Estados pueden dispensar la matriculación de aeronaves disponibles en virtud de contratos de breve duración (art. 8.3 R. 2407/92). Segunda, no puede exigirse la matriculación nacional de aeronaves de matrícula comunitaria utilizadas en virtud de un contrato de arrendamiento aceptable (luego explicaré el significado de esta última expresión) si para ello es necesario «efectuar cambios estructurales de la aeronave» —art. 8.2.b) R. 2407/92—. Y tercera, lo mismo que puede exigir, para otorgar la licencia de explotación, que las aeronaves se matriculen en el registro nacional, el Estado debe facilitar los trámites para el traslado de matrícula de las aeronaves registradas en otros Estados comunitarios y para la inscripción de aeronaves propiedad de sus nacionales, evitando cualquier carga, retraso o tasa discriminatoria por razón de la nacionalidad (art. 8.4 R. 2407/92).

Tales son las previsiones comunitarias sobre disponibilidad y matriculación de las aeronaves a utilizar por quienes soliciten licencia de transporte aéreo. Unas previsiones que reproduce la Orden de 12 de marzo de 1988 —art. 5.2.a)—:

«Asimismo, para la obtención de una licencia de explotación, estas empresas deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Contar con una o más aeronaves, registradas e inscritas a su nombre en el Registro de Matrícula de Aeronaves español, mediante título de propiedad, arrendamiento o cualquier otro que faculte su disponibilidad.

Las aeronaves propiedad de nacionales de Estados miembros serán admitidas en el Registro de Matrícula de Aeronaves español en las mismas condiciones que las aeronaves de propiedad de las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española.»

Siguiendo las prescripciones comunitarias, el precepto rehúsa toda referencia a la posesión de las aeronaves (haciendo uso de expresiones como «contar con» o «disponibilidad») y somete la matriculación al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Pero la trasposición de aquéllas no es enteramente satisfactoria a causa de la vigente regulación del Registro de Matrícula de Aeronaves español.

La matriculación de las aeronaves en España se encuentra regulada en la LNA, en cuyo desarrollo se dictó el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves (en adelante, RRMA) (42). Pues bien, aunque fue modificado en 1996 con el objeto de adaptar el Registro a las exigencias de la Unión Europea, este Reglamento sólo permite matricular las aeronaves adquiridas en propiedad o «por medio de otros títulos que atribuyan *su posesión*» (EdM), «cualquier forma de posesión que las leyes autoricen», aclara el artículo 17.1. Y es aquí donde se descubre la deficiente trasposición comunitaria.

En efecto, el artículo 5.2.a) OM 12-III-1998 exige al peticionario de una licencia de explotación que cuente «con una o más aeronaves, *registradas e inscritas a su nombre en el Registro de Matrícula de Aeronaves español*». Pero como la inscripción, según acabamos de ver, está subordinada a la posesión, resulta que es la posesión misma la que se convierte en condición para la obtención de la licencia. Algo expresamente prohibido por el artículo 8.1 R. 2407/92.

Recordemos que para obtener una licencia de transporte aéreo no es exigible la posesión o tenencia de las aeronaves, sólo su disponibilidad por cualquier título. Pero cuando el ordenamiento español exige, legítimamente, la inscripción nacional, también está exigiendo, ahora ya sin fundamento y quizá porque el RRMA confunde la disponibilidad con la posesión, la tenencia de las aeronaves. Algo inaceptable, como digo, para la legalidad comunitaria.

Así, pues, o se modifica el RRMA (para admitir que se matriculen aeronaves disponibles pero no poseídas —como sucede con el fletamento—) o se suprime el requisito de la matriculación nacional de entre los exigidos para obtener licencia de transporte. No hay otro

(42) Aprobado por Decreto 416/1969, de 13 de marzo, este Reglamento fue modificado por el Decreto 387/1972, de 10 de febrero (dictado en ejecución de la DA de la Ley 113/1969, de 30 de diciembre), con el objeto de esclarecer las relaciones entre el Registro de Matrícula de Aeronaves (de carácter administrativo) y el Registro Mercantil, y por el RD 1709/1996, de 12 de julio, con el objeto de evitar discriminaciones por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea y de ampliar los tipos de inscripción.

Véase M. BRAVO NAVARRO, *Registro Nacional de aeronaves*, Ministerio de Transporte, Turismo y Comunicaciones, Madrid, 1984. Como curiosidad, los datos del registro aparecen publicados en *Registro de aeronaves: relación por orden de matrícula, de aviones, de helicópteros, de planeadores, de globos, de dirigibles, de ultraligeros y construidos por aficionados*, MOP-TMA, Madrid, 1996.

modo de garantizar el cumplimiento de la norma comunitaria, pues el RRMA no puede entenderse modificado por la OM 12-III-1998, dado su superior rango formal.

b) *El certificado de operador aéreo.*

El otorgamiento de la licencia de actividad o explotación también está subordinado, en todo caso, a la obtención previa de un «certificado de operador aéreo» (AOC, *Air Operator Certificate*). Se trata de un documento administrativo mediante el cual un Estado acredita que una empresa o grupo de empresas posee la capacitación técnica-profesional y la organización necesarias para garantizar la operación de aeronaves en condiciones seguras, para las actividades aeronáuticas indicadas en él.

No debe confundirse este certificado, que se refiere a la empresa de transporte aéreo como actividad, con el «certificado de aeronavegabilidad» a que aluden los artículos 36 LNA y 31 CACI. Este último documento sólo se refiere a la identidad y características técnicas de la aeronave, a sus aptitudes de navegación (si sólo vale para vuelo visual o también por instrumentos, por ejemplo) y, en función de todo ello, a su utilización o destino (pasajeros o carga, capacidad máxima, etc.).

Aunque está prevista la adopción de un reglamento comunitario al respecto, la expedición del certificado de operador aéreo, hasta que dicho reglamento entre en vigor, se realiza conforme a lo dispuesto en el Derecho del Estado al que se solicita (art. 9). ¿Cuáles son, pues, los requisitos y procedimientos para su obtención de parte de la Administración española?

La OM 12-III-1998 nos remite, en vano —pues no se han aprobado aún—, a los «criterios establecidos en las correspondientes normas comunitarias» y añade que «en tanto dichas normas no dispongan otra cosa, se considerará título equivalente al certificado de operador aéreo el *certificado de declaración de competencia*» —art. 2.c) *in fine*—. Un certificado que la DGAC (a través de la Subdirección de Control del Transporte Aéreo) otorga siguiendo sus propios criterios, dado que el Derecho nacional no impone ninguno y aún está pendiente su regulación comunitaria (43). En su otorgamiento hay,

(43) Hay que advertir, no obstante, que la DGAC asume los criterios de la Unión de Autoridades Aeronáuticas (en adelante, JAA, *Joint Aviation Authorities*), organismo surgido de la Conferencia Europea de Aviación Civil, a la que se adhirió firmando los *Acuerdos sobre elaboración, aceptación y puesta en práctica de requisitos conjuntos de aviación JAR*, firmados en Chipre el 11 de septiembre de 1990. El objeto de estos Acuerdos, que no han sido objeto de publicación oficial interna, es el de formalizar la cooperación interestatal

pues, un cierto margen de discrecionalidad, pero también cuentan los documentos técnicos aprobados por los organismos internacionales de aviación civil y los límites que ordinariamente permiten controlar toda decisión de esa naturaleza: significativamente, la necesidad de motivar el acto —54.1.f) LRJPAC— y de respetar los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad y de las discriminaciones, proporcionalidad y razonabilidad...) (44).

en el establecimiento y desarrollo uniforme de normas y procedimientos técnicos sobre seguridad de la circulación aérea que favorezcan la libertad de tráfico aéreo por sus territorios. Atendiendo a esto último, la Comunidad Europea —cuyos Estados miembros se hallan, todos, adheridos a las JAA— consideró oportuna la incorporación progresiva al ordenamiento comunitario de las regulaciones aprobadas por este organismo, los denominados «Códigos JAR» (*Joint Aviation Requirements*), para determinados sectores o aspectos de la actividad aeronáutica.

En efecto, desde el 1 de enero de 1992, en virtud del Reglamento CEE 3922/91, del Consejo, de 16 de diciembre de 1991 (actualizado por Reglamento CE 2176/96, de la Comisión, de 13 de noviembre de 1996), constituyen legislación comunitaria vigente los «Códigos JAR» que se mencionan en el Anexo II del citado Reglamento. La lista de este Anexo II carece, sin embargo, de carácter exhaustivo. En efecto, existen otros códigos igualmente aprobados por las JAA, algunos muy recientemente, que no han sido todavía incorporados al Derecho Comunitario (aunque es previsible su pronta incorporación —véase la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modificaría el Reglamento CEE núm. 3922/91 al objeto de incorporar los códigos JAR 23, JAR 27 y JAR 29— [COM (96) 186 final]). Entre ellos se hallan, precisamente, los códigos JAR OPS-1 y JAR OPS-3, que se refieren, respectivamente, al transporte aéreo comercial en avión y en helicóptero. Así, pues, estos últimos códigos todavía no forman parte del ordenamiento comunitario y por ello carecen, a diferencia de los otros mencionados, de la eficacia normativa directa en los Estados miembros característica de los reglamentos comunitarios. No obstante, de conformidad con lo previsto en el apdo. 3.b de los citados Acuerdos de Chipre de 1990, los Estados están obligados a incorporar a su ordenamiento nacional, «tan pronto como sea posible», los códigos aprobados por las JAA, lo que al entregar a la imprenta este trabajo aún no había hecho España.

(44) De acuerdo con la información que suministra la propia Dirección General de Aviación Civil, y sin que por el momento haya sido incorporado al ordenamiento nacional o comunitario el código JAR OPS, para la obtención, renovación o modificación de los certificados de competencia u operador aéreo (AOC), el interesado presentará una solicitud que incluirá la siguiente información:

- Nombre oficial y comercial de la compañía y domicilio social.
- *Organos de dirección y organigrama de la empresa.*
- Descripción de los servicios a operar, su naturaleza (regular o no regular), base principal de operaciones, itinerarios previstos y áreas geográficas de operación.
- Número, tipo y marcas de las aeronaves disponibles, clasificadas según el empleo o destino que se dará a cada una de ellas.
- Base principal y sistemas previstos para el mantenimiento de las aeronaves.
- Documentación relativa a la operación de vuelo (*manual básico de operaciones*, manual de vuelo y operación de cada aeronave, programas de instrucción y entrenamiento de las tripulaciones, listado de equipamiento mínimo [MEL], relación nominal de pilotos con sus titulaciones y habilitaciones y solicitud de reconocimiento del Director de Operaciones propuesto, junto con su historial profesional y acreditaciones).
- Documentación relativa al mantenimiento (memoria de la organización disponible, programas propuestos para cada aeronave, original o copia de los documentos en que se basan estos programas [Manual MRB, manuales de planificación y mantenimiento editados por el fabricante], especificaciones técnicas de los contratos de mantenimiento e ingeniería en su caso celebrados con organizaciones acreditadas

A los fines que cumple la certificación de operador aéreo responde también el previo control o fiscalización administrativa de los contratos de arrendamientos sobre aeronaves (art. 10 R. 2407/92 y DA 2.ª OM 12-III-1998).

Mediante este trámite, la DGAC comprueba que los términos y estado de servicio en que se arriendan las aeronaves garantizan la seguridad y responsabilidad de las operaciones, lo que sirve también para hacer un seguimiento de la actividad de las compañías aéreas. En realidad, esta previa aceptación administrativa puede verse como una especie de ampliación o extensión *ad hoc*, a la actividad que el arrendamiento persigue, del certificado originalmente concedido. De esta aceptación depende, por consiguiente, el desarrollo de las operaciones previstas con las aeronaves arrendadas y aun la obtención o conservación de la licencia de explotación (por ejemplo, cuando se da el caso que las únicas aeronaves disponibles por la empresa eran las arrendadas).

Si el arrendamiento lo es de aeronave y tripulación, sólo será aceptado o aprobado el contrato cuando se cumplan normas de seguridad equivalentes a las exigidas para obtener el AOC; algo lógico, pues la finalidad de este certificado quedaría burlada si las compañías pudieran luego desarrollar su actividad recurriendo a aeronaves o empresas que no cubran los requerimientos propios de aquél.

Téngase en cuenta, por último, que si la aprobación administrativa se otorga bajo reserva o con condiciones, éstas formarán parte del contrato celebrado entre las partes incidiendo en el régimen obligacional resultante. Se materializa aquí, pues, aquel viejo aforismo según el cual vive el Derecho Privado bajo la tutela del Derecho Público.

C) *Requisitos formales*

Según acabamos de ver, para obtener una licencia de transporte aéreo hay que reunir una serie de requisitos personales (de nacionalidad, honorabilidad, solvencia...) y técnicos (aeronaves, certificado de operador aéreo) cuya concurrencia debe «demostrar de forma razonablemente satisfactoria». Con este fin, a los requisitos sustantivos ya examinados se suman otros deberes de carácter formal.

En efecto, las empresas deben acompañar su solicitud de la documentación siguiente:

para esta actividad [JAR 45], acreditación propia si va a efectuar por sí misma el mantenimiento, solicitud de reconocimiento del Director Técnico propuesto, junto con su historial personal y acreditaciones, y relación del personal responsable del mantenimiento y de los técnicos de mantenimiento con licencia).

- Una *memoria de la empresa*, donde quedarán reflejadas exhaustivamente las circunstancias relativas a su titularidad o personalidad, organización, capital y medios. El artículo 6.2.a) OM 12-III-1998 detalla el contenido de esta memoria.
- Un *plan de operaciones*, referido como mínimo a los dos primeros años de explotación, en el que se detallen las actividades comerciales previstas, con todas sus implicaciones financieras y económicas, y la evolución previsible del mercado y de las inversiones —art. 6.2.b) OM 12-III-1998—.
- Y un minucioso *informe económico-financiero* que sea reflejo contable de las actividades a desarrollar. Su contenido viene enunciado en el artículo 6.2.c) OM 12-III-1998 y reproduce, en realidad, el elenco de documentos reseñado en el Anexo A del R. 2407/92, salvo una última mención que procede del artículo 5.2 de éste.

Como avancé en otro lugar, no será necesario que presenten plan de operaciones ni informe económico-financiero las compañías que pretendan operar con aeronaves de baja capacidad (con menos de 20 asientos o de peso máximo al despegue inferior a 10 Tm) sin ofrecer servicios regulares —arts. 5.7.a) R. 2407/92 y 12 OM 12-III-1998—.

Tales son, en suma, los requisitos exigidos para adquirir la condición de transportista o compañía aéreos. Esas son las condiciones que han de reunir y mantener las empresas para obtener del Estado español licencia para la actividad de transporte aéreo (45). Condicio-

(45) Téngase en cuenta, no obstante, la disposición transitoria contenida en el artículo 16 del Reglamento (las anotaciones son mías):

“... las licencias de explotación que estén vigentes en un Estado miembro en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento seguirán siendo válidas por un plazo máximo de un año, con sujeción a las leyes en virtud de las cuales fueron expedidas, salvo para las expedidas con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 4 [empresas cuya actividad principal fuera el transporte aéreo], para las cuales se aplicará un periodo máximo de tres años, durante el cual las compañías aéreas que posean tales licencias deberán adoptar las medidas necesarias para cumplir los requisitos del presente Reglamento. A efectos del presente artículo, la referencia a compañías aéreas titulares de licencias de explotación incluye las compañías aéreas que estén explotando de forma legítima con un certificado de operador aéreo válido en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, aun cuando no sean titulares de tales licencias...”

El presente artículo no se opone a las disposiciones de los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 [requisitos de solvencia] ni a las del artículo 9 [requisitos para la obtención del AOC], salvo que las compañías aéreas que operaban al amparo de excepciones anteriores a la entrada en vigor del presente Reglamento puedan continuar haciéndolo, durante un período que no supere el máximo de los períodos antes indicados, hasta que los Estados miembros hayan realizado sus investigaciones sobre si cumplen las disposiciones del artículo 4.”

nes exigidas por el ordenamiento comunitario a las que puede sumar otras el ordenamiento jurídico nacional, siempre, claro está, que sean compatibles con el Derecho Comunitario (art. 15 R. 2407/92). Pero España no ha añadido ningún requisito adicional.

Cumplidos los requisitos comunitarios y nacionales, a ninguna empresa puede negársele la licencia para el transporte aéreo. No hay, pues, reservas o restricciones cuantitativas que excluyan o impidan el acceso a la actividad, a diferencia de lo que sucede en otros sectores económicos —en la actividad pesquera, por ejemplo (46)—.

4. EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN

Corresponde a la DGAC verificar la concurrencia de los requisitos exigidos, teniendo en cuenta la información y documentación aportadas con la solicitud que inicia el correspondiente procedimiento. En la tramitación de éste, a la que debe darse publicidad (art. 13.1 R. 2407/92), deben tenerse en cuenta las previsiones de la OM 12-III-1998 y, lógicamente, de la Ley 30/1992. La articulación de ambas normas, especialmente tras la reforma de la última citada por Ley 4/1999, suscita algunos problemas (sobre la validez o vigencia de algunos preceptos procedimentales de la citada OM, el cómputo del plazo para resolver, la eficacia del silencio administrativo o la impugnación de la desestimación expresa o por silencio de la solicitud de licencia, por ejemplo) cuyo análisis obviaré en este momento para no hacer excesiva la extensión de este trabajo.

5. LA EFICACIA AUTORIZANTE DE LA LICENCIA. FACULTADES Y DEBERES DEL TRANSPORTISTA AÉREO

Obtenida la licencia de explotación, su titular queda autorizado para el transporte por vía aérea y remunerado de pasajeros, correo y carga. Se trata de una habilitación genérica, simplemente referida al desarrollo de la actividad, que no confiere por sí misma ningún derecho de tráfico específico (arts. 3.2 R. 2407/92 y 3.1 OM 12-III-1998). La licencia de transporte aéreo no otorga ningún derecho de acceso a rutas o mercados determinados, efectuándose el tráfico bajo un principio general de libertad sometido, eso sí, a las exigencias del mercado y a limitaciones de carácter técnico o estructural (ordenación de la navega-

(46) Véase A. SÁNCHEZ LAMELAS, *La ordenación jurídica de la pesca marítima*, Aranzadi, Pamplona. 2000, págs. 207 y ss.

ción, capacidad de los aeropuertos y sistemas de ayuda, seguridad...) o impuestas por otros motivos de interés público (como sucede en las denominadas rutas de servicio público, por ejemplo). La autorización para el transporte aéreo, en cualquier caso, está supeditada al mantenimiento de las condiciones o requisitos exigidos y al cumplimiento de una serie de deberes formales (de información, básicamente).

La compañía aérea debe iniciar sus operaciones dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la licencia. De no hacerlo así, el comienzo de las operaciones queda supeditado a una nueva decisión administrativa. Teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y las causas de la inactividad del interesado, la DGAC resolverá sobre el estado de la licencia, sea para declararla vigente, sea para declarar su caducidad de modo que la compañía tenga que obtener una nueva licencia de explotación (art. 9.4 OM 12-III-1998, con relación al 11.2 R. 2407/92). Ahora bien, no parece que estemos ante un verdadero supuesto de caducidad, sino ante un motivo de revocación de la licencia. Es verdad que aquí concurre el transcurso de un plazo con la falta de actividad o ejercicio de un derecho por su titular, como sucede en la caducidad. Pero, a diferencia de ella, la extinción del derecho (la pérdida de la licencia) no se produce automáticamente, sino que aún depende de una decisión o apreciación administrativa. Una decisión que, por vago que sea el apoderamiento que resulta de la OM 12-III-1998, no puede ser discrecional porque tampoco lo es la expedición de la licencia de explotación de cuya extinción se trata. Lo que debe comprobar la Administración es si, a pesar del tiempo de inactividad transcurrido, subsisten las circunstancias que determinaron la concesión de la licencia, sigue en vigor la información facilitada y aún es viable el plan de operaciones propuesto. De ser así, ningún motivo hay para denegar el comienzo tardío de las operaciones; una denegación que debería ser motivada en todo caso.

La licencia tiene una validez inicial de un año, a cuyo término puede solicitarse la renovación. Esta debe solicitarse con una antelación mínima de dos meses respecto de la fecha de vencimiento, «facilitando, *en su caso*, la información financiera a que se refiere el Anexo al R. 2407/92» (art. 9.2 OM 12-III-1998). No se entiende muy bien el sentido de esta previsión. El Anexo citado detalla la documentación que debe aportarse en tres situaciones diferentes: primero (apdo. A), para la expedición inicial de licencia (art. 5.2 R. 2407/92) —lo que no viene al caso, pues ahora se trata de la renovación—; segundo (apdo. C), para la evaluación permanente de la capacidad financiera de los licenciados en circunstancias normales —información que debe aportarse anualmente, se solicite o no renovación (art. 5.6 R. 2407/92)—; y tercero, para la evaluación financiera cuando esté prevista alguna mo-

dificación importante de sus estructuras o actividad —información que debe aportarse con antelación a la propia modificación (art. 5.4 R. 2407/92), coincida o no con la renovación—. De ahí que no esté claro a qué situación se refiere el precepto ni cuál es la información que, «en su caso», debe aportarse para renovar la licencia.

Mientras se cumplan las condiciones personales exigidas (de nacionalidad, honorabilidad y solvencia técnica y financiera), la licencia será renovada por períodos de cinco años (arts. 9.1 OM 12-III-1998 y 11 R. 2407/92). La renovación se notificará al interesado y parece que también debe ser objeto de publicación en el «DOCE». Recordemos que deben publicarse «las decisiones de los Estados miembros de conceder o revocar licencias de explotación» (art. 13.4), a lo que parece referirse la OM 12-III-1998 cuando ordena que la renovación se notifique a las compañías aéreas «en los términos previstos para las licencias obtenidas por primera vez» (art. 9.3 *in fine*).

Del interés comunitario por el cumplimiento permanente de las condiciones exigidas para obtener la licencia resultan los deberes de información impuestos a su beneficiario, complementados por una potestad administrativa de investigación cuyo ejercicio puede conducir, como luego se verá, a la suspensión o revocación de la licencia.

Las compañías aéreas, por consiguiente, deben cumplir las siguientes obligaciones formales ante la DGAC:

— Presentar las cuentas anuales auditadas de cada ejercicio económico en los seis meses siguientes a su término (arts. 10.1 OM-12-III-1998 y 5.6 R. 2407/92). De esta obligación están exentas las compañías aéreas que operan con aeronaves de baja capacidad que no realicen servicios regulares y cuyo volumen de negocio no supere los 3 millones ECU (arts. 12 OM 12-III-1998 y 5.7 R. 2407/92).

— Aportar, siempre que sea requerida, la información pertinente para la evaluación de su capacidad o situación financiera y, particularmente, la contemplada en el Anexo C R. 2407/92 (arts. 10.2 OM 12-III-1998 y 5.6 R. 2407/92).

— Comunicar antes de 14 días cualquier cambio producido en la propiedad de las acciones de la compañía aérea (o de su sociedad matriz o de la última sociedad de participación) que se refiera a carteras que representen el 10 por 100 o más del total de acciones o que tengan una participación de control en la compañía aérea (arts. 10.3.1.º OM 12-III-1998 y 5.3 R. 2407/92).

— Comunicar antes de 14 días cualquier cambio relativo a las personas que dirijan de manera continuada y efectiva las operaciones de la empresa (art. 10.3.2.º OM 12-III-1998).

— Comunicar con suficiente antelación cualquier modificación

significativa de su estructura o actividades que pretenda llevar a cabo, deber del que están eximidas, sin embargo, las compañías que operan exclusivamente con aeronaves de baja capacidad, en los términos que antes enuncié. Para el cumplimiento de este deber será suficiente la presentación de un plan de operaciones de doce meses, reflejando esas modificaciones, con una antelación mínima de dos meses al período a que se refiera (arts. 10.4 y 5 OM 12-III-1998 y 5.3 R. 2407/92). Más concretamente, deben notificarse las modificaciones referidas a la explotación de nuevos servicios regulares y la de servicios no regulares para regiones continentales o mundiales no servidas anteriormente; al tipo o número de aeronaves; o a la dimensión de sus actividades y proyectos de fusión o adquisición societaria. Si las modificaciones comunicadas tuvieran una repercusión importante sobre la situación financiera de la compañía, la DGAC puede exigir la presentación de un plan de operaciones revisado que refleje esas modificaciones y se refiera, como mínimo, a los doce meses siguientes a su aplicación. Dicho plan debe contener toda la información pertinente para evaluar la capacidad financiera de la compañía, o sea, para comprobar que puede hacer frente a las obligaciones que haya contraído a raíz de las modificaciones o que pueda contraer en los doce meses siguientes a su aplicación efectiva (a tal efecto, en el Anexo B R. 2407/92 se detalla la documentación que debe aportarse para tal comprobación). La DGAC resolverá sobre el plan de operaciones presentado en el plazo máximo de tres meses. El cómputo de este plazo se rige por las mismas reglas que el plazo para resolver las solicitudes de licencia, de cuya problemática ya di cuenta. Igualmente problemática es la situación que genera la falta de resolución administrativa. Aunque puede hacerse frente con el silencio administrativo, no está claro su carácter estimatorio o desestimatorio. Ya hemos visto que la OM 12-III-1998 atribuye carácter negativo al silencio administrativo cuando se trata de la solicitud de licencia. Pero en el caso que ahora nos ocupa nada dice al respecto.

Cabría entender que aquí corresponde aplicar el mismo criterio negativo en tanto que la vigencia de la licencia depende de la decisión administrativa y que ésta, de algún modo, vale tanto como la decisión inicial de otorgar la licencia. Pero tratándose de un criterio excepcional, contrario al del silencio positivo que genéricamente proclama el artículo 43.2 LRJPAC, no me parece admisible esta interpretación. Así, pues, transcurridos los tres meses el interesado podrá considerar aceptado el plan.

La aceptación del plan propuesto, sea expresa o presunta, mantiene en vigor la licencia de explotación. Pero la Administración aeronáutica puede rechazar el plan si considera, con motivación y fun-

damento suficiente, que la compañía no podrá hacer frente a sus obligaciones, situación ante la cual podrá dejar en suspenso la licencia, revocarla o conceder una autorización provisional (que permite el desarrollo de la actividad mientras se lleva a cabo una reorganización financiera de la compañía, siempre que no exista riesgo alguno para la seguridad de las operaciones).

— Comunicar de forma inmediata el inicio de cualquier procedimiento que afecte a su solvencia económica, particularmente el de suspensión de pagos o quiebra, y facilitar toda la información que sea requerida en relación con esos procedimientos (art. 11.3 OM 12-III-1998).

— Comunicar de forma inmediata los acuerdos sociales de disolución legal (art. 11.4 OM 12-III-1998).

En fin, estos deberes de información se completan con el reconocimiento genérico de una potestad administrativa de investigación y actuación de oficio. La DGAC «podrá evaluar en cualquier momento la situación económica de las compañías aéreas a las que hayan concedido licencia de explotación y, particularmente, de aquellas en las que existan indicios claros de atravesar dificultades financieras» (art. 11.2 OM 12-III-1998). De otro lado, también la Comisión puede recabar del Estado (de la DGAC en este caso) toda la información de las compañías aéreas relativa al cumplimiento de las condiciones exigidas para la obtención de la licencia. Las compañías deben remitirla a la DGAC, que la trasladará a la Comisión (arts. 14 R. 2407/92 y 10.8 OM 12-III-1998).

Toda la información que se obtenga, por cualquier medio, está amparada por el secreto profesional (DA 5.^a OM 12-III-1998, art. 18 R. 2407/92), principio de confidencialidad que constituye una garantía de la libertad de empresa en una economía de mercado competitiva.

6. SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE TRANSPORTISTA AÉREO

La licencia de transporte aéreo está supeditada al mantenimiento de las condiciones exigidas para su obtención, condiciones cuya desaparición o modificación puede determinar la pérdida de la licencia o la suspensión de su efectos. De otro lado, las licencias no se otorgan con carácter indefinido, sino que tienen una duración determinada, aunque esté prevista su renovación. Y hay, finalmente, algunas conductas ilegales que se sancionan con la privación o revocación de la licencia. En todos estos casos desaparece el efecto autorizante de

la licencia, no pudiéndose continuar, legalmente, el desarrollo de la actividad de transporte aéreo.

Con finalidad sistemática, entre esas situaciones podemos distinguir supuestos de suspensión, de revocación y de extinción de la licencia.

La suspensión de la eficacia de la licencia, que conlleva la paralización de la actividad de transporte, está contemplada como medida cautelar ante situaciones de debilidad financiera. Así, la DGAC puede acordar la suspensión cuando exista riesgo fundado de que, por un período de doce meses, una compañía no pueda hacer frente a las obligaciones que haya contraído o pueda contraer (arts. 5.5 R. 2407/92 y 11.2 OM 12-III-1998). También puede acordarse la suspensión, si existen riesgos para la seguridad de las operaciones, mientras la Administración decide sobre la necesidad de obtener una nueva licencia después de haberse producido cambios —una fusión, por ejemplo— en la situación jurídica de la compañía aérea (art. 9.5 OM 12-III-1998).

La Administración puede revocar la licencia cuando considere que no concurre alguna de las condiciones exigibles para el desarrollo de la actividad de transporte. Y así, particularmente, es motivo suficiente de revocación el que una compañía:

- Deje de tener en España su domicilio social o centro principal de actividad (art. 4.1 OM 12-III-1998).
- Deje de ser de propiedad comunitaria (art. 4.2 y 3 OM 12-III-1998).
- No tenga aeronaves disponibles y debidamente registradas —art. 5.2.a) OM 12-III-1998—.
- No haya concertado los seguros necesarios para cubrir su responsabilidad —art. 5.2.b) OM 12-III-1998—.
- Deje de estar en posesión de un certificado de operador aéreo (o título equivalente) en vigor; por ejemplo, por haber sido privado de él, o por expiración —art. 5.2.c) OM 12-III-1998—.
- Sea dirigida, de manera continuada y efectiva, por personas incurso en alguna de las situaciones de pérdida de la honorabilidad profesional —art. 5.2.d) OM 12-III-1998—.
- No haya iniciado sus operaciones dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la licencia de explotación (art. 9.4 OM 12-III-1998).
- Haya interrumpido sus operaciones durante seis meses (art. 9.4 OM 12-III-1998).
- No pueda hacer frente, por un período de doce meses, a las obligaciones que haya contraído o pueda contraer (arts. 5.5 R. 2407/92 y 11.2 OM 12-III-1998).

- Se someta a un procedimiento por insolvencia (suspensión de pagos, quiebra o similar), a menos que exista un plan realista de reconstitución financiera en un plazo razonable (art. 11.3 OM 12-III-1998).

La licencia pierde su eficacia, por último, con el vencimiento del término o plazo para el que se concedió sin que el interesado haya solicitado su renovación (que debe pedirse con al menos dos meses de anticipación al vencimiento; art. 9.2 OM 12-III-1998), trámite al que ya me he referido anteriormente.