

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 7 de septiembre de 2010¹

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación de los artículos 49 CE y siguientes en el marco de un recurso interpuesto por un nacional alemán contra una decisión de una autoridad austriaca mediante la que se le impuso una multa administrativa debido por haber infringido las disposiciones nacionales relativas a la organización de vuelos en globo en Austria.

2. El interés del presente asunto, que indujo al Tribunal de Justicia a asignarlo a la Gran Sala, que contará con las conclusiones del Abogado General, y a reabrir la fase oral, gira en torno a la cuestión de determinar a la luz de qué normas de Derecho primario o de Derecho derivado de la Unión debe examinarse la prestación de tales servicios de transporte.

II. Marco jurídico

A. Derecho austriaco

3. El artículo 102 de la Luftfahrtgesetz (Ley de navegación Aérea; en lo sucesivo, «LFG»),² modificada, supedita, entre otros, el transporte comercial de pasajeros, correo y/o mercancías mediante aeronaves sin motor a la obtención, por una parte, de una licencia de transporte, contemplada en los artículos 104 y siguientes de la LFG y, por otra parte, a una licencia de explotación, prevista en el artículo 108 de dicha ley, expedidas por las autoridades austriacas competentes.

4. En virtud del artículo 106 de la LFG, la licencia de transporte se expide:

- a) si el solicitante es nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992,³ reside en Austria, es digno de confianza y competente profesionalmente;

1 — Lengua original: francés.

2 — BGBl. n° 253/1957 y BGBl. I n° 83/2008, respectivamente.

3 — DO L 1, p. 3.

- b) si se garantiza la seguridad del transporte y se acredita la capacidad económica de la empresa, y la LFG, se sanciona con una multa de al menos 3.630 euros.
- c) si se aporta la prueba de que se han contratado los seguros previstos en el artículo 164 de la LFG o por el Reglamento (CE) n° 785/2004.⁴

B. Derecho alemán

5. El artículo 106 de la LFG también precisa que, en el caso de que la empresa no sea una persona física, debe tener su domicilio social en Austria y la mayoría del capital social debe estar en manos de nacionales de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

8. El artículo 20, apartado 1, segundo párrafo, de la Luftverkehrsgesetz (Ley relativa a la navegación aérea)⁵ exige la licencia de explotación para el transporte comercial de personas o mercancías en globo. En cuanto respecta a los requisitos, se remite a la necesaria fiabilidad de los responsables del transporte.

6. Según el artículo 108 de la LFG, la licencia de explotación se expedirá cuando la empresa de transporte aéreo sea titular de un permiso de transporte y se garantice la seguridad del tráfico.

9. Según el artículo 20, apartado 2, de dicha Ley, la licencia puede aparejar disposiciones accesorias. Se deniega la concesión de la licencia cuando determinados hechos permitan suponer que puede ponerse en peligro la seguridad pública o el orden público, en particular si el solicitante u otras personas responsables del transporte no muestran la fiabilidad requerida. Se deniega la licencia cuando no se acrediten los recursos financieros necesarios o las correspondientes garantías en materia de seguridad. También puede denegarse cuando se pretenda emplear aeronaves que no estén matriculadas en el registro de

7. Por otra parte, conforme al artículo 169 de la LFG, el ejercicio de la actividad de transporte aéreo comercial de personas sin contar con las licencias exigidas en el artículo 102 de

4 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos (DO L 138, p. 1).

5 — BGBl 2007, I p. 698.

aeronaves alemán o bien no sean propiedad exclusiva del solicitante. Los registros de matrícula de Estados en el ámbito de aplicación de la normativa en materia de aviación de la Comunidad Europea están asimilados al registro de aeronaves alemán.

del cantón austriaco de Grieskirchen) adoptó respecto al Sr. Neukirchinger una decisión administrativa sancionadora («Straferkenntnis») mediante la que se le impuso una multa de 3.630 euros y, en caso de imposibilidad de pago, una pena privativa de libertad sustitutiva de 181 días. La Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen consideró que el vuelo comercial realizado el 19 de junio de 2007 constituía una infracción del artículo 169 de la LFG, por haber sido efectuado sin las licencias exigidas en el artículo 102 de la LFG.

III. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

10. El Sr. Neukirchinger, residente en Passau (Alemania), gestiona en Alemania una empresa de vuelos en globo. El 2 de marzo de 1999 las autoridades alemanas le concedieron una licencia para realizar despegues con globos tripulados desde lugares no determinados con anterioridad y ubicados fuera de zonas densamente pobladas. En esa licencia se recogen con detalle las condiciones relativas a la realización de viajes en globo y a las características del aparato. Posteriormente, el Sr. Neukirchinger pasó a ser gerente de la sociedad Bayernhimmel Ballonfahrt GmbH, con domicilio social en Alemania, y que había obtenido una licencia de explotación expedida el 15 de abril de 2003 por las autoridades alemanas.

11. El 19 de junio de 2007, el Sr. Neukirchinger realizó a partir de Wies (Austria) un vuelo en globo, con un bautismo del aire.

12. El 22 de enero de 2008, la Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (administración

13. En su recurso contra esta decisión, interpuesto ante el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Austria), el Sr. Neukirchinger alegó, en particular, que el hecho de supeditar la actividad de vuelos en globo a la obtención de licencias de transporte y de explotación infringe las libertades fundamentales conferidas por el Tratado CE y que una empresa austriaca de vuelos en globo no necesitaba obtener tales licencias en Alemania si ya disponía de licencias expedidas en Austria.

14. Al entender que los vuelos en globo aerostático no constituyen prestaciones de servicio de transporte e indicando que la explotación de aeronaves sin motor está armonizada a nivel comunitario, el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich

suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Deben interpretarse los artículos 49 [CE] y siguientes en el sentido de que se oponen a una norma nacional que exige a una persona establecida en otro Estado miembro, que dispone de una licencia para realizar viajes comerciales en globo concedida conforme al ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro [Alemania], tener el domicilio o la residencia en Austria para la realización de viajes en globo en su territorio [...]?
- 3) ¿Son contrarias al artículo 49 CE las disposiciones del artículo 102 en relación con los artículos 104 y 106 de la [LFG], si el titular de una licencia establecido en Alemania es objeto, por hacer uso de dicha licencia en Austria, de un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, se le impide el acceso al mercado, y ello a la vista de que, de conformidad con el artículo 106, apartado 1, de la [LFG], no puede obtenerse tal licencia ni una licencia de actividad sin constituir un establecimiento específico o establecer el domicilio, y sin el cambio de matrícula en Austria de un globo aerostático ya matriculado en Alemania?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

- 2) ¿Deben interpretarse los artículos 49 [CE] y siguientes en el sentido de que se oponen a una norma nacional en virtud de la cual el titular de una licencia para realizar viajes comerciales en globo, establecido en otro Estado miembro y reconocido como tal conforme al ordenamiento jurídico de este último, debe obtener una nueva licencia para realizar viajes en globo en otro Estado miembro cuyos requisitos tienen, en esencia, el mismo contenido que los de la licencia que ya se le ha concedido en su país de origen, pero con el requisito adicional de que el solicitante tenga su domicilio social o su residencia en el territorio nacional (en el caso de autos, Austria)?
15. De conformidad con el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, presentaron observaciones escritas la República de Austria, la República de Polonia y la Comisión de las Comunidades Europeas.
16. Mediante resolución de 1 de septiembre de 2009, el Tribunal de Justicia remitió el asunto a la Sala Segunda. El Tribunal de Justicia decidió pronunciarse sin la celebración de una vista, ya que ninguna de los interesados a los que se refiere el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia había solicitado que

se oyeran sus observaciones orales. Resolvió asimismo que el asunto se dirimiera sin conclusiones del Abogado General.

V. Análisis

17. El 4 de febrero de 2010, la Sala Segunda decidió, conforme al artículo 44, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, devolver el asunto al Tribunal, que lo atribuyó a la Gran Sala y resolvió recabar las conclusiones del Abogado General.

18. El 21 de abril de 2010, la Gran Sala ordenó la reapertura de la fase oral instando a los interesados a que se refiere el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia a manifestar sus observaciones sobre cuál es, habida cuenta del artículo 51 CE, apartado 1, la norma de Derecho primario o de Derecho derivado de la Unión que podría aplicarse, en su caso, a la libre prestación de un servicio consistente en el transporte aéreo comercial de pasajeros en globo aerostático.

19. El Sr. Neukirchinger, la República de Austria, la Autoridad de Vigilancia de la AELE y la Comisión Europea presentaron sus observaciones orales sobre este particular en la vista que se celebró el 15 de junio de 2010.

20. Recordaré que, esencialmente, la LFG supedita el transporte de pasajeros y mercancías en globo aerostático por un prestador establecido en otro Estado miembro al requisito de que sea titular de las licencias de transporte y explotación austriacas, cuya obtención se supedita, en particular, a que el prestador del servicio tenga su domicilio o, en el caso de una persona jurídica, su domicilio social en Austria.

21. La principal dificultad de este asunto radica en la cuestión de si los vuelos comerciales de pasajeros en globo aerostático están incluidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios (artículos 49 CE y siguientes) o al de las disposiciones de dicho Tratado relativas a la política común de transportes (artículos 70 CE a 80 CE).

22. Atendiendo a una definición general del transporte, que consiste en trasladar a una o varias personas o mercancías de un lugar a otro con ayuda de vehículos, podrían suscitarse algunas dudas respecto a la inclusión de los globos aerostáticos a la categoría de medios de transporte. En concreto, es obvio que,

por su dependencia de los vientos y a pesar del progreso técnico, estos medios sólo garantizan de manera aproximada la llegada al lugar de destino programado.⁶

libertad de los destinatarios de los servicios, y en particular la de los turistas para obtener sus servicios.⁸ En el presente asunto es preciso señalar que el vuelo que dio origen al asunto principal, efectuado a partir de una pradera situada en una localidad austriaca, incluía un bautismo del aire calificado de «tradicional» por el tribunal remitente. Por tanto, es posible considerar que la prestación ofrecida se destina esencialmente a fines recreativos, por lo que cabría incluirla en el ámbito de aplicación de los artículos 49 CE y 50 CE.

23. En el mismo orden de ideas, también cabría pensar que, debido al carácter completamente marginal de la actividad de vuelos en globo, ésta se asemeja mucho más a la prestación de servicios turísticos que al mercado de transportes comerciales de pasajeros o mercancías. A este respecto señalaré que, en su reciente sentencia Presidente del Consiglio dei Ministri,⁷ el Tribunal de Justicia examinó únicamente a la luz de los artículos 49 CE y 50 CE el carácter discriminatorio de un impuesto regional sobre las escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo que únicamente se exigía a los operadores con domicilio fiscal fuera del territorio regional, recordando su jurisprudencia conforme a la cual estos artículos incluyen también la

24. Aunque la resolución de remisión no esté motivada en este sentido, las consideraciones precedentes también pueden explicar el motivo por el que el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 49 CE.

25. Sin embargo, hay tres motivos que me inducen a pensar que las prestaciones de que se trata en el procedimiento principal están comprendidas en el ámbito de la navegación aérea.

6 — En una de sus primeras novelas de aventuras, *Cinco semanas en globo*, Julio Verne, evocando, a través de un artículo del *Daily Telegraph*, el periplo africano que esperaba a uno de sus héroes, Samuel Fergusson, refería con énfasis: «El intrépido descubridor (discoverer) se propone atravesar en globo toda África de este a oeste. Si no estamos mal informados, el punto de partida de su sorprendente viaje será la isla de Zanzibar, en la costa oriental. En cuanto al punto de llegada, tan sólo la Providencia lo sabe» (Verne, J., *Cinq semaines en ballon, voyage de découverte en Afrique par trois anglais*, Bibliothèque d'éducation et de récréation, Hetzel et Cie, Paris, 1863, p. 8).

7 — Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (C-169/08, Rec. p. I-10821), apartados 20 a 28.

26. En primer lugar, como indicó respectivamente el Sr. Neukirchinger ante el tribunal remitente y la Autoridad de Vigilancia de la

8 — *Ibidem*, apartado 25 y jurisprudencia citada.

AELE en la vista ante el Tribunal de Justicia, los globos aerostáticos forman parte de la categoría de aeronaves contemplada por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944.⁹ Por otra parte, como ha mencionado la Comisión en sus observaciones escritas, consta asimismo que, en el período de autos, estas aeronaves también estaban sometidas a las disposiciones técnicas y a las normas de seguridad previstas por el Reglamento (CE) n° 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea,¹⁰ y a los requisitos exigidos por el Reglamento n° 785/2004,¹¹ cuyos respectivos primeros considerando hacen referencia expresa al artículo 80 CE, apartado 2, que permite al Consejo de la Unión Europea adoptar las medidas apropiadas para la nave

gación aérea en el marco del título del Tratado relativo a los transportes.

27. Por tanto, sería incoherente, en mi opinión, considerar que los vuelos comerciales en globos aerostáticos están comprendidos, en parte, en la navegación aérea y, consiguientemente, en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la política común de transportes, y, por otra parte, en el ámbito de aplicación de las disposiciones generales del Tratado relativas a la libre prestación de servicios.

28. A continuación, como muestra la lectura de la resolución de remisión, la actividad del demandante en el procedimiento principal, calificada por el tribunal remitente de «transporte comercial de pasajeros en un globo aerostático», está regulada, tanto en Alemania como en Austria, por las respectivas normativas de estos Estados miembros relativas al tráfico aéreo y por las autoridades aeronáuticas nacionales competentes.

29. Por último, las circunstancias del asunto principal se distinguen de las que dieron lugar a la sentencia Presidente del Consiglio dei Ministri, antes citada. En efecto, mientras

9 — *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1, p. 295. El anexo 2 de este Convenio, que se refiere al «Reglamento del aire» especifica que los globos se clasifican como aeronaves. En sus observaciones escritas la Comisión define un globo como «una aeronave no propulsada por un motor que se eleva en el aire por efecto de la fuerza de sustentación y es dirigido en la atmósfera utilizando los vientos».

10 — DO L 240, p. 1. Debe señalarse que el Reglamento (CE) n° 2042/2003 de la Comisión, de 20 de noviembre de 2003, sobre el mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos, componentes y equipos y sobre la aprobación de las organizaciones y personal que participan en dichas tareas (DO L 315, p. 1), adoptado sobre la base del Reglamento n° 1592/2002, definía de manera amplia las aeronaves como una «máquina que puede sostenerse en la atmósfera a partir de reacciones del aire distintas de las reacciones del aire contra la superficie de la tierra».

11 — Citado en la nota 4.

que en este asunto, el impuesto regional sobre las escalas sólo afectaba a los operadores de medios de transporte pero no a las prestaciones de transporte en sí mismas,¹² lo que explica las razones por las que el Tribunal de Justicia tuvo que examinar las relaciones entre este impuesto con las disposiciones generales del Tratado relativas a la libre prestación de servicios,¹³ los requisitos exigidos por la LFG sí se refieren a la prestación de servicios de transporte aéreo realizado mediante globo aerostático.

30. Por tanto, considero que los vuelos comerciales en globo aerostático, como los realizados por el demandante en el procedimiento principal, forman parte del ámbito de la navegación aérea.

31. Pues bien, conforme al artículo 51 CE, apartado 1, la libre prestación de servicios en materia de transportes se rige por las disposiciones del título del Tratado CE relativo a los transportes, entre las que figura el artículo 80 CE, apartado 2.

32. De la lectura combinada de estas disposiciones el Tribunal de Justicia ha deducido que, en el sector de los transportes, el objetivo inicial, consistente en eliminar progresivamente las restricciones a la libre prestación

de servicios, habría debido alcanzarse en el marco de la política común de transportes.¹⁴

33. Respecto a los servicios de transporte aéreo, la última etapa de su liberalización en la Comunidad se alcanzó con los tres Reglamentos del Consejo de 23 de julio de 1992, conocidos como «tercer paquete aéreo», adoptados sobre la base del artículo 84, apartado 2, del Tratado CEE (posteriormente, artículo 80 CE, apartado 2, que pasó a ser, tras su modificación, el artículo 80 CE, apartado 2).¹⁵ Estos actos siguieron a los «paquetes aéreos» primero y segundo, adoptados respectivamente en diciembre de 1987 y en junio de 1990.

34. No obstante, es preciso señalar que, en virtud del artículo 1, apartado 2, del Reglamento n° 2407/92, que forma parte del tercer paquete aéreo y que estaba en vigor en el período de autos, *lo dispuesto en dicho Reglamento no se aplica al transporte de pasajeros, correo y/o carga realizado por aeronaves sin motor*. Este mismo artículo añade que, «con

14 — Véase la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Rec. p. 4441), apartado 11 y jurisprudencia citada.

15 — En concreto, el Reglamento (CEE) n° 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (DO L 240, p. 1), el Reglamento (CEE) n° 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO L 240, p. 8) y el Reglamento (CEE) n° 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DO L 240, p. 15).

12 — Véase el apartado 24.

13 — Véanse los apartados 25 y 26.

respecto a estas operaciones se aplicará el Derecho nacional por lo que se refiere a las licencias de explotación, así como el Derecho comunitario y nacional por lo que se refiere a los certificados de operador aéreo (AOC).¹⁶

35. Por tanto, los servicios prestados con este tipo de aeronaves, como los realizados por el demandante en el procedimiento principal, no están cubiertos por el tercer paquete aéreo, salvo por lo que se refiere, en parte, a la expedición del certificado de operador aéreo.

36. Esta parece ser la razón por la que la Comisión propone responder a las cuestiones planteadas desde el punto de vista del artículo 54 CE, o incluso de las disposiciones generales del Tratado, guiándose por el apartado 26 de la sentencia Comisión/Grecia.¹⁷

37. En efecto, en este apartado de dicha sentencia, que se refería a la compatibilidad con el Reglamento (CEE) n° 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados

miembros (cabotaje marítimo),¹⁸ de una normativa nacional que reservaba a los buques que navegaran bajo pabellón griego la prestación de servicios de remolque en alta mar, el Tribunal de Justicia declaró que «del artículo 51 CE, apartado 1, en relación con el artículo 80 CE, apartado 2, se desprende que los servicios correspondientes al sector de la navegación marítima, pero que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 3577/92 o de otras normas adoptadas en virtud del artículo 80 CE, apartado 2, *siguen estando regulados por la legislación de los Estados miembros, dentro del respeto a lo dispuesto en el artículo 54 CE y en otras disposiciones generales del Tratado*».¹⁹

38. En esta fase del análisis podría resultar tentador limitarse a aplicar la doctrina de esta sentencia al presente asunto y, de esta forma, a comprobar si los requisitos exigidos por la LFG respetan el artículo 54 CE y las demás disposiciones generales del Tratado, entre ellas el artículo 12 CE, que prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad.

39. Sin embargo, procede examinar previamente la objeción formulada en la vista por la República de Austria de que el artículo 54 CE no puede aplicarse en el ámbito de los transportes porque esta disposición, al igual que

16 — El artículo 2, letra d), del Reglamento n° 2407/92 define el certificado de operador aéreo (AOC) como «un documento expedido a una empresa o a un grupo de empresas por las autoridades competentes de un Estado miembro en el que se acredite que el operador en cuestión posee la capacidad profesional y la organización necesarias para garantizar la operación de aeronaves en condiciones seguras para las actividades aeronáuticas especificadas en el mismo».

17 — Sentencia de 11 de enero de 2007 (C-251/04, Rec. p. I-67).

18 — DO L 364, p. 7.

19 — La cursiva es mía.

el artículo 49 CE, forma parte del título III, capítulo 3, del Tratado CE, que, según el artículo 51 CE, apartado 1, no se aplica a la libre prestación de servicios en este ámbito.

40. Recordemos que, a tenor del artículo 54 CE, «en tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o de residencia, a todos los prestadores de servicios a que se refiere el párrafo primero del artículo 49 [CE]».

41. El lugar que ocupa el artículo 54 CE en la sistemática del Tratado CE abogaría a favor de la tesis de la República de Austria de que esta disposición no rige los servicios en materia de navegación marítima o aérea, al igual que las demás disposiciones que forman parte del título III, capítulo 3, de la Tercera Parte del Tratado CE.

42. Sin embargo, dos elementos me obligan a matizar considerablemente esta apreciación.

43. Por una parte, como ya he puesto en evidencia, en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, el Tribunal de Justicia supeditó el ejercicio de la competencia residual de los

Estados miembros en un ámbito relacionado con la navegación marítima, no cubierto por las disposiciones del Derecho derivado de la Unión, a la observancia de lo dispuesto en el artículo 54 CE y en *otras* disposiciones *generales* del Tratado, lo que, al parecer, implica que este artículo tiene carácter general, no circunscrito a los servicios comprendidos en la tercera parte, título III, capítulo 3, del Tratado CE.

44. Por otra parte, como recordó la Comisión en la vista, puesto que, a diferencia de otras disposiciones transitorias, el artículo 54 CE no fue derogado al revisar el Tratado CE y el contenido de este artículo figura actualmente, sin haber sufrido cambios, en el artículo 61 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), esta disposición debe poder conservar su efecto útil. Pues bien, aunque es evidente que, concluido el período transitorio, las restricciones a la libre circulación de servicios han sido abolidas y, por consiguiente, el artículo 54 CE ha quedado privado de interés respecto a los servicios a los que se aplica la Tercera Parte, título III, capítulo 3, del Tratado CE,²⁰ puede conservar una función residual en el ámbito de los transportes. En efecto, puesto que, en este ámbito, la consecución plena y completa de la libre prestación de servicios debe hacerse a través de una acción legislativa a nivel de la Unión realizada en el marco del capítulo de los transportes, mientras no se adopte tal acto o sólo se adopte

20 — Así parece desprenderse, por lo demás, de la sentencia de 26 de noviembre de 1975, Coenen y otros (39/75, Rec. p. 1547), apartado 8.

parcialmente, las restricciones a la libre prestación de servicios en materia de transporte no habrán sido suprimidas. Por tanto, la obligación enunciada en el artículo 54 CE puede conservar su efecto útil.

miembros el trato menos restrictivo que hayan dispensado a alguno de ellos. En otras palabras, cuando se trata de tales restricciones indistintamente aplicables, esta disposición no obliga a los Estados miembros a dispensar a los prestadores de servicios el trato que dispensan a sus propios nacionales y reviste, de alguna manera, la forma de cláusula de la nación más favorecida.

45. Esta disposición parece tener un doble significado, que mezcla el principio de trato nacional y el de la cláusula de la nación más favorecida.²¹ En efecto, al permitir únicamente la aplicación de las restricciones «no discriminatorias», el artículo 54 CE prohíbe, por consiguiente, todas las medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad o del domicilio. También significa que, en tanto no se supriman las demás restricciones a la prestación de servicios, los Estados miembros deben dispensar al conjunto de los prestadores de servicios de los demás Estados

46. Si el Tribunal de Justicia compartiera este punto de vista, sería fácil responder a la primera de las cuestiones planteadas por el tribunal remitente: No hay duda de que una normativa nacional que supedita la prestación de servicios realizada por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro al requisito de que esta persona tenga un domicilio social en el territorio nacional constituye una infracción patente del artículo 54 CE. Además, en sus observaciones escritas, la República de Austria no ha intentado siquiera justificar tal diferencia de trato y hace hincapié en que una modificación de la LFG para suprimir este requisito debería ser propuesta en el marco de la próxima revisión de esta ley.

21 — Este doble significado ha sido puesto en evidencia por varios autores: véanse, en particular, Draetta, U., «Comentario all'art. 65», in Quadri, R., Monaco, R., e Trabucchi, A., (dir.), *Trattato istitutivo della C.E.E. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1965, vol. I, pp. 493 y 494; Truchot, L., en Léger, P., (dir.), «Commentaire Article par Article des traités UE et CE», Helbing Liechthahn, Dalloz, Bruylant, 1^a ed., París, 2000, p. 477. No obstante, hay que señalar que una parte de la doctrina únicamente deduce de este texto la prohibición de discriminación (véase, por ejemplo, Van den Bogaert, S., *Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU post Bosman*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 122), o la mera reiteración de la aplicación del trato nacional [véase, entre otros, Lugato, M., «Commento agli articoli 49-55», in Tizzano, A., (dir.), *Commentario ai Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 415], mientras que, al contrario, otra corriente doctrinal considera que el artículo 54 CE únicamente contiene una cláusula de la nación más favorecida (véase, entre otros, Goldman, B., Lyon-Caen, A., y Vogel, L., *Droit commercial européen*, Dalloz, 5^a ed. París, 1994, p. 273).

47. En cambio, la respuesta a la segunda cuestión parece plantear más dificultades, excepto, bien entendido, en lo que atañe a la parte de esta cuestión relativa al requisito de disponer de una residencia o de un domicilio

social, que ya es objeto de la respuesta a la primera cuestión.

de las disposiciones del capítulo del Tratado relativo a los transportes.

48. Delimitándola de esta forma, la segunda cuestión tiene por objeto determinar si el requisito impuesto por una normativa nacional como la LFG a todos los operadores de vuelos en globo aerostático de ser titular tanto de una licencia de transporte como de una licencia de explotación es contrario al artículo 54 CE aunque este operador haya obtenido, en el Estado miembro en el que está establecido, licencias cuyos requisitos de expedición son idénticos o equivalentes a los exigidos en el territorio del Estado miembro en el que se efectúa la prestación de servicios.

49. A este respecto, consta que, aparte, evidentemente, del requisito de disponer de una residencia o de un domicilio social en el territorio nacional, el requisito, impuesto a los prestatarios que operan en territorio austriaco, de estar en posesión de las dos licencias citadas se aplica sin hacer distinciones en función de la nacionalidad o de la residencia.

50. Por tanto, el artículo 54 CE no se opone, en principio, a tal requisito, puesto que la eliminación de las restricciones que se derivan de ésta debe llevarse a cabo, en su caso, en el marco de los actos adoptados sobre la base

51. No obstante, es posible preguntarse si, en el marco de un procedimiento de expedición de dichas licencias, no debería atemperarse esta apreciación.

52. En cuanto a la obligación, impuesta por los artículos 102 y 106 de la LFG, de estar en posesión de una *licencia de transporte*, los requisitos exigidos para la expedición de dicha licencia —excepto, repito, el relativo a la posesión de una residencia o de un domicilio social en Austria— relativos a la prueba de la capacitación profesional y capacidad financiera suficientes, a la observancia de las normas de seguridad y a la prueba de que se han asegurado los riesgos de explotación, parecen, al menos en parte, haber sido objeto de una aproximación de las legislaciones de los Estado miembros a nivel comunitario.

53. En efecto, recordemos que, aunque el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n° 2407/92 excluye, en principio, de su ámbito de aplicación las actividades de transporte

aéreo realizadas por aeronaves sin motor, precisa, no obstante que «con respecto a estas operaciones se aplicará [...] el Derecho comunitario y nacional por lo que se refiere a los certificados de operador aéreo (AOC)» y el artículo 2, letra d), de dicho Reglamento define este último como «un documento expedido a una empresa o a un grupo de empresas por las autoridades competentes de un Estado miembro en el que se acredite que el operador en cuestión posee la capacidad profesional y la organización necesarias para garantizar la operación de aeronaves en condiciones seguras para las actividades aeronáuticas especificadas en el mismo». Además, como han puesto de manifiesto la República de Austria y la Comisión, las normas técnicas y de seguridad previstas por el Reglamento n° 1592/2002, incluidas las adoptadas sobre su base, en particular, las relativas a la certificación de aeronavegabilidad,²² se aplican a los globos aerostáticos. Por otra parte, en lo que atañe a la prueba de la cobertura de los riesgos de explotación, el artículo 106 de la LFG se remite expresamente al Reglamento n° 785/2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

54. Pues bien, en estas circunstancias, considero que las autoridades de un Estado miembro que se negaran totalmente tener en cuenta la licencia de transporte expedida por el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios aunque tal documento

acredite, al menos en parte, que éste cumple los requisitos mencionados en el punto precedente de las presentes conclusiones, infringiría el artículo 54 CE y las disposiciones aplicables de los citados Reglamentos. En efecto, tal negativa se basaría, en definitiva y de facto, únicamente en el lugar del domicilio y o del establecimiento del prestador del servicio y, por tanto, estaría prohibida por el artículo 54 CE.²³

55. Este criterio también me parece aplicable a la obligación de estar en posesión de una *licencia de explotación*, cuya expedición parece estar absolutamente supeditada a la obtención de una licencia de transporte, conforme al artículo 108, apartado 2, de la LFG, y para cuya obtención no parece exigirse a los titulares de una licencia de transporte ningún requisito adicional a los exigidos para la expedición de ésta.²⁴

56. Añadiré que este criterio no parece, en definitiva, muy alejado del mantenido en las observaciones escritas de la República de

22 — Reglamento (CE) n° 1702/2003 de la Comisión, de 24 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción (DO L 243, p. 6).

23 — Según la jurisprudencia, las normas de igualdad de trato entre los nacionales propios y nacionales de otros Estados miembros no sólo prohíben las discriminaciones patentes por razón de la nacionalidad, o del domicilio social por lo que se refiere a las sociedades, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, produzca, de hecho, el mismo resultado. Véase, en particular, la sentencia de 27 de octubre de 2009, *ČEZ* (C-115/08, Rec. p. I-10265), apartado 92 y jurisprudencia citada.

24 — Ni la resolución de remisión ni las observaciones de la República de Austria mencionan la existencia de eventuales requisitos adicionales.

Austria, ya que ésta considera que, *puesto que el procedimiento de expedición de la licencia tiene en cuenta los documentos acreditativos y las garantías que el solicitante ya ha proporcionado en su Estado miembro de origen*, está justificado exigir una licencia.²⁵

57. No obstante, recordaré que el procedimiento principal no se refiere a la negativa de las autoridades austriacas competentes a expedir las licencias de transporte y explotación a un prestador de servicios sin tener en cuenta la(s) obtenida(s) por el mismo en el Estado miembro de su establecimiento, sino a un procedimiento sancionador de una infracción de la LFG por ejercicio ilegal de la actividad de operador de vuelos en globo aerostático, *sin estar en posesión* de las dos licencias exigidas por esta ley.

58. Ahora bien, la segunda cuestión planteada por el tribunal remitente está destinada, en realidad, a averiguar si debe existir a nivel comunitario un reconocimiento mutuo completo de las licencias de transporte y de explotación expedidas en los Estados miembros a los operadores de transporte en globo aerostático desde el momento que los requisitos exigidos para expedir dichas licencias se consideran equivalentes.

25 — Punto 60 de dichas observaciones. No obstante, hay que precisar que estas observaciones se refieren a la interpretación del artículo 49 CE, y no a la del artículo 54 CE.

59. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, entiendo que debe responderse negativamente a esa cuestión. En efecto, el artículo 54 CE no puede imponer tales obligaciones a cargo de los Estados miembros so pena de invadir las competencias de las instituciones políticas de la Unión encargadas de aplicar la libre prestación de servicios en el marco de la política común de transportes.

60. En cualquier caso, entiendo que la respuesta a esta cuestión sería la misma si el Tribunal de Justicia considerara que no procede examinar la compatibilidad de una normativa nacional como la LFG a la luz del artículo 54 CE, sino del artículo 12 CE, que prohíbe, en el ámbito de aplicación del Tratado, toda discriminación por razón de la nacionalidad.

61. En primer lugar, opino que la aplicabilidad de este último artículo a una situación como la del asunto principal no tropieza en absoluto con obstáculos insuperables.

62. En efecto, en mi opinión, esta forma de proceder se desprende, entre otros, de la interpretación del apartado 26 de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada.

63. No obstante, debería inducir al Tribunal de Justicia a ir más allá de la solución aplicada en la sentencia *Corsica Ferries* (Francia), antes citada, relativa a los servicios de transporte marítimo.

64. Recordemos que, en este asunto, se había planteado al Tribunal de Justicia la cuestión de si era contrario al artículo 59 del Tratado CEE (posteriormente, artículo 59 del Tratado CEE, que pasó a ser, tras su modificación, el artículo 49 CE) establecer una tasa diferenciada, que se percibió en 1981 y 1982, dependiendo de que los buques de que se trataba realizaran transportes entre Córcega y Francia continental o entre la citada isla y un puerto situado en otro Estado miembro. Tras recordar que la libre prestación de servicios en materia de transportes estaba regulada por las disposiciones del título relativo a los transportes, y no por los artículos 59 y siguientes del Tratado CEE,²⁶ y que, según el artículo 84, apartado 2, del Tratado CEE, el Consejo podía decidir si podían adoptarse disposiciones adecuadas para la navegación marítima, y, de ser así, en qué medida y mediante qué procedimiento,²⁷ el Tribunal de Justicia declaró que, durante el período considerado en el procedimiento principal (los años 1981 y 1982), aún no se había realizado la libre prestación de servicios en el sector del transporte marítimo, que no entró en vigor hasta 1987, como consecuencia de la adopción

del Reglamento (CEE) n° 4055/86,²⁸ lo que, consiguientemente, significaba que los Estados miembros podían aplicar disposiciones como las controvertidas en el procedimiento principal.²⁹

65. Pues bien, procede señalar que el Tribunal de Justicia no examinó la normativa controvertida en este asunto a la luz de las disposiciones generales del Tratado, en particular, el artículo 7 del Tratado CEE (posteriormente, artículo 6 del Tratado CE, que pasó a ser, tras su modificación, el artículo 12 CE), como había sugerido su Abogado General.³⁰ En efecto, según éste, parecía «evidente» que, en ese asunto, no se podía invocar la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 7 del Tratado CEE puesto que, habida cuenta de la exclusión de los transportes del ámbito de aplicación de las disposiciones generales del Tratado relativas a la libre prestación de los servicios destinadas a concretar y a poner en práctica dicha prohibición, recurrir a él resultaría contrario al sistema de estas disposiciones. En otras palabras, al parecer el Abogado General temía que aplicar el artículo 7 del Tratado CEE al asunto que debía dirimir el Tribunal de Justicia permitiera eludir la inaplicación de las normas generales de libre prestación de servicios a los transportes, como estaba prevista en el artículo 61 del Tratado CEE (posteriormente, artículo 61 del Tratado CEE, que pasó

26 — Sentencia *Corsica Ferries* Francia, antes citada, apartado 11.

27 — *Ibidem*, apartado 12.

28 — Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (DO L 378, p. 1).

29 — Véase la sentencia *Corsica Ferries* Francia, antes citada, apartados 13 y 14.

30 — Véanse los puntos 12 y 13 de las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia *Corsica Ferries* (Francia), antes citada.

a ser, tras su modificación, el artículo 51 CE), en la medida en que el principio enunciado en el artículo 7 del Tratado CEE había sido puesto en práctica en el ámbito de la prestación de servicios, por el artículo 59 del Tratado CEE.³¹

66. No estoy seguro de que el silencio mantenido por la sentencia *Corsica Ferries (France)* sobre este extremo deba entenderse como una aquiescencia a la propuesta formulada por el Abogado General Lenz. En efecto, aunque el principio general de no discriminación, tal como lo expresa el artículo 12 CE,³² haya sido aplicado efectivamente respecto al ámbito de la libre prestación de servicios, por el artículo 49 CE, es notorio que este artículo no se limita a la abolición de medidas discriminatorias sino que contempla, más ampliamente, las «restricciones», es decir, las medidas que prohíben, obstaculizan o restan interés al ejercicio de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios.³³ La distinción entre las disposiciones generales del Tratado, de las que forma parte el artículo 12 CE, por una parte, y el artículo 49 CE, por otra parte, también se desprende de la interpretación conjunta que debe hacerse de la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia. Así, según esta jurisprudencia, aunque los objetivos perseguidos por el artículo 49 CE deban realizarse, por lo que se refiere a los transportes, en el marco de la política común de transportes³⁴ y si bien los transportes marítimos y aéreos están sustraídos a las normas del Tratado relativas a la política común de los transportes, en tanto en cuanto el Consejo no decida otra cosa, aquéllos quedan sometidos a las reglas generales del Tratado, de igual modo que los demás medios de transporte.³⁵ Cuesta imaginar que tal jurisprudencia haya querido excluir una disposición tan fundamental como el artículo 12 CE de la referencia hecha a las normas generales del Tratado.

67. Una vez dicho esto, por lo que se refiere, en segundo lugar, a la interpretación del artículo 12 CE en el ámbito de un asunto como el principal, la prohibición que establece esta disposición se opone indudablemente a que un Estado miembro supedite la actividad de un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro al requisito de que este prestador tenga su domicilio social o su residencia en el territorio del primer Estado

31 — A este respecto, véanse, en particular, las sentencias de 28 de octubre de 1999, *Vestergaard* (C-55/98, Rec. p. I-7641), apartado 17, y de 11 de diciembre de 2003, *AMOK* (C-289/02, Rec. p. I-15059), apartado 26.

32 — Sobre el valor del principio general de prohibición enunciado en el artículo 12 CE, véase la sentencia *ÇEZ*, antes citada, apartados 89 y 91.

33 — Véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12; de 8 de junio de 2000, *Comisión/Italia* (C-264/99, Rec. p. I-4417), apartado 9, y de 29 de abril de 2009, *Comisión/Italia* (C-518/06, Rec. p. I-3491), apartado 62 y jurisprudencia citada.

34 — Véanse, en particular, las sentencias de 22 de mayo de 1985, *Parlamento/Consejo* (13/83, Rec. p. 1513), apartado 62, y de 30 de abril de 1986, *Asjes y otros* (209/84 à 213/84, Rec. p. 1425), apartado 37.

35 — Sentencia de 4 de abril de 1974, *Comisión/Francia* (167/73, Rec. p. 359), apartado 32. Véase asimismo la sentencia *Asjes y otros*, antes citada, apartado 45.

miembro.³⁶ Por otra parte, recordaré que, en sus observaciones escritas, la República de Austria no ha intentado en absoluto justificar tal discriminación.

inaplicabilidad de esta disposición al ámbito de los transportes. Es más, como he indicado en el punto 59 de estas conclusiones a propósito del artículo 54 CE, si se interpretara el alcance del artículo 12 CE de forma que excediera incluso la del artículo 49 CE, el Tribunal de Justicia invadiría las competencias de las instituciones políticas de la Unión encargadas de aplicar la libre prestación de servicios en el ámbito de los transportes.

68. En cambio, el alcance de la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad impuesta en el artículo 12 CE no puede llegar al extremo de imponer a los Estados miembros la obligación de reconocer mutuamente las licencias de transporte y de explotación expedidas en los demás Estados miembros, aunque estas licencias acrediten que el prestador de servicios cumple los requisitos relativos a garantías equivalentes, como pregunta el tribunal remitente en su segunda cuestión prejudicial. En efecto, otra solución equivaldría a atribuir al artículo 12 CE un alcance idéntico, o incluso mayor, que el del artículo 49 CE³⁷ y, por tanto se eludiría la

69. Por tanto, propongo que el Tribunal de Justicia responda respectivamente a las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el sentido de que, por una parte, el artículo 54 CE o, en su caso, el artículo 12 CE se oponen a que la normativa de un Estado miembro exija, para realizar vuelos comerciales en globo aerostático en su territorio, que el prestador del servicio establecido en otro Estado miembro tenga su domicilio social o residencia en el territorio del primer Estado miembro y, por otra parte, que, excepto por lo que se refiere al requisito de disponer de un domicilio social o de residencia en el territorio nacional, ni el artículo 54 CE ni el artículo 12 CE se oponen a que un Estado miembro exija que un prestador de servicios titular de licencias para realizar vuelos comerciales en globo aerostático expedidos en el Estado miembro en el que esté establecido obtenga

36 — A este respecto, véase la sentencia de 1 de octubre de 2009, Gottwald (C-103/08, Rec. p. I-9117), apartado 28.

37 — Recordemos que, por lo que atañe a la compatibilidad con el artículo 49 CE de un procedimiento de licencia previa al ejercicio de la prestación de servicios en un Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha declarado que los requisitos exigidos para obtener dicha licencia no pueden ser una repetición innecesaria de los requisitos legales equivalentes ya cumplidos en el Estado de establecimiento. Véase la sentencia de 11 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-496/01, Rec. p. I-2351), apartado 71 y jurisprudencia citada.

nuevas licencias en el Estado miembro en cuyo territorio se realizan las prestaciones de servicio, a condición de que las autoridades competentes de este Estado miembro tengan en cuenta, al expedir estas licencias, las garantías que el solicitante ya ha prestado en el Estado miembro de establecimiento.

70. En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea fundamentalmente averiguar³⁸ si son eventualmente incompatibles con el Tratado las sanciones impuestas al prestador de servicios establecido en otro Estado miembro que haya ejercido su actividad en el territorio austriaco sin disponer de las licencias de transporte y de explotación exigidas por la LFG.

71. A este respecto hay que recordar ante todo que, a tenor de las disposiciones de la LFG, disponer de un domicilio social o residencia en Austria, constituye un requisito para obtener dichas licencias. Pues bien, puesto que este requisito es, en mi opinión, incompatible con el artículo 54 CE o, en su caso, con el artículo 12 CE, el demandante en el procedimiento principal, establecido en

38 — Al formular su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente destaca un requisito aparentemente adicional a la expedición de las licencias exigidas por la LFG, en concreto, el de que el prestador de servicios cambie en Austria la matrícula de un globo aerostático utilizado para el transporte comercial de pasajeros en dicho Estado miembro. No obstante, este requisito no parece deducirse del tenor de las disposiciones nacionales de que se trata en el procedimiento principal ni desprenderse de los elementos del litigio. Además, las dos cuestiones prejudiciales precedentes no se referían a este requisito, cuya compatibilidad con las disposiciones del Tratado tampoco ha sido objeto de cuestión alguna en la petición de decisión prejudicial presentada por el tribunal remitente. Por tanto, entiendo que no procede examinar este requisito, cosa que tampoco solicita el tribunal remitente.

Alemania, en ningún caso habría podido obtener tales licencias sin haber elegido su domicilio profesional en Austria.

72. Por tanto y en la medida en que de los autos no se desprende que el cálculo del importe de las multas impuestas y, con mayor motivo, el cálculo de la sanción sustitutoria se efectúan, de manera proporcionada, en función de los distintos requisitos de la expedición de las licencias que no se cumplen, el juez nacional debería, conforme a la jurisprudencia, dejar inaplicadas las sanciones administrativas por no cumplir una formalidad administrativa cuando el Estado miembro de que se trate deniegue o haga imposible el cumplimiento de dicha formalidad infringiendo el Derecho de la Unión.³⁹

73. Por tanto, propongo responder a la tercera cuestión prejudicial que no deben aplicarse las sanciones administrativas impuestas a un prestador de servicios de vuelos comerciales en globo aerostático establecido en un Estado miembro por no poseer las licencias de transporte y de explotación exigidas por la normativa nacional del Estado miembro en el que presta sus servicios, que supedita su expedición al requisito de tener el domicilio social o la residencia en este Estado miembro, en infracción del artículo 54 CE o, en su caso, del artículo 12 CE.

39 — Por lo que se refiere a las sanciones penales, véase la sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 69.

VI. Conclusión

74. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo responder de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich:

- «1) el artículo 54 CE o, en su caso, el artículo 12 CE se oponen a que la normativa de un Estado miembro exija, para realizar vuelos comerciales en globo aerostático en su territorio, que un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro tenga su domicilio social o residencia en el territorio del primer Estado miembro.

- 2) Excepto por lo que se refiere al requisito de disponer de un domicilio social o de residencia en el territorio nacional, ni el artículo 54 CE ni el artículo 12 CE se oponen a que un Estado miembro exija que un prestador de servicios titular de licencias para realizar vuelos comerciales en globo aerostático expedidos en el Estado miembro en el que esté establecido obtenga nuevas licencias en el Estado miembro en cuyo territorio se realizan las prestaciones de servicio, a condición de que las autoridades competentes de este Estado miembro tengan en cuenta, al expedir estas licencias, las garantías que el solicitante ya ha prestado en el Estado miembro de establecimiento.

- 3) No deben aplicarse las sanciones administrativas impuestas a un prestador de servicios de vuelos comerciales en globo aerostático establecido en un Estado miembro por no poseer las licencias de transporte y de explotación exigidas por la normativa nacional del Estado miembro en el que presta sus servicios, que supedita su expedición al requisito de tener el domicilio social o la residencia en este Estado miembro, en infracción del artículo 54 CE o, en su caso, del artículo 12 CE.»