CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL Sr. GEORGES COSMAS

presentadas el 16 de mayo de 2000 [1]

Índice

I. Introducción ..... I- 388

II. Marco jurídico ..... I- 388

III. Hechos y Decisión impugnada ..... I- 390

IV. Motivos de anulación ..... I- 394

A. Interpretación de la base jurídica de la Decisión impugnada (motivos de anulación primero y segundo) ..... I- 395

a) Alegaciones de las partes ..... I- 395

aa) Incompetencia derivada de la infracción del artículo 8, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 2408/92 y de los artículos 155 (actualmente artículo 211 CE) y 169 (actualmente artículo 226 CE) del Tratado CE (primer motivo de anulación) ..... I- 395

ab) Infracción de los artículos 3, apartado 1, y 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 y de los artículos 59, 61, apartado 1, y 84, apartados 1 y 2, del Tratado, así como de los principios de la jurisprudencia en materia de libre prestación de servicios (segundo motivo de anulación) ..... I- 396

b) Definición de postura ..... I- 398

B. Infracción o interpretación errónea del artículo 8, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 2408/92 debidas a una aplicación errónea del principio de proporcionalidad (tercer motivo de anulación) ..... I- 409

C. Sobre la infracción del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 a la luz de las normas relativas a las discriminaciones indirectas y la apreciación manifiestamente errónea de los hechos (cuarto motivo de anulación) ..... I- 415

V. Conclusión ..... I- 421

1 — Lengua original: griego.

I. Introducción

1. Mediante el presente recurso, la República Italiana (en lo sucesivo, «demandante») solicita la anulación de la Decisión 98/710/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2408/92 del Consejo (Asunto VII/AMA/11/98 — Normas italianas de distribución del tráfico en el sistema aeroportuario de Milán) [2] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), que prohibió a la República Italiana aplicar las normas de distribución del tráfico aéreo en el sistema aeroportuario de Milán que habían sido definidas mediante Decretos nacionales que, en particular, preveían la transferencia del tráfico aéreo desde el aeropuerto de Linate al de Malpensa. La demandante afirma que la Decisión impugnada, basada en la supuesta existencia de restricciones desproporcionadas de la libre prestación de servicios, excedió los límites del Reglamento (CEE) nº 2408/92, [3] que invoca como base jurídica. Paralelamente, la demandante sostiene que, en todo caso, la Comisión aplicó el principio de proporcionalidad de manera errónea. Por último, según la demandante, la Comisión procedió a una apreciación errónea de los hechos con base en la cual declaró que existía una discriminación indirecta en favor de la compañía aérea nacional (Alitalia).

2 — DO L 337, p. 42.

3 — Reglamento 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).

II. Marco jurídico

2. A tenor del artículo 59, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, párrafo primero, tras su modificación):

«En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

3. A tenor del artículo 61, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 51 CE, apartado 1):

«La libre prestación de servicios, en materia de trasportes, se regirá por las disposiciones del Título relativo a los transportes.»

4. Por lo demás, a tenor del artículo 84, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 80 CE, apartado 2, tras su modificación):

«El Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir si, en qué medida y de

acuerdo con qué procedimientos podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea.

Se aplicarán las normas de procedimiento de los apartados 1 y 3 del artículo 75.»

5. Los dos primeros considerandos del Reglamento nº 2408/92 tienen el siguiente tenor:

«Considerando que es importante establecer una política de transporte aéreo para el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, tal como dispone el artículo 8 A del Tratado;

Considerando que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada».

6. El decimonoveno considerando del mismo Reglamento tiene el siguiente tenor:

«Considerando que es conveniente tratar todos los asuntos relacionados con el acceso al mercado en el mismo Reglamento».

7. Por otro lado, a tenor del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Reglamento, el Estado o Estados miembros interesados autorizarán a las compañías aéreas comunitarias el ejercicio de derechos de tráfico en las rutas intracomunitarias.»

8. Por último, a tenor del artículo 8 del mismo Reglamento:

«1. El presente Reglamento no afectará al derecho de un Estado miembro a regular, sin que exista discriminación basada en la nacionalidad o identidad de la compañía aérea, la distribución del tráfico entre los aeropuertos en el interior de un sistema aeroportuario.

2. El ejercicio de los derechos de tráfico estará sujeto a las normas comunitarias, nacionales, regionales o locales publicadas

relativas a la seguridad, a la protección del medio ambiente y a la asignación de franjas horarias.

3. A petición de un Estado miembro o por propia iniciativa, la Comisión estudiará la aplicación de los apartados 1 y 2 y, en el plazo del mes siguiente a la recepción de la petición y previa consulta con el Comité a que se refiere el artículo 11, decidirá si dicho Estado miembro puede seguir aplicando la medida. La Comisión comunicará su decisión al Consejo y a los Estados miembros.

4. Todo Estado miembro podrá someter al Consejo, dentro del plazo de un mes, la decisión de la Comisión. El Consejo, por mayoría cualificada, en circunstancias excepcionales, podrá adoptar una decisión distinta en el plazo de un mes. [...]».

III. Hechos y Decisión impugnada

9. El sistema aeroportuario de Milán está constituido por los aeropuertos de Linate, Malpensa y Orio al Serio (Bérgamo). La distribución del tráfico aéreo entre estos tres aeropuertos se efectuaba de acuerdo con las reglas del mercado, teniendo en cuenta las limitaciones operativas existentes. Esta circunstancia tuvo como consecuencia una utilización ineficaz de la capacidad disponible en los aeropuertos, sobreexplotada en el caso de Linate e infrautilizada en el de Malpensa. [4] Además, ninguno de los aeropuertos de este sistema ha llegado a convertirse en un centro de operaciones importante de vuelos nacionales, internacionales e intercontinentales.

10. Por esta razón, las autoridades italianas decidieron reorganizar el sistema aeroportuario de Milán con el fin de convertir Malpensa en un centro de operaciones y ofrecer en el futuro la capacidad aeroportuaria necesaria. Este objetivo requería la ampliación y mejora del aeropuerto de Malpensa, proyecto conocido con el nom-

4 — Es el aeropuerto de Linate, situado a diez kilómetros del centro de Milán, el que recibía la mayor parte del tráfico internacional intracomunitario y del tráfico nacional. El aeropuerto de Linate sufría importantes problemas de capacidad. En efecto, en 1997 pasaron por este aeropuerto alrededor de catorce millones de pasajeros, a pesar de que su capacidad óptima se calcula en ocho millones. El aeropuerto de Malpensa, situado a cincuenta y tres kilómetros del centro de Milán, se utilizaba para todos los vuelos intercontinentales, habida cuenta de las limitaciones que impedían que estos vuelos salieran del aeropuerto de Linate. Malpensa sólo acogía un número limitado de vuelos intracomunitarios, ya que los pasajeros prefieren el aeropuerto de Linate, más cercano al centro de Milán. En consecuencia, el aeropuerto de Malpensa sólo recibió, en 1997, alrededor de cuatro millones de pasajeros, a pesar de que su capacidad óptima está calculada en seis millones. El aeropuerto de Orio al Serio, situado a unos cincuenta kilómetros del centro de Milán y próximo a Bérgamo, se utiliza principalmente para tráfico de carga y vuelos chárter y, en menor medida, para servicios regulares de transporte de pasajeros.

bre de «Malpensa 2000». [5] Las disposiciones financieras en que se basaba el nuevo aeropuerto de Malpensa requerían la concentración del tráfico en este aeropuerto y, por lo tanto, una inevitable transferencia de tráfico desde el aeropuerto de Linate al de Malpensa.

11. Por esta razón, el ministro dei Transporti (Ministro de Transportes) italiano adoptó, el 5 de julio de 1996, el Decreto nº 46-T, por el que se establecían las normas de distribución del tráfico aéreo en el sistema aeroportuario de Milán. En el artículo 1, apartado 1, se disponía que, a partir de la fecha de entrada en servicio de las estructuras prioritarias de «Malpensa 2000», que debía establecerse mediante un Decreto posterior, todos los servicios regulares y no regulares efectuados en rutas intercontinentales e intracomunitarias (incluidas las rutas intracomunitarias nacionales o internacionales) serían operados por el aeropuerto de Malpensa, que constituiría tanto su punto de origen como su punto de destino. El artículo 1, apartado 2, establecía que tales servicios también podían tener como punto de origen y de destino el aeropuerto de Orio al Serio. En el artículo 1, apartados 3 y 4, se disponía que el aeropuerto de Linate debía reservarse exclusivamente a la aviación general y a la explotación de servicios aéreos directos con origen o destino en Milán, siempre que el total anual del pasaje transportado por dichos servicios durante el año anterior a la entrada en servicio de las estructuras prioritarias fuera igual o superior a dos millones de personas, o bien hubiera alcanzado una media anula de un millón setecientas cincuenta mil personas durante los tres años anteriores.

12. El 13 de octubre de 1997, el Gobierno italiano aprobó el Decreto nº 57-T, cuyo artículo 1, apartado 1, establecía que las estructuras prioritarias a que se refería el Decreto nº 46-T entrarían en servicio el 25 de octubre de 1998. De los Decretos nºs 46-T y 57-T se desprendía que, a partir del 25 de octubre de 1998, todos los servicios aéreos cuyo punto de origen o de destino fuera Milán debían efectuarse bien a partir del aeropuerto de Malpensa, bien a partir del de Orio al Serio, con excepción de los servicios de aviación general y de los servicios de transporte aéreo que cumplieran los umbrales de tráfico que se habían fijado en el artículo 1, apartado 4, del Decreto nº 46-T. En la práctica, la única ruta que cumplía los suelos fijados era la de Milán a Roma.

13. El 16 de febrero de 1998, las compañías aéreas British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System y TAP Air Portugal presentaron ante la Comisión una petición conjunta que tenía por objeto que ésta declarase que las normas de distribución del tráfico aéreo en el sistema del aeropuerto de Milán adoptadas por las autoridades italianas eran incompatibles con el

5 — Este proyecto figuraba entre los catorce proyectos prioritarios de la Red Europea de Transporte en virtud de la Decisión 1692/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea de transporte (DO L 228, p. 1). El proyecto recibió financiación comunitaria, del Fondo Europeo de Inversiones y del Banco Europeo de Inversiones.

Derecho comunitario y, en particular, con el Reglamento nº 2408/92, y requiriese a las autoridades italianas que se abstuviesen de aplicar dichas normas y adoptasen otras plenamente compatibles con el Derecho comunitario. [6] En particular, las compañías aéreas afirmaban que, en la práctica, las normas italianas eran discriminatorias y favorecían a Alitalia [7] y que, por otra parte, no se atenían al principio de proporcionalidad. [8]

14. Tras seguir el procedimiento previsto, [9] la Comisión adoptó, el 16 de septiembre de 1998, la Decisión impugnada, basada en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92.

15. En la exposición de motivos de la Decisión impugnada, la Comisión, tras haber descrito los hechos y el procedimiento, formula una apreciación jurídica relativa a las normas italianas controvertidas, consideradas a la luz del Reglamento nº 2408/92. Según la Comisión, toda restricción adoptada al amparo de la disposición del artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento debe, paralelamente, ser compatible con el principio de no discriminación, al que alude expresamente dicha

6 — El 15 de abril de 1998, Air France informó a la Comisión de que se adhería a las compañías aéreas antes citadas en su acción conjunta contra las normas italianas. El 22 de abril de 1998, estas compañías aéreas solicitaron a la Comisión que adoptara medidas provisionales para impedir, con carácter previo a la adopción de una decisión sobre el fondo relativa a las normas italianas, que dichas normas fueran aplicadas mientras no existieran conexiones de transporte adecuadas y suficientes entre el aeropuerto de Malpensa y Milán. El 27 de mayo de 1998, Austrian Airlines presentó ante la Comisión una petición por separado que tenía el mismo objeto que las peticiones originales y suplementarias presentadas por las compañías denunciantes, y que estaba basada en los mismos motivos.

7 — Según las compañías aéreas antes citadas, la aplicación de las normas italianas conduciría a que únicamente se operara desde el aeropuerto de Linate la ruta Milán-Roma, que actualmente es operada por varias compañías aéreas comunitarias, entre ellas Alitalia. En estas circunstancias, Alitalia podría seguir utilizando en gran medida su centro de operaciones de Roma, que podría alimentar con los vuelos con salida desde Linate, mientras que las compañías comunitarias no italianas ya no tendrían la posibilidad de conectar sus respectivos centros de operaciones con dicho aeropuerto, dada la obligación que se les impone de operar dichos servicios desde Malpensa. De ello se desprende que Alitalia se beneficiará de una ventaja competitiva frente a las compañías comunitarias no italianas por lo que se refiere a la prestación de servicios aéreos de medio y largo recorrido a través de su centro de operaciones. Dicho de otro modo, los pasajeros que tomen el avión en Milán para realizar un vuelo de medio o largo recorrido con conexión en un centro de operaciones preferirán hacerlo por el de Alitalia, en detrimento de los de otras compañías comunitarias. Además, las compañías aéreas consideraron que la inexistencia de vías de comunicación suficientes y adaptadas hará aún menos práctico el aeropuerto de Malpensa con respecto al de Linate y agravará, por tanto, el efecto discriminatorio de las normas italianas.

8 — Las compañías aéreas antes citadas consideraron que las normas italianas no son proporcionadas, en la medida en que los objetivos perseguidos podrían alcanzarse sin discriminación y mediante una utilización más racional de las capacidades de los aeropuertos que evitaría, a su vez, la infrautilización de Linate y la saturación de Malpensa. En estas circunstancias, todas las compañías aéreas comunitarias deberían tener autorización para operar servicios con origen en el aeropuerto de Linate y destino en sus respectivos centros de operaciones.

9 — Para poder llevar a cabo un análisis completo del presente caso con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92 y salvaguardar el derecho de defensa, el 3 de marzo de 1998 la Comisión envió a las autoridades italianas la petición presentada por las compañías, instándolas a formular sus observaciones. Por lo que respecta al efecto discriminatorio de las normas italianas, las autoridades italianas consideran que no existe discriminación, por cuanto, con arreglo a la legislación comunitaria vigente, el acceso a la ruta Milán-Roma está abierto al conjunto de las compañías aéreas comunitarias. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, las autoridades italianas afirmaron que las normas de distribución del tráfico son necesarias para lograr el objetivo de creación de un centro de operaciones en Malpensa, conservando Linate como aeropuerto complementario.
Con ocasión de los diversos escritos intercambiados y de las diversas reuniones mantenidas, la Comisión informó a las autoridades italianas sobre su postura en el presente asunto a la luz de los elementos de que disponía, exponiendo sus dudas en cuanto a la compatibilidad de las normas italianas con el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92. Las autoridades italianas se reafirmaron en que los criterios de distribución del tráfico en el sistema aeroportuario de Milán aprobados mediante el Decreto nº 46-T no suponían discriminación alguna en favor de Alitalia. Sin embargo, y al objeto de dar a la Comisión todas las garantías a este respecto, las autoridades italianas se declararon dispuestas a estudiar la imposición de una serie de condiciones para la explotación de la ruta Milán-Roma desde el aeropuerto de Linate. No obstante, la Comisión consideró que dichas condiciones no eran ni apropiadas ni oportunas.

disposición, y con los principios generales por los que se rige la libre prestación de servicios, conforme a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Estos principios van más allá de la mera prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad o la identidad de la compañía aérea. En efecto, aunque las medidas nacionales por las que se limita la libre prestación de servicios se apliquen sin incurrir en discriminación, serán inaceptables siempre que no estén justificadas por exigencias imperiosas de interés general o cuando sea posible alcanzar un resultado idéntico mediante la aplicación de normas menos restrictivas, en aplicación del principio de proporcionalidad.

16. En el presente caso, por lo que respecta a la compatibilidad de las normas italianas con el principio de no discriminación la Comisión, habida cuenta de la competencia existente entre Alitalia y las demás compañías comunitarias, llegó a la conclusión de que los criterios establecidos por el Decreto nº 46-T, que permiten únicamente a la compañía Alitalia alimentar su centro de operaciones de Roma-Fiumicino desde el aeropuerto de Linate y obligan a las demás compañías aéreas comunitarias a alimentar sus respectivos centros de operaciones a través del aeropuerto de Malpensa tiene por efecto conferir una ventaja competitiva a Alitalia. Dicha ventaja persistirá mientras las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa no sean suficientes para vencer la actual reticencia de los pasajeros a utilizar este aeropuerto. Por lo tanto, la Comisión consideró que el hecho de aplicar los criterios establecidos por el Decreto nº 46-T a partir del 25 de octubre de 1998, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto nº 57-T, produciría, en la práctica, efectos discriminatorios favorables a Alitalia. De ello se desprende que la aplicación de dichos criterios a partir del 25 de octubre de 1998, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto nº 57-T, resulta incompatible con el principio de no discriminación por razón de la identidad de la compañía aérea enunciado en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92.

17. Por lo que respecta a la compatibilidad de las normas italianas con el principio de proporcionalidad, la Comisión señaló, en primer lugar, que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 reconoce expresamente la legitimidad de una política activa de mejora del aeropuerto de Malpensa y que el proyecto «Malpensa 2000» tiene por objeto la creación de un centro de operaciones plenamente operativo y económicamente viable en dicho aeropuerto. A continuación, la Comisión examinó las restricciones establecidas por las normas de distribución del tráfico aéreo y concluyó que el carácter operativo del proyecto «Malpensa 2000» (incluida la explotación de todos los vuelos en el calendario previsto y la condición previa de un acceso normal de los pasajeros a ese aeropuerto) no exigía la transferencia en bloque para el 25 de octubre de 1998 del volumen de tráfico previsto por las normas italianas. La viabilidad operativa del centro de operaciones de Malpensa requiere la transferencia de un volumen de tráfico compatible con la capacidad de las instalaciones aeroportuarias y de las infraestructuras de acceso al mismo. En caso contrario, podría verse comprometido el éxito del desarrollo y la

utilización futura del aeropuerto de Malpensa como centro de operaciones comunitario. Según la Comisión, para la consecución de dicho objetivo sería más aconsejable retrasar dicha transferencia o efectuarla de forma progresiva a partir del 25 de octubre de 1998, lo que además permitiría limitar las consecuencias negativas para la libertad de prestación de servicios aéreos con origen y destino en Milán. Por lo tanto, las normas italianas no son indispensables para alcanzar el objetivo perseguido por las autoridades italianas, que puede alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de prestación de servicios aéreos. Por otra parte, dado que la imposición de restricciones implica una reducción inmediata y drástica de las actividades de Linate, que pasará de 14,2 millones de pasajeros anuales en 1997 a 2,5 millones de pasajeros tras la entrada en vigor de las nuevas medidas, no parece constituir una medida adecuada para alcanzar el objetivo expuesto en el undécimo considerando de la exposición de motivos del Decreto nº 46-T, según el cual, en cualquier caso, el aeropuerto de Linate debe seguir en funcionamiento. En consecuencia, la Comisión consideró que las normas de distribución del tráfico fijadas por los Decretos nºs 46-T y 57-T eran incompatibles con el principio de proporcionalidad.

18. Por los motivos expuestos, la Comisión decidió que la República Italiana no podía aplicar las normas de distribución del tráfico en el sistema aeroportuario de Milán establecidas por los Decretos controvertidos.

19. Ningún Estado miembro sometió la cuestión al Consejo, haciendo uso de la posibilidad que le otorga el artículo 8, apartado 4, del Reglamento nº 2408/92.

20. El 8 de octubre de 1998, la República Italiana interpuso ante este Tribunal de Justicia un recurso contra la Decisión. Mediante dicho recurso, solicita al Tribunal de Justicia que anule la decisión de la Comisión impugnada en el presente caso y condene en costas a esta última. En cambio, la Comisión solicita que se desestime el recurso y se condene en costas a la demandante.

IV. Motivos de anulación

21. Con el fin de asegurar la coherencia lógica de mi análisis, examinaré conjuntamente los motivos de anulación primero y segundo, ya que ambos se refieren a la misma problemática general, relativa a la interpretación de la base jurídica de la Decisión impugnada (A). A continuación, examinaré el tercer motivo de anulación, mediante el cual la demandante alega que, en todo caso, la Comisión aplicó erróneamente el principio de proporcionalidad (B). Por último, examinaré el cuarto motivo, basado, por un lado, en la infracción de las normas en materia de discriminaciones indirectas y, por otro, en la apreciación

manifiestamente errónea de los hechos que efectuó la Comisión en la exposición de motivos de la Decisión impugnada (C).

A. *Interpretación de la base jurídica de la Decisión impugnada (motivos de anulación primero y segundo)*

a) Alegaciones de las partes

aa) Incompetencia derivada de la infracción del artículo 8, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 2408/92 y de los artículos 155 (actualmente artículo 211 CE) y 169 (actualmente artículo 226 CE) del Tratado CE (primer motivo de anulación)

22. Mediante este primer motivo de anulación, la demandante alega que la Decisión impugnada debe anularse por el hecho de que la Comisión, ignorando el verdadero significado de la disposición del artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92, en la que se basa la competencia que la faculta para adoptar la Decisión de que se trata, controló la compatibilidad de las normas italianas con los principios que rigen la libre prestación de servicios y, más concretamente, con el principio de proporcionalidad, y no se limitó, como debía haber hecho, a controlar su compatibilidad con el principio de no discriminación. [10]

23. Con objeto de refutar las alegaciones formuladas en apoyo de este primer motivo, la Comisión afirma que el Reglamento nº 2408/92 aplica en el sector de los transportes aéreos todas las normas relativas a la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 59 del Tratado. Si se parte de una interpretación literal, sistemática y teleológica, el artículo 8, apartado 1,

10 — Más concretamente, el Gobierno italiano alega que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 otorga a los Estados miembros una competencia exclusiva para regular la distribución del tráfico entre los aeropuertos, competencia que tiene su límite en el respeto del principio que prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad o la identidad de la compañía aérea. El apartado 3 de ese mismo artículo confiere a la Comisión una competencia que le permite controlar si las medidas nacionales adoptadas son compatibles con las disposiciones del apartado 1. De la formulación de este apartado, que es clara, se deduce que el único objeto del control es la compatibilidad de las medidas nacionales con el principio de no discriminación establecido en el apartado 1, y no, de manera general, su compatibilidad con el Derecho comunitario. Además, cuando el legislador comunitario pretendía que se efectuara un control general de este tipo, como sucede en el caso de las disposiciones del artículo 9, apartados 4 y 5, del mismo Reglamento, estableció de manera expresa que dicho control no se refiriera únicamente a la compatibilidad de las medidas nacionales con las disposiciones del Reglamento de que se trata, sino que tuviera asimismo por objeto comprobar si dichas medidas no son contrarias «al Derecho comunitario».
Según la demandante, en la Decisión impugnada la Comisión consideró que, en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92, estaba facultada para controlar las normas italianas, de forma general, a la luz del Derecho comunitario y, más concretamente, del principio de proporcionalidad que rige las restricciones de la libre prestación de servicios. Esta actitud implica una interpretación extensiva errónea de las disposiciones que confieren un poder de decisión a la Comisión, ya que la Comisión aplica dicha disposición fuera de los casos y circunstancias que en ella se contemplan. Esta aplicación es contraria a los principios del Tratado relativos a la organización institucional de la Comunidad y, en particular, al principio de estricta legalidad del poder de decisión de la Comisión establecido en el artículo 155 del Tratado. Según la demandante, la disposición del artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92 debe, por el hecho de constituir una excepción al artículo 169 del Tratado, ser objeto de una interpretación estricta. En consecuencia, no puede admitirse que implique que la Comisión pueda utilizar su poder de decisión para formular apreciaciones o para adoptar Decisiones vinculantes que no guarden una estrecha relación con la aplicación del apartado 1 de ese mismo artículo. Esta última disposición proclama la prohibición de las discriminaciones, prohibición cuya aplicación no implica una apreciación discrecional.

del Reglamento nº 2408/92 no puede interpretarse en el sentido de que permite a un Estado miembro infringir otras disposiciones comunitarias vigentes, como es el principio de proporcionalidad. [11]

ab) Infracción de los artículos 3, apartado 1, y 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 y de los artículos 59, 61, apartado 1, y 84, apartados 1 y 2, del Tratado, así como de los principios de la jurisprudencia en materia de libre prestación de servicios (segundo motivo de anulación)

24. Mediante su segundo motivo de anulación, subsidiario con respecto al primero, la demandante cuestiona el fundamento jurídico de la Decisión impugnada, en la medida en que declara que los Decretos italianos controvertidos vulneran el Derecho comunitario al no respetar el principio de proporcionalidad. Mediante la primera parte de este motivo, la demandante cuestiona el razonamiento con base en el cual en la Decisión impugnada se afirma que las

11 — Más concretamente, la Comisión señala, por un lado, que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 no autoriza a los Estados miembros a distribuir el tráfico aéreo contraviniendo el Derecho comunitario y, por otro, que el apartado 3 de ese mismo artículo no limita los poderes de la Comisión al control de la compatibilidad de la medida nacional con las disposiciones del apartado 1. Por el contrario, el apartado 3 exige que la Comisión examine si el Estado miembro puede continuar aplicando la medida.
La Comisión indica que el principio de proporcionalidad es un principio general de Derecho comunitario que debe ser respetado por los Estados miembros siempre que una disposición de la legislación comunitaria les reserva el ejercicio de competencias bien definidas. Recuerda que, en virtud del artículo 155 del Tratado, «la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las Instituciones en virtud de este mismo Tratado». Así las cosas, la Comisión considera que el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92 no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe a la Comisión adoptar Decisiones que ignoren cualquier violación grave del principio de proporcionalidad, cuando la propia Comisión está expuesta a la interposición de recursos con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación) por violación de este mismo principio en los casos en que no proceda al examen del asunto a la luz de todos los principios generales de Derecho comunitario. El hecho de que las disposiciones del artículo 9, apartados 4 y 5, del Reglamento nº 2408/92 prevean expresamente un control general de la legalidad de las medidas nacionales no excluye que este mismo razonamiento se aplique también en el caso del artículo 8, apartado 1. Sobre este particular, la Comisión indica, en apoyo de su análisis, que, en su sentencia de 19 de junio de 1997, Air Inter/Comisión (T-260/94, Rec. p. II-997), el Tribunal de Primera Instancia examinó la afirmación de la demandante según la cual una Decisión de la Comisión era defectuosa por el hecho de infringir el artículo 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 2), por más que este artículo no se mencione en el artículo 8 del Reglamento nº 2408/92.
La Comisión añade, por otro lado, que una interpretación restrictiva de su poder de decisión como ésa sería contraria al principio de buena administración, en la medida en que obligaría a la Comisión a aprobar una medida con base en el artículo 8, apartados 1 y 3 del Reglamento nº 2408/92, para a continuación iniciar el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado. No obstante, un procedimiento como ése, que constaría de dos fases, una primera fase de control basado en el artículo 8, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 2408/92 y una segunda fase de control basado en el artículo 169 del Tratado, no sería compatible con el principio de seguridad jurídica ni con las exigencias de una rápida solución de los litigios relativos a la legalidad de las medidas nacionales que imponen las necesidades del mercado de transportes aéreos.

normas nacionales de distribución del tráfico deben considerarse contrarias al Derecho comunitario si no respetan un principio de proporcionalidad. [12] Mediante la segunda parte de este motivo, la demandante critica el hecho de que la Decisión impugnada considere, desde la perspectiva de la proporcionalidad, que la apreciación de los Decretos nacionales relativos al sistema aeroportuario de Milán justifican la medida de prohibición dirigida a Italia. Más concretamente, la demandante alega que la Comisión se equivocó, en el punto 49 de la Decisión impugnada, al apreciar la conformidad de los Decretos italianos con las normas comunitarias utilizando como criterio un interés económico, como es el de la viabilidad de un sistema aeroportuario. [13]

25. Por lo que respecta a la primera parte del segundo motivo de anulación, la Comisión objeta a la demandante que el principio de la libre prestación de servicios aéreos dentro de la Comunidad está enunciado en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92. La Comisión considera que las medidas nacionales que restringen esta libertad deben ser compatibles con los principios generales que rigen la libre prestación de servicios con arreglo a la

12 — La demandante afirma que, aun en el caso de que debiera considerarse que los principios consagrados en el artículo 59 del Tratado son pertinentes cuando se trata de interpretar las disposiciones del Decreto, la Comisión los invocó no para interpretar el artículo 8 del Reglamento, sino para completarlo, atribuyéndole un significado y un alcance que van más allá del contenido inequívoco de esta disposición. Además, la Comisión no puede basarse en el artículo 59 y en la jurisprudencia relativa a esta disposición fundamental del Tratado. Las disposiciones del Título IV del Tratado no se aplican a la navegación marítima y aérea (artículo 84, apartado 1). Incumbe al Consejo regular el transporte aéreo (artículo 84, apartado 2). El Reglamento nº 2408/92 fue adoptado precisamente con esta base jurídica y, por consiguiente, constituye la única fuente normativa en el ámbito objeto de la Decisión impugnada.
Según la demandante, la Comisión no aplicó adecuadamente los principios de la jurisprudencia relativos a las restricciones de la libre prestación de servicios. Estos últimos no pueden aplicarse en el sector del transporte aéreo, ya que el Reglamento nº 2408/92 procedió a la armonización de las condiciones de acceso a las rutas aéreas intracomunitarias. Además, tal como indica la demandante en su réplica el artículo 8, apartado 1, que permite a los Estados miembros regular la distribución del tráfico aéreo siempre que respeten el principio de no discriminación, al igual, por lo demás, que otros artículos del Reglamento y, en particular, el artículo 9, que menciona expresamente (apartado 2, último guión) la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad cuando se imponen restricciones al ejercicio de sus derechos por parte de las compañías aéreas, se inscribe en el marco de una facultad de apreciación de la que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (el Gobierno italiano se refiere a la sentencia de 22 de mayo de 1985, Parlamento/Consejo, 13/83, Rec. p. 1513, apartado 65), dispone el Consejo en relación con el establecimiento de la libre prestación de servicios en el sector del transporte aéreo. En el presente caso, por tanto, los Decretos italianos controvertidos están sujetos únicamente a un control con base en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92, y no con base en los principios de la jurisprudencia antes citados.

13 — La demandante alega que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de proporcionalidad se aplica cuando se trata de apreciar la legalidad de restricciones basadas en exigencias imperiosas de interés general. En consecuencia, si una restricción no está basada en una exigencia imperiosa, no procede aplicar el principio de proporcionalidad. La demandante considera que, en el caso de que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 admita las medidas de que se trate en función de exigencias económicamente válidas (y sin perjuicio del principio de no discriminación), resulta arbitrario recurrir a los principios generales para someter dichas medidas a un control de proporcionalidad.
Según la demandante, la Comisión no puede, por otra parte, pretender suplir la inexistencia de referencia alguna al principio de proporcionalidad en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 creando ella misma un nuevo concepto de interés general que incluya exigencias de carácter puramente económico, como son las que subyacen en la creación de un sistema aeroportuario eficaz.
El Gobierno italiano añade asimismo que la Comisión no puede «jugar» con el concepto de exigencia imperiosa de interés general invocando disposiciones carentes de pertinencia como las del artículo 129 B del Tratado CE (actualmente artículo 154 CE).
Por último, la demandante alega que el programa de obras destinado a mejorar la conexión con el aeropuerto de Malpensa, que la Comisión toma en consideración, carece de pertinencia para la aplicación del Reglamento nº 2408/92, ya que no se ve de qué modo puede influir sobre la legalidad con arreglo al Derecho comunitario de los decretos que distribuyen el tráfico entre Malpensa y Linate, ni siquiera a la luz de las tesis jurídicas, en todo caso cuestionadas, en que se basa la Decisión impugnada.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A este respecto, la Comisión recuerda que los principios generales antes citados, que es obligatorio aplicar en todos los casos para interpretar el Reglamento nº 2408/92, no se limitan a prohibir simplemente las discriminaciones por razón de la nacionalidad, sino que también excluyen las medidas que, pese a ser aplicadas a los prestadores de servicios con independencia de su nacionalidad, restringen dicha libertad, a no ser que tales medidas estén justificadas por exigencias imperiosas de interés general o si el mismo resultado puede alcanzarse mediante normas menos restrictivas.

26. Por lo que respecta a la segunda parte del segundo motivo de anulación, basado en la supuesta inexistencia de exigencias imperiosas de interés general, la Comisión recuerda que las exigencias de este tipo no pueden ser objeto de una enumeración taxativa. Considera que el objetivo consistente en crear un centro de operaciones operativo y viable, que podría describirse asimismo utilizando expresiones como «gestión eficaz del tráfico» o «necesidad de una adecuada ordenación del territorio», debe considerarse como una exigencia imperiosa de interés general. [14]

14 — La Comisión estima que las consideraciones relativas a las infraestructuras de transportes forman parte del concepto de interés general, tal como lo atestiguan los artículos 8, apartado 1, y 9 del Reglamento nº 2408/92. Por otra parte, según la Comisión, si bien el objetivo consistente en crear un centro de operaciones operativo y viable tiene consecuencias macroeconómicas, no comporta ningún elemento microeconómico, cuya utilización ha sido declarada inadmisible por el Tribunal de Justicia para justificar restricciones a la libre prestación de servicios. En todo caso, la jurisprudencia ha admitido que el hecho de que las medidas nacionales persigan simultáneamente objetivos económicos no impide que pueda considerárselas legítimas en la medida en que persigan también exigencias imperiosas de interés general, un análisis que se ve corroborado por las disposiciones del artículo 129 C del Tratado CE (actualmente artículo 155 CE, tras su modificación).

b) Definición de postura

27. Mediante sus dos primeros motivos de anulación, la demandante cuestiona la validez de la Decisión impugnada por el hecho, fundamentalmente, de que la Comisión procedió al control de los Decretos italianos controvertidos no sólo a la luz del principio de no discriminación, sino también a la luz del principio de proporcionalidad.

28. Esta objeción no resulta convincente ni puede llevar a la anulación de la Decisión impugnada. Considero que, si se atiende al resultado, la Comisión obró acertadamente al basar el control de las normas italianas en los dos principios generales de Derecho comunitario antes citados. No obstante, llego a esta conclusión por motivos en parte distintos tanto de las consideraciones enunciadas en la exposición de motivos de la Decisión impugnada como de los argumentos formulados por la Comisión ante este Tribunal.

29. Tanto la demandante como la Comisión basan su razonamiento en la idea de que la elección del principio de proporcionalidad como base jurídica del control de la legalidad con arreglo al Derecho comunitario de los Decretos italianos controvertidos presupone o bien la aplicación directa de los principios generales que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deriva del artículo 59 del Tratado por lo que respecta al control de las restricciones de la libre prestación de servicios, o bien la interpretación del artículo 8, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 2408/92 a la luz de los referidos principios. No obstante, antes de

examinar si pueden cumplirse estas dos condiciones alternativas y de plantear, de este modo, la cuestión previa de si y en qué medida el Reglamento nº 2408/92 da aplicación al principio fundamental de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes aéreos, procede examinar si la necesidad de aplicar un principio de proporcionalidad se deriva, en primer lugar, de la propia prohibición de las discriminaciones expresamente enunciada en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento de que se trata. De ser así, habrá que examinar, a continuación, si las premisas que se encuentran en la base del principio de proporcionalidad que debe aplicarse coinciden con las que se encuentran en la base del principio de proporcionalidad aplicado por la Comisión en la Decisión impugnada. De ser así, los dos primeros motivos de anulación deberán efectivamente desestimarse por infundados en todo caso, independientemente del resultado que tuviera el examen de la posibilidad de aplicar o de tener en cuenta los principios de la jurisprudencia basados en el artículo 59 del Tratado.

30. En primer lugar, considero que la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad se deriva de la propia prohibición de las discriminaciones, cuyo respeto impone expresamente el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92.

31. Es indudable que la prohibición de las discriminaciones enunciada en el artículo 8, apartado 1, debe analizarse a la luz tanto de la doctrina general relativa al Derecho comunitario como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según las cuales el principio general de no discriminación se refiere tanto a las discriminaciones directas como a las discriminaciones indirectas. [15] En consecuencia, la Comisión tiene razón al indicar en la Decisión impugnada que «el principio de no discriminación establecido en el apartado 1 del artículo 8 excluye también cualquier medida que, a pesar de no hacer ninguna referencia explícita a la nacionalidad o la identidad de la compañía aérea, entrañe en la práctica —aunque sea indirectamente— un efecto discriminatorio». [16]

32. Sobre este particular, procede recordar que, en los casos de discriminaciones directas, la existencia de una discriminación es, por definición, manifiesta: tanto la aplicación de un trato diferente a situaciones similares como la de un trato similar a situaciones diferentes (discriminación ejercida en la práctica) como el carácter ilegal de ese trato (discriminación con arreglo a la Ley) se desprende directamente de la circunstancia de que las medidas controvertidas aplican un criterio prohibido. En cambio, para poder comprobar la existencia de una discriminación indirecta, debe seguirse un razonamiento complejo, basado, en un primer momento, en un análisis pormenorizado de la situación concreta en la que se inscribe la medida controvertida y en el examen de la cuestión de si, habida cuenta de dicha situación, el criterio utilizado,

15 — En cuanto a la doctrina, véase Lenaerts, K.: «L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples», en *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 3.
En cuanto a la jurisprudencia, véase, a título indicativo, la sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 11, que estableció las bases de la jurisprudencia relativa a la prohibición de las discriminaciones indirectas por razón de la nacionalidad. Por lo que respecta a la libre prestación de servicios, véase, a título indicativo, entre las sentencias más recientes, la sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, Rec. p. I-2517), apartados 13 y ss.

16 — Véase el punto 30 de la Decisión impugnada.

aparentemente neutro, conduce finalmente, en la práctica, a crear una discriminación y, en un segundo momento, en la comprobación del carácter discriminatorio, con arreglo a la Ley, de la distinción efectuada, es decir, del nexo indirecto pero estrecho entre ésta y un criterio prohibido. En otros términos, en el marco del anterior razonamiento resulta esencial comprobar, en primer lugar, si la discriminación que existe en la práctica es, de manera general, la consecuencia necesaria del criterio utilizado, o si constituye un efecto casual del mismo que no se debe a la normativa controvertida. Francamente, esta comprobación no siempre resulta fácil y, en todo caso, no puede prejuzgar la existencia de una discriminación con arreglo a la Ley, [17] ya se recurra a la experiencia o a investigaciones estadísticas. Por esta razón, a continuación debe efectuarse asimismo una investigación en sentido contrario, es decir, debe comprobarse si la normativa adoptada tiene un carácter objetivo. Es razonable apreciar este carácter objetivo elaborando un razonamiento destinado a comprobar si la normativa de que se trata es proporcionada a su objetivo, es decir, necesaria, apropiada y no abusivamente restrictiva. Este objetivo debe responder a una exigencia imperiosa de interés general, interés que debe precisarse, en cada caso, por medio de una interpretación. Es cierto que este objetivo puede venir determinado, de forma general, por una disposición legal, como sucede en el caso del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92, que establece que el objetivo de las medidas controvertidas debe inscribirse en el marco de la distribución del tráfico entre los aeropuertos de un único sistema aeroportuario. Si la normativa controvertida es proporcionada a su objetivo, debe considerársela válida, aun cuando en la práctica conduzca a una discriminación, ya que se habrá puesto de manifiesto claramente que dicha discriminación no puede imputarse a la normativa controvertida, sino que o bien es casual, o bien es consecuencia de los propios objetivos legítimos de la Ley, de los que la normativa controvertida constituye la materialización óptima. En consecuencia, de lo anterior se desprende que, cada vez que se comprueba la existencia de una discriminación indirecta, debe comprobarse si la normativa controvertida es proporcionada al objetivo legítimo en virtud del cual fue adoptada. Este control no debe considerarse exclusivamente como un elemento de la eventual justificación de la discriminación indirecta, sino que debe concebirse asimismo como un elemento constitutivo del razonamiento que conduce a identificar dicha discriminación, [18] que es

17 — Sólo es posible aportar la prueba absoluta de la existencia de una discriminación en los casos de discriminaciones directas. La prueba inmediata de las discriminaciones indirectas, al igual que sucede en los demás casos de pruebas jurídicas, consiste en demostrar la probabilidad de que se produzca, o más exactamente en crear una convicción judicial en dicho sentido.

18 — A título indicativo, véanse las sentencias de 23 de mayo de 1996, O'Flynn (C-237/94, Rec. p. I-2617), apartado 20 («a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros»), y de 30 de enero de 1997, Stöber y Piosa Pereira (asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartados 37 y ss.
Además, la especificidad del caso de las discriminaciones indirectas ya se ha puesto de manifiesto en el marco de la jurisprudencia relativa a las restricciones legales de la libre prestación de servicios (véase el punto 51 *infra*), ya que no se aprecia claramente si las discriminaciones indirectas pertenecen al ámbito de las disposiciones restrictivas que son objeto de una aplicación discriminatoria o de disposiciones aplicadas indistintamente [sobre este particular, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro (puntos 44 y ss., especialmente punto 50) en los asuntos en los que recayeron las sentencias de 28 de abril de 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831 y Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931], circunstancia que afecta tanto a la elección de los fundamentos que pueden llevar a una justificación legítima de dichas distinciones como a la determinación de la contribución de dicha justificación a la propia identificación de las discriminaciones de que se trata (véase, a este respecto, Whelan, A., y Schouten, A., comentario sobre las sentencias Decker y Kohll, antes citadas, en *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, 1999, pp. 90 y ss.).

lo que diferencia la lógica de la discriminación indirecta de la lógica de la discriminación directa. [19]

33. En el presente caso, la Comisión consideró acertadamente, por un lado, que los Decretos italianos controvertidos debían someterse, en razón de su finalidad y de su objeto, al artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 relativo a las normas de distribución del tráfico entre los aeropuertos de un mismo sistema aeroportuario y, por otro, que, de conformidad con dicha disposición, debía examinarse si dichos Decretos suponen una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la identidad de la compañía aérea. En consecuencia, habida cuenta de las observaciones precedentes, la Comisión debía, en primer lugar, examinar los resultados de la aplicación de los Decretos controvertidos y comprobar si dicha aplicación da lugar a que se dispense un trato diferente por razón de su nacionalidad o su identidad a las compañías aéreas interesadas; en segundo lugar, debía examinar si dichos Decretos respondían a una necesidad imperiosa de interés general que se corresponda con uno de los diversos objetivos de interés general legítimos que puede perseguir una medida de distribución del tráfico entre los aeropuertos de un mismo sistema aeroportuario; en tercer lugar, debía comprobar si las disposiciones de dichos Decretos eran proporcionadas a la exigencia imperiosa de interés general antes citada.

34. Sobre este particular, procede señalar que, independientemente de la base jurídica invocada y de las eventuales lagunas de interpretación y aplicación de la prohibición de las discriminaciones indirectas, la Comisión procedió, tal y como debía, a todas las operaciones mencionadas.

35. Más concretamente, en los puntos 31 y siguientes de la Decisión impugnada, la Comisión examinó, para apreciar si los criterios establecidos por el Decreto nº 46-T producen efectos discriminatorios en la práctica, los efectos que se derivarían de su aplicación a partir del 25 de octubre de 1998, fecha establecida por el Decreto nº 57-T.

36. De la lectura del punto 27, en relación con los puntos 27.1, 27.2 y 53, de la Decisión impugnada, se desprende que, tanto en la exposición de motivos como en la parte dispositiva de esta última, la Comisión consideró que las disposiciones

19 — Por lo que respecta a la importancia del principio de proporcionalidad en el marco de la teoría de las discriminaciones indirectas, véase K. Γιαννακόπουλου: Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο (Datos estadísticos y prueba de las discriminaciones por razón del sexo en el Derecho comunitario), Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή p. 144: «La referida aplicación del principio de proporcionalidad juega un papel muy destacado en el control de la existencia de discriminaciones indirectas por razón del sexo. En primer lugar, es dicha aplicación la que confiere realmente a la justificación de la discriminación indirecta el carácter objetivo que debe tener, que se corresponde tanto con el carácter objetivo de las propias discriminaciones indirectas como con el carácter objetivo de los datos estadísticos que permiten presumir la existencia de las mismas. Así, esta justificación no se basa en los fines subjetivos que persigue, en su caso, la normativa controvertida, sino en la posibilidad objetiva de que los medios establecidos en dicha normativa permitan la consecución del objetivo generalmente considerado legítimo perseguido con su adopción. En segundo lugar, la aplicación del principio de proporcionalidad es el mecanismo de control que permite la tipificación (agrupación de diferentes casos en una misma categoría formal) y la esquematización (normativa general y abstracta) de los juicios de valor que exige el carácter estructural de las discriminaciones indirectas. En tercer lugar, al tener por objeto comprobar la existencia de las diferencias significativas que justifican la diferencia de trato entre las categorías comparadas, es decir, comprobar si existe una relación proporcionada entre la normativa diferenciada y el motivo que la justifica, el control de la proporcionalidad de los criterios de justificación objetiva de una discriminación manifiesta es el que realmente confiere el necesario carácter proporcional a la igualdad —o, más bien, a la desigualdad— aritmética derivada de los datos estadísticos que sustentan la presunción sobre la existencia de dicha discriminación [...]».

contenidas en los Decretos italianos controvertidos debían ser compatibles tanto con el principio de no discriminación como con el de proporcionalidad.

37. En el punto 47 de la Decisión impugnada, la Comisión determinó el objeto de las medidas controvertidas y comprobó su compatibilidad con los objetivos del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92. En particular, consideró que «el proyecto Malpensa 2000 tiene por objeto ampliar y mejorar las instalaciones existentes en ese aeropuerto, a fin de establecer en el mismo un centro de operaciones completamente operativo y viable. Las normas italianas persiguen la consecución de ese objetivo mediante el desplazamiento del aeropuerto de Linate al de Malpensa de un volumen de tráfico suficiente para garantizar la viabilidad del centro de operaciones. El apartado 1 del artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 2408/92 reconoce expresamente la legitimidad de llevar adelante una política aeroportuaria activa».

38. Por último, en los puntos 47 y siguientes de la Decisión impugnada la Comisión examinó si las medidas adoptadas mediante los Decretos italianos controvertidos son proporcionadas al objetivo que persiguen, es decir, si son necesarias para la creación de un centro de operaciones operativo y económicamente viable y para el éxito del proyecto de redes transeuropeas, y si no podía alcanzarse el mismo resultado mediante la aplicación de normas menos restrictivas.

39. Por consiguiente, de lo anterior se desprende que la Comisión, al menos si se juzga por el resultado, basó su razonamiento en las premisas adecuadas. Tal es el caso, más concretamente, por lo que respecta a las premisas del principio de proporcionalidad que aplicó, referidas a la determinación de la exigencia imperiosa de interés general y el análisis del programa de obras para la conexión con el aeropuerto de Malpensa.

40. Sobre este particular, procede recordar que la definición del objetivo general de las medidas nacionales que se hace en la propia disposición del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 no sólo no prohíbe, sino que, por el contrario, exige que se delimite el objetivo más específico de la normativa en su caso controvertida y que se compruebe la compatibilidad de dicho objetivo específico con el objeto más general de dicha disposición. En consecuencia, la Comisión obró acertadamente al buscar y delimitar este objetivo más específico, haciendo referencia a la creación de un centro de operaciones funcional y económicamente viable. Por otro lado, la Comisión también estimó acertadamente que dicho objetivo constituía una concreción legítima del objeto general de la disposición del artículo 8, apartado 1. Tal como, por lo demás, ha admitido la propia demandante, [20] no hay duda de que las exigencias de la organización funcional y económica y de la gestión de un complejo aeroportuario constituyen motivos legítimos que justifican la adopción de medidas para regular la distribución del tráfico en un sistema aero-

20 — Véase el punto 15 del recurso.

portuario, tal como establece el artículo 8, apartado 1.

41. A este respecto, considero que las imputaciones formuladas por la demandante según las cuales la Comisión se equivocó en su elección de una exigencia imperiosa de carácter económico carecen de fundamento.

42. Por otro lado, debe señalarse que, en el presente caso, no procede aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual «las normativas nacionales que no son indistintamente aplicables a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción, como es el artículo 56 del Tratado. [...] los objetivos de política económica no pueden constituir razones de orden público en el sentido de dicho artículo». [21]

En primer lugar, el recurso a la citada jurisprudencia presupone que se ha resuelto la cuestión de si los principios generales de los artículos 59 y siguientes se aplican al Reglamento nº 2408/92, [22] cuestión cuya solución no es preliminar al análisis de la prohibición de las discriminaciones expresamente enunciada en el tenor del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92.

En segundo lugar, no es en modo alguno evidente que los objetivos directos de los Decretos italianos controvertidos antes citados guarden relación con el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

En tercer lugar, en todo caso, tal como con razón señala la Comisión, es evidente que las exigencias imperiosas de los Decretos italianos controvertidos a que se refiere la Decisión impugnada entrañan consecuencias macroeconómicas de carácter organizativo y funcional referidas a la propia existencia de un sistema aeroportuario y en modo alguno tienen por objeto —al menos, no con carácter prioritario— producir efectos microeconómicos. En consecuencia, con base en la citada jurisprudencia no pueden considerarse ilegítimos los motivos que justifican la adopción de las medidas controvertidas, habida cuenta de que este Tribunal declaró, en su sentencia de 10 de julio de 1984, Campus Oil, que «el hecho de que, además de los objetivos relacionados con la seguridad pública, la normativa permita alcanzar otros objetivos de índole económica que, en su caso, se propone el Estado miembro, no impide la aplicación del artículo 36». [23]

21 — Véase la sentencia de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 11.

22 — Véanse los puntos 47 y ss. *infra*.

23 — Asunto 72/83, Rec. p. 2727, apartado 36.

En cuarto lugar, considero que debe aplicarse el espíritu de la jurisprudencia en el asunto Campus Oil, aun cuando deba considerarse que, desde una perspectiva general y no sólo en el marco de las restricciones discriminatorias de la libre prestación de servicios impuestas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera que las razones de interés meramente económico no pueden justificar objetivamente una discriminación. [24] En otros términos, debe admitirse que la existencia de objetivos secundarios de índole económica no impide que se considere que un objetivo responde a una exigencia imperiosa de interés general.

43. Por otra parte, es esencial subrayar que, puesto que en el presente caso se pretende comprobar la existencia de una discriminación indirecta en el marco de la disposición del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92, la legitimidad de los objetivos perseguidos por los Decretos italianos controvertidos no debe apreciarse de una manera general y abstracta con base en los principios de la jurisprudencia relativos a las exigencias imperiosas de interés general que pueden justificar la adopción de medidas nacionales, sino a partir de la determinación del objetivo específico de los Decretos italianos controvertidos y de la comprobación de su compatibilidad con el objeto general definido en dicha disposición. Más concretamente, puesto que los objetivos de los Decretos italianos controvertidos constituyen motivos legítimos que justifican la adopción de medidas de regulación de la distribución del tráfico en un sistema aeroportuario y, por ende, son conformes con los preceptos de la disposición del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92, cualquier ulterior análisis o cualquier imputación referida a su contenido debe tomar como referencia dicha disposición y no las medidas nacionales destinadas a aplicarla. A este respecto, no parece que nadie discuta que la normativa relativa a la distribución del tráfico en un sistema aeroportuario constituya un motivo legítimo de interés general basado en las características específicas y las necesidades del transporte aéreo y que, por tanto, puede justificar la adopción de medidas por parte del Consejo y la aplicación de eventuales restricciones de la libre prestación de servicios en este sector. [25]

44. En consecuencia, la Comisión obró correctamente al definir la exigencia imperiosa de interés general a la luz de la que debía juzgar el carácter proporcionado de las disposiciones y los criterios de los Decretos italianos.

45. Por último, la afirmación de la demandante según la cual el programa de obras para la conexión con el aeropuerto de Malpensa tenido en cuenta por la Comisión carece de pertinencia para la aplicación del Reglamento nº 2408/92 también carece de fundamento. Habida cuenta de que, por

24 — Véase, por ejemplo, por lo que respecta a las discriminaciones por razón del sexo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (C-343/92, Rec. p. I-571), en la que el Tribunal declaró que las consideraciones de carácter presupuestario no podían justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos (apartado 35).

25 — Véase, en relación con el poder discrecional del Consejo, el punto 50 *infra*.

definición, las discriminaciones indirectas dependen de los efectos reales que produzcan las medidas controvertidas, las discriminaciones indirectas tienen un carácter dinámico y evolucionan a lo largo del tiempo, lo que hace necesario anticipar y realizar un seguimiento de la evolución de la situación real en la que producen sus efectos las medidas de que se trata. En consecuencia, para examinar los efectos de la aplicación práctica de los Decretos italianos controvertidos y para controlar adecuadamente su proporcionalidad en relación con el objetivo que persiguen, es indiscutible que la Comisión debía tener en cuenta la situación existente en el aeropuerto de Malpensa (acceso, infraestructuras, etc.) y las perspectivas de evolución de dicha situación en el marco temporal de aplicación de los Decretos de que se trata. En efecto, la situación del aeropuerto de Malpensa debía examinarse comparándola con la del aeropuerto de Linate, y no con eventuales modelos europeos de organización aeroportuaria. Es precisamente en la comparación entre estos dos aeropuertos en la que se basa, en el presente caso, la declaración de la existencia de la discriminación indirecta y de la falta de proporcionalidad, vinculada a la misma, que existe entre dichas medidas y el objetivo que persiguen. A este respecto, si debiera considerarse *a priori* que ni siquiera la plena realización de las obras de infraestructura previstas en el aeropuerto de Malpensa podría compensar sus inconvenientes con respecto al aeropuerto de Linate, ello simplemente reforzaría la argumentación de la Comisión y sustentarían en mayor medida aun la convicción de que existe una discriminación indirecta.

46. Habida cuenta de lo anterior, considero que el examen de la cuestión de si procede aplicar los principios generales formulados por la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia en relación con la libre prestación de servicios y la solución, vinculada a la misma, de la cuestión de si el Reglamento nº 2408/92 introdujo en el sector de los transportes aéreos la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 59 no son tan cruciales como dan a entender las afirmaciones de las partes relativas a los dos primeros motivos de anulación. Por el contrario, no parecen revestir ninguna utilidad en la medida en que la obligación de la Comisión de controlar los Decretos italianos controvertidos a la luz del principio de proporcionalidad se basa en la propia prohibición de las discriminaciones y no exige que se invoque la jurisprudencia relativa a los artículos 59 y siguientes del Tratado.

47. No obstante, en la medida en que, para que el análisis de la base jurídica de la Decisión impugnada sea completo, procede examinar las cuestiones antes citadas, considero que la Comisión obró correctamente al remitirse a dicha jurisprudencia.

48. En primer lugar, es indudable que el Reglamento nº 2408/92 introdujo efectivamente la libre prestación de servicios en el sector de los transportes aéreos.[26] Así se desprende claramente, en primer lugar, de

26 — Tal como, por lo demás, se señala en la sentencia de 19 de junio de 1997, Air Inter/Comisión, citada en la nota 10 *supra*, apartados 1 y 2: «Con el fin de establecer progresivamente el mercado interior de transportes aéreos, el legislador comunitario adoptó, durante los años 1987, 1990 y 1992, tres series de medidas, denominadas "paquetes" debido a que engloban numerosos actos normativos. El tercer "paquete", aprobado el 23 de julio de 1992, está integrado por cinco Reglamentos cuya finalidad es garantizar, por una parte, la libre prestación de servicios de transporte aéreo y, por otra parte, la aplicación en dicho sector de las normas comunitarias en materia de competencia. Entre esos cinco Reglamentos figura el Reglamento (CEE) nº 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992 [...]».

los dos primeros considerandos del Reglamento, donde se señala que «es importante establecer una política de transporte aéreo para el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, tal como dispone el artículo 8 A del Tratado» y que «el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada»; en segundo lugar, del decimonoveno considerando de este mismo Reglamento, en el que se señala que «es conveniente tratar todos los asuntos relacionados con el acceso al mercado en el mismo Reglamento»; en tercer lugar, del artículo 3 del Reglamento, en virtud del cual «sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Reglamento, el Estado o Estados miembros interesados autorizarán a las compañías aéreas comunitarias el ejercicio de derechos de tráfico en las rutas intracomunitarias».

49. Tal como correctamente señaló la demandante, en virtud del artículo 61, apartado 1, del Tratado, en relación con el artículo 84, apartado 2, los artículos 59 y siguientes del Tratado, que consagran la libre prestación de servicios, no se aplican directamente en el sector de los transportes. Estos artículos tan sólo pueden servir de referencia cuando se trata de que el Consejo aplique el principio de la libre prestación de servicios. [27] En otros términos, los artículos 59 y siguientes, tal como han sido interpretados por este Tribunal, constituyen el marco de interpretación de las disposiciones específicas adoptadas por el Consejo en el Reglamento nº 2408/92.

50. La cuestión que se plantea en el presente caso es la de si, y en qué medida, el Consejo dispone, al aplicar la libre prestación de servicios en el sector de los transportes aéreos, de una facultad discrecional que le permita establecer excepciones al objetivo perseguido por los artículos 59 y siguientes del Tratado. En la sentencia de 22 de mayo de 1985, Parlamento/Consejo, el Tribunal resolvió esta cuestión señalando que «el Consejo no dispone de una facultad discrecional que pueda invocar en otros ámbitos de la política común de transportes. Puesto que el resultado que debe alcanzarse está determinado por los artículos 59, 60, 61 y 75, apartado 1, letras a) y b), sólo las modalidades para alcanzar dicho resultado teniendo en cuenta, de conformidad con el artículo 75, las peculiaridades del sector de los transportes pueden dar lugar al ejercicio de una cierta facultad de apreciación discrecional». [28] De esta sentencia se desprende que la facultad discrecional de que dispone el Consejo tiene un carácter exclusivamente técnico y se limita a adaptar al sector de los transportes las disposiciones de los artículos 59 y siguientes y los principios generales pertinentes desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal. A este respecto, si el Consejo se apartara de los criterios establecidos en dicha jurisprudencia, debería indicarlo expresamente en la normativa que adopte y justificar específica y suficientemente esta excepción

27 — Véanse, sobre este particular, las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven (puntos 14 y 23) en el asunto en el que recayó la sentencia de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783).

28 — Sentencia citada en la nota 11 *supra*, apartado 65.

atendiendo a las peculiaridades del sector de los transportes.

51. Como se sabe, este Tribunal de Justicia afirma en su jurisprudencia que el artículo 59, que se aplica directamente desde que concluyó el período transitorio, [29] exige no sólo la eliminación de toda discriminación, directa o indirecta, [30] en contra del prestador de servicios por razón de su nacionalidad, sino también la supresión de toda restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores nacionales y a los de otros Estados miembros, que pueda impedir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos. [31] Del mismo modo, según reiterada jurisprudencia, «la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por el interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido». [32] Por último, según la jurisprudencia de este Tribunal las normativas restrictivas a que se hace referencia deben respetar el principio de proporcionalidad. «La aplicación de las normativas nacionales a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros debe ser apropiada para garantizar la realización del objetivo que se proponen y no ir más allá de lo necesario para su consecución; en otras palabras, es preciso que no pueda conseguirse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas.» [33]

52. De lo anterior se desprende que las normativas relativas a la libre prestación de servicios en el sector de los transportes aéreos deben respetar, en principio, tanto el principio de no discriminación como los principios generales que rigen las medidas por las que se limita dicha libertad que se aplican indistintamente. Esto no puede dejar de aplicarse a la disposición del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92. Por lo que respecta a las discriminaciones, el problema no se plantea, ya que estas últimas están expresamente prohibidas por el texto de dicha

29 — Véase, a título indicativo, la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (204/84, Rec. p. 3755), apartado 25.

30 — Véase, a título indicativo, la sentencia de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), apartado 11.

31 — Véanse, a título indicativo, las sentencias Collectieve Antennevoorziening Gouda, citada en la nota 21 *supra*, apartados 12 y siguientes, así como la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511), apartado 25.

32 — Véase la sentencia de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803), apartado 16. Procede señalar que, a diferencia de lo que sucede en el caso de las restricciones que no se aplican indistintamente (véase el punto 42 *supra*), en el presente caso no se requiere que la justificación de las medidas se base exclusivamente en una disposición expresa por la que se establece una excepción, como es el artículo 56 del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE, tras su modificación).

33 — Véase la sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, citada en la nota 21 *supra*, apartado 15.

disposición. Sin embargo, por lo que respecta a las restricciones indistintamente aplicables de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes, hay que admitir que las conclusiones de la jurisprudencia de este Tribunal en la materia obligan a interpretar la disposición del artículo 8, apartado 1, en el sentido de que, puesto que las medidas adoptadas para regular la distribución del tráfico en el interior de un sistema aeroportuario constituyen restricciones de la libre prestación de servicios como las contempladas en dicha jurisprudencia,[34] tales medidas deben ser proporcionadas al objetivo de dicha normativa, que está establecido por la propia disposición y, en principio, puede justificar dichas restricciones.[35] Una eventual excepción a esta obligación debería estar expresamente contemplada en el Reglamento y estar justificada por las particularidades de los transportes aéreos. Sin embargo, no se ha establecido ninguna excepción, ni sería lógico que se hubiera hecho, ya que no se aprecia por qué razón una medida referida a la normativa en materia de transportes aéreos debería no ser proporcionada al objetivo para el que ha sido adoptada.

53. En consecuencia, la Comisión obró acertadamente al comprobar, invocando el artículo 8, apartados 1 y 3, la legalidad con arreglo al Derecho comunitario de los Decretos italianos controvertidos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las restricciones de la libre prestación de servicios[36] y, en particular, examinar, por un lado, si las medidas adoptadas imponen restricciones indistintamente aplicables a efectos de dicha jurisprudencia y, por otro, si dichas restricciones pueden garantizar la realización del objetivo que persiguen, sin ir más allá de lo necesario para ello.[37]

54. En consecuencia, de las observaciones precedentes se desprende que, en la Decisión impugnada, la Comisión sometió correctamente los Decretos italianos controvertidos a un control de legalidad con arreglo al Derecho comunitario a la luz del principio de proporcionalidad. Paralelamente, la Comisión obró acertadamente al definir las premisas de dicho control y, más concretamente, la exigencia imperiosa de interés general a la luz de la cual debía apreciar el carácter proporcionado de las disposiciones y criterios de los Decretos de que se trata. En consecuencia, independientemente de que se acepte la interpretación adoptada por la Comisión por lo que respecta a la determinación de la base jurídica de la Decisión impugnada o que se estime oportuno, de conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, sustituir dicha interpretación por una interpretación parcialmente diferente, las alegaciones formuladas por la demandante en apoyo de sus motivos primero y segundo deben ser desestimadas, ya que carecen de fundamento.

34 — A este respecto, considero que no cabe duda de que las disposiciones controvertidas constituyen efectivamente restricciones de la libre prestación de servicios. Tal como con razón señaló la Comisión en el punto 48 de la Decisión impugnada, «con arreglo a las normas italianas, las compañías ya no estarán autorizadas a elegir el aeropuerto de Linate para la explotación de rutas que no cumplan los umbrales establecidos. En la práctica, esta restricción afectará a todas las rutas con excepción de la línea Milán-Roma. Por consiguiente, las normas en cuestión constituirán una restricción de la libertad de prestación de servicios aéreos comunitarios con origen y destino en Milán».

35 — Véase el punto 43 *supra*.

36 — Véase el punto 27.2 de la Decisión impugnada.

37 — Véase el punto 48 de la Decisión impugnada.

B. *Infracción o interpretación errónea del artículo 8, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 2408/92 debidas a una aplicación errónea del principio de proporcionalidad (tercer motivo de anulación)*

55. Mediante su tercer motivo de anulación, que formula con carácter subsidiario y para el caso de que este Tribunal no se adhiera a las críticas formuladas en los motivos precedentes, la demandante cuestiona la validez de la aplicación del principio de proporcionalidad efectuada en el presente caso. En particular, el Gobierno italiano rechaza por completo la afirmación según la cual los Decretos italianos controvertidos, que impusieron las restricciones a la libre prestación de servicios, son contrarios al principio de proporcionalidad, que la Comisión considera en principio aplicable al problema de que se trata. La demandante cuestiona, fundamentalmente, las premisas concretas en que se basa este principio, es decir, la estructura de la formulación de los diversos criterios de proporcionalidad. Paralelamente, discute la corrección de algunos aspectos de la apreciación de determinadas circunstancias de hecho efectuada en el marco de aplicación de dichos criterios.

56. Considero que las imputaciones formuladas por la demandante no están fundadas, y que es posible apercibirse de ello comprobando las diversas etapas del razonamiento seguido en la exposición de motivos de la Decisión impugnada.

57. En primer lugar, procede recordar que la definición del objetivo que persiguen las disposiciones introducidas mediante los Decretos italianos controvertidos no se discute en modo alguno. En efecto, tal como con razón indica la Comisión en el punto 47 de la Decisión impugnada, los Decretos italianos contribuyen a la realización del proyecto «Malpensa 2000», al decidir que se transfiera del aeropuerto de Linate al aeropuerto de Malpensa un volumen de tráfico suficiente para conseguir que este último se convierta en un centro de operaciones operativo y económicamente viable.

58. En consecuencia, con base en los diversos criterios de aplicación del principio de proporcionalidad generalmente admitidos, en el presente caso debía examinarse: en primer lugar, si las disposiciones controvertidas eran *necesarias*, es decir, si estaban justificadas por el objetivo perseguido; en segundo lugar, si eran *apropiadas*, es decir, si eran capaces de garantizar la consecución de dicho objetivo; y, en tercer lugar, si eran *racionales (proporcionadas* en sentido estricto), es decir, si imponían una diferencia de trato (en el caso de que el principio de proporcionalidad se aplique para determinar la existencia de una discriminación indirecta) o restringían la libre prestación de servicios (en el caso de que el principio de proporcionalidad se aplique en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los artículos 59 y siguientes del Tratado) en la medida en que ello fuera realmente necesario para la consecución del referido objetivo y que las ventajas derivadas de ello prevalecieran sobre los inconvenientes o, al menos, los compensaran.

59. Habida cuenta de esta definición general de los diversos criterios de proporcio-

nalidad, procede considerar que la Comisión señaló correctamente, en el punto 48 de la Decisión impugnada, que debía examinarse si las medidas adoptadas mediante los Decretos italianos controvertidos eran proporcionadas al objetivo perseguido, es decir, si eran necesarias para la creación de un centro de operaciones operativo y económicamente viable y para el éxito del proyecto de redes transeuropeas y si el mismo resultado no podía alcanzarse mediante la aplicación de normas menos rigurosas.

60. Sobre este particular, procede señalar que la referida aplicación de los criterios de proporcionalidad no tiene un carácter teórico ni puede basarse exclusivamente en consideraciones teleológicas abstractas. Al igual que en cualquier razonamiento jurídico, en el marco del control de proporcionalidad es necesario que no sólo la mayor, sino también la menor, estén adecuadamente formuladas. A tal fin, el control de proporcionalidad impone, por un lado, que se tengan en cuenta las particularidades de la situación concreta de que se trata, a la luz de la cual se aprecia si las medidas controvertidas son necesarias, apropiadas y racionales en relación con el objetivo perseguido. Por otro lado, la finalidad de este mismo control debe determinarse mediante el razonamiento jurídico más amplio en cuyo marco se inscribe. En el presente caso, los diversos criterios de proporcionalidad deben aplicarse, por tanto, no de manera neutra, sino siempre en función ya sea del proceso lógico destinado a demostrar la existencia de una discriminación indirecta, ya de las normas que definen los límites de las restricciones indistintamente aplicables de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes aéreos.

61. En su definición de los criterios de proporcionalidad, la demandante cometió errores precisamente en la formulación de la premisa menor de su razonamiento. Esto resulta manifiesto en relación con la totalidad de las imputaciones formuladas, en el marco del tercer motivo de anulación, contra la exposición de motivos de la Decisión impugnada.

62. En efecto, por lo que respecta, en primer lugar, a la concepción general del control de proporcionalidad en el presente caso, no puede considerarse que el razonamiento que debe seguirse quede reflejado con precisión en la afirmación de la demandante según la cual la Decisión impugnada debía apreciar la proporcionalidad comprobando, fundamentalmente, si la concentración del tráfico en el aeropuerto de Malpensa impuesta por los Decretos italianos controvertidos iba más allá del objetivo perseguido por el Gobierno italiano, que consistía en convertir el nuevo centro aeroportuario en un centro de operaciones económicamente viable. [38] Por una parte, lo que importa en el presente caso no es la concentración del tráfico en el aeropuerto de Malpensa, considerada en sí misma, sino en qué medida la transferencia del tráfico desde

38 — El Gobierno italiano recuerda que la Comisión admite que las normas de distribución del tráfico adoptadas por las autoridades italianas son compatibles con el objetivo consistente en transferir una proporción del tráfico capaz de garantizar la rentabilidad de la inversión y que dicho objetivo es compatible con la legislación comunitaria. A este respecto, la demandante considera que la concentración de un volumen de tráfico capaz de permitir las correspondencias entre los vuelos procedentes de los aeropuertos regionales y los vuelos de largo recorrido resulta determinante para la creación de un centro aeroportuario. La propuesta de la Comisión, consistente en repartir el tráfico asignando un 45 % del mismo a Linate y un 55 % a Malpensa, garantizaría el funcionamiento de los dos aeropuertos regionales, pero no el de un aeropuerto utilizado como centro de operaciones. En consecuencia, va en contra del objetivo declarado del proyecto.

el aeropuerto de Linate al aeropuerto de Malpensa entraña una diferencia de trato o una restricción de la libre prestación de servicios. Por otro lado, el otro término de la comparación no puede ser, de una manera general y abstracta, el objetivo perseguido por el Gobierno italiano, consistente en crear un centro de operaciones económicamente viable. En otros términos, no es posible limitarse a tomar en cuenta el proyecto de un centro de operaciones tal como quedará finalmente configurado. Puesto que es indiscutible que la realización de un proyecto tan ambicioso exige un período de tiempo considerable, no cabe duda de que la proporcionalidad de las disposiciones controvertidas debe apreciarse a la luz de la situación real existente, en función del calendario general y del avance de las obras necesarias. Las características de la situación real influyen de manera fundamental en el control de la racionalidad de las disposiciones controvertidas, que la demandante no tiene en cuenta de manera específica. Más concretamente, como ya he señalado, debería apreciarse, con base en una evaluación de las ventajas y los inconvenientes de las disposiciones controvertidas, si el mismo resultado puede alcanzarse por medios menos restrictivos. Para esto, no basta, sin embargo, con justificar las medidas controvertidas de una manera general a la luz de los objetivos finales del proyecto, sino que es manifiesto que deben analizarse los datos reales correspondientes al momento de adopción de dichas medidas.

63. Los errores que caracterizan la concepción general de la aplicación del principio de proporcionalidad en el presente asunto se ponen de manifiesto asimismo en las diversas imputaciones particulares dirigidas por la demandante contra los argumentos contenidos en la exposición de motivos de la Decisión impugnada.

64. En primer lugar, cuando alega que el primer argumento de la Comisión, según el cual el volumen de tráfico transferido no es compatible con la situación actual de las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa, carece de relación con el único criterio pertinente en materia de proporcionalidad, a saber, la adecuación de la concentración de los vuelos en Malpensa al objetivo perseguido por el Gobierno italiano, la demandante no tiene en cuenta el hecho de que la proporcionalidad de las disposiciones controvertidas debe apreciarse en función, simultáneamente, de la situación real existente, del calendario general y del avance de las obras necesarias. En particular, la demandante, manteniéndose fiel a un planteamiento teleológico general de la cuestión de la proporcionalidad de las disposiciones controvertidas, no tiene en cuenta el hecho de que los diversos criterios de proporcionalidad (necesidad, carácter apropiado y racionalidad) deben aplicarse a la luz de las exigencias concretas del proyecto «Malpensa 2000», tal como se presentaban en el momento de aplicar dichas disposiciones.

65. Por el contrario, en los puntos 49, 49.1 y 49.2 de la Decisión impugnada la Comi-

sión señaló acertadamente que debía apreciarse la necesidad [39] y la racionalidad [40] de las disposiciones controvertidas en función del avance de las obras de acceso al aeropuerto de Malpensa y de las infraestructuras de éste. Esta observación está en perfecta consonancia con el hecho de que, para comprobar la discriminación ejercida en la práctica en favor de Alitalia, comprobación que, en el presente caso, delimita teleológicamente la aplicación del principio de proporcionalidad, la Comisión tomó en cuenta asimismo el nivel de las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa. [41]

66. Sobre este particular, procede señalar, por lo demás, que el motivo invocado a este respecto por la demandante, según el cual en todo caso las autoridades nacionales demostraron la compatibilidad de las infraestructuras de acceso con el volumen de tráfico que se pretendía transferir, no parece fundado. Tal como se desprende de los puntos 49.1 y 39 a 43 de la Decisión impugnada (en relación entre sí), y sin necesidad de hacer referencia a elementos que se han puesto de manifiesto con posterioridad a la adopción de dicha Decisión, [42] las deficiencias de las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa, con base en las cuales la Comisión apreció tanto la existencia de una discriminación en la práctica como el carácter desproporcionado del tráfico transferido al aeropuerto de Malpensa, fueron comprobadas a partir de las informaciones de que disponía la Comisión [43] y que la demandante no discute aportando elementos precisos y apropiados. Esta última se limita, para demostrar que el acceso al aeropuerto de Malpensa no plantea problemas graves, a recordar los estudios según los cuales sólo hay problemas de circulación en la autopista que lleva al aeropuerto de Malpensa en las horas punta, determinados días festivos y durante aproximadamente el 5 % del tiempo de utilización total de la autopista. [44] No obstante, estas apreciaciones de hecho, que por lo demás no son discutidas por la Comisión, [45] abogan en favor de la corrección de la exposición de motivos de la Decisión impugnada. En el

39 — Véanse los puntos 49 a 49.2 de la Decisión impugnada: «A este respecto, la Comisión comprueba que no se ha demostrado que la creación de un centro de operaciones viable y el éxito del proyecto de redes transeuropeas de transporte haga necesarias medidas tan rigurosas. [...] La viabilidad operativa del centro de operaciones de Malpensa requiere la transferencia de un volumen de tráfico compatible con la capacidad de las instalaciones del aeropuerto y de las infraestructuras de acceso al mismo. En caso contrario, el éxito del desarrollo y la utilización futura del aeropuerto de Malpensa como centro de operaciones comunitario podría verse comprometido.»

40 — Véase el punto 50 de la Decisión impugnada: «Habida cuenta de lo anterior, la Comisión considera que la creación de un centro de operaciones completamente viable y operativo no hace necesaria la transferencia de un volumen de tráfico equivalente a 11,7 millones de pasajeros con efecto a partir del 25 de octubre de 1998. La consecución de dicho objetivo aconsejaría más bien retrasar la transferencia o efectuarla progresivamente a partir de la fecha mencionada. Con ello, también se limitarían las consecuencias para la libertad de prestación de servicios aéreos con origen y destino en Milán. Por lo tanto, las normas italianas no son indispensables para garantizar la consecución del objetivo perseguido por las autoridades italianas y bastarían otras medidas menos restrictivas de la libertad de prestación de servicios aéreos.»

41 — Véanse los puntos 45 y 46 de la Decisión impugnada.

42 — La Comisión señala que, pese a la transferencia de un menor volumen de tráfico de pasajeros establecida en el Decreto italiano de 9 de octubre de 1998, en Malpensa se han registrado numerosos problemas operativos. Estos problemas, unidos al hecho de que las condiciones de acceso al centro de operaciones de Malpensa no se han modificado, constituyen otros tantos indicios que confirman la legalidad del análisis efectuado por la Comisión en la Decisión impugnada.

43 — La Decisión impugnada contiene una referencia precisa a las características de las infraestructuras enumeradas en la reunión del grupo Christophersen, encargado de realizar el seguimiento del proyecto «Malpensa 2000», celebrada el 27 de octubre de 1997 (punto 40 de la Decisión impugnada). Del mismo modo, en su escrito de contestación (punto 44) la Comisión indica que el escrito del Ministro Sr. Burlando de 15 de julio de 1998 menciona los meses de mayo y de julio de 1999 como fechas de la puesta en servicio de la conexión ferroviaria con el aeropuerto de Malpensa. Por último, en su dúplica (punto 15), la Comisión hace referencia a informaciones que le proporcionaron las autoridades italianas el 1 de abril de 1998. Estas informaciones fueron confirmadas en la reunión del Comité Especial de los Estados miembros de 17 de agosto de 1998 y tienen por objeto hechos comprobados en el marco de los trabajos del grupo Christophersen, antes citado.

44 — Véase el punto 24 del recurso.

45 — Véase el punto 44 del escrito de contestación.

presente caso, lo importante no es saber si, de manera general, las infraestructuras de acceso existentes impiden la consecución de los objetivos perseguidos por el Gobierno italiano o si la mayor parte de las obras de acceso al aeropuerto de Malpensa inicialmente proyectadas ya han sido realizadas. Lo que importa para controlar la legalidad de los decretos italianos controvertidos es, ante todo, la cuestión de si las condiciones de acceso a dicho aeropuerto hacen que éste sea tan accesible como el aeropuerto de Linate y justifican de manera absoluta el volumen de tráfico transferido el 25 de octubre de 1998, de modo que, en ese momento, no existiera una discriminación injustificable por razón de la nacionalidad y/o la identidad de la compañía aérea ni una restricción desproporcionada de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes aéreos. En otros términos, puesto que no se discute que, de hecho, sobre todo en las horas punta, existen problemas de circulación y, en general, problemas derivados de las infraestructuras de acceso que podrían impedir a los viajeros llegar al aeropuerto de Malpensa, provocar retrasos en la salida de los vuelos y, en última instancia, hacer que los viajeros prefieran el aeropuerto de Linate al de Malpensa, es indiferente que vayan a realizarse o se hayan realizado ya determinadas obras de infraestructura de acuerdo con un programa general preestablecido.

67. En segundo lugar, la afirmación de la demandante según la cual el hecho de que el sistema de financiación en el que se apoya el proyecto «Malpensa 2000» no exigiera la transferencia del tráfico hasta el 31 de diciembre de 2000 carece asimismo de fundamento, por motivos análogos a los expuestos en el marco del examen de la anterior imputación. Este hecho, que no es fundamentalmente discutido por la demandante, constituye un indicio inequívoco que demuestra que no era necesario transferir todo el volumen de tráfico el 25 de octubre de 1998. Puesto que, como queda indicado, las apreciaciones relativas a las deficiencias de las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa no han sido refutadas y la demandante no ha probado que fuera necesario transferir la totalidad del tráfico con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, de dicho hecho se desprende manifiestamente que las disposiciones adoptadas son desproporcionadas, sin que deba atribuirse importancia alguna a las consideraciones relativas a la facultad de un Estado miembro de gestionar su política aeroportuaria de manera autónoma. Debe subrayarse asimismo que lo que importa, en el presente caso, no es únicamente la comprobación de la compatibilidad general de las medidas adoptadas con el proyecto «Malpensa 2000», sino el control específico y concreto del carácter necesario, apropiado y racional de dichas medidas a la luz de la situación real existente en el momento en que fueron adoptadas.

68. En tercer lugar, el hecho de que el argumento de la Comisión relativo a las consecuencias que tendría la transferencia de un volumen de tráfico como ése para el funcionamiento del aeropuerto de Linate [46]

46 — Según la demandante, el tercer argumento de la Comisión, según el cual la decisión de transferir el tráfico de Linate a Malpensa es contraria a la voluntad, expresada en el Decreto nº 46-T, de mantener en todo caso Linate en funcionamiento, no responde a la realidad. El aeropuerto de Linate sigue funcionando, aunque su utilización se haya reducido.

sea discutido no parece revestir ninguna importancia con respecto a la corrección de la exposición de motivos de la Decisión impugnada y, en todo caso, la refutación que se hace del mismo no resulta convincente. Por un lado, se trata de un argumento subsidiario cuya refutación no cuestionaría la exactitud de las apreciaciones anteriores de la Comisión con respecto al carácter proporcionado o no de las disposiciones controvertidas. Por otro lado, tal como se desprende claramente del punto 51 de la Decisión impugnada, el elemento determinante no es el de si, una vez realizada la transferencia del tráfico, el aeropuerto de Linate seguirá funcionando, sino precisamente el de qué actividades se mantendrán en él y cuál será su magnitud, así como el de para qué compañías aéreas será accesible. Además, tal como se indica en el mismo punto de la Decisión impugnada, no puede considerarse que el volumen de tráfico transferido sea adecuado para la consecución del objetivo consistente en mantener las rutas de conexión punto a punto, mencionado en los considerandos de las disposiciones nacionales controvertidas.

69. En cuarto lugar, por lo que respecta a la observación final de la demandante según la cual la Comisión se excedió de los límites de la competencia que le confiere el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92, ya que no fundó su juicio en el principio de proporcionalidad, sino en una apreciación discrecional de la oportunidad de la acción decidida por el Gobierno italiano en Malpensa, considero que, una vez más, se trata de una imputación basada en una definición errónea de las modalidades de aplicación de los diversos criterios de proporcionalidad. Más concretamente, como ya he señalado, la aplicación del tercer criterio, es decir, el de la *racionalidad* de las disposiciones controvertidas, obliga a comprobar si dichas disposiciones son realmente necesarias. En el marco de dicho control, se examina si las ventajas asociadas a las disposiciones de que se trata superan a sus inconvenientes o, al menos, los compensan. Si se comprueba que era posible conseguir los objetivos de que se trata adoptando otras medidas menos desfavorables o menos restrictivas, deberá considerarse que las disposiciones controvertidas son desproporcionadas, en sentido estricto, con respecto al objetivo perseguido. En consecuencia, es evidente que, para apreciar la racionalidad de estas medidas, debe comprobarse, entre otras cosas, si son oportunas. No obstante, esta comprobación no es arbitraria, sino que debe inscribirse en el marco hermenéutico y teleológico adecuado de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, del punto 50 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión aplicó correctamente los principios que rigen la evaluación de la racionalidad de las disposiciones nacionales controvertidas. Más concretamente, puesto que la Comisión declaró que «la consecución de dicho objetivo aconsejaría más bien retrasar la transferencia o efectuarla progresivamente a partir de la fecha mencionada. Con ello, también se limitarían las consecuencias para la libertad de prestación de servicios aéreos con origen y destino en Milán», la Comisión concluyó correctamente que «por lo tanto, las normas italianas no son indispensables para garantizar la consecución del objetivo perseguido por las autoridades italianas y bastarían otras medidas menos restrictivas de la libertad de prestación de servicios aéreos». Este juicio no constituye una apreciación arbitraria de la

oportunidad de la acción decidida por el Gobierno italiano, sino una aplicación correcta del criterio de la racionalidad de las disposiciones controvertidas que no excede de los límites de la competencia de la Comisión. Por este hecho, las afirmaciones en sentido contrario que formula la demandante deben ser desestimadas por infundadas.

70. Por último, procede señalar que también carece de fundamento la afirmación, efectuada en la réplica, según la cual la Comisión hubiera debido disponer de una definición comunitaria de las condiciones normalizadas de la localización de los aeropuertos destinados al tráfico intra y extracomunitario y de sus conexiones urbanas. En el presente caso, lo importante no es que el acceso al aeropuerto de Malpensa sea más o menos difícil con arreglo a los preceptos comunitario europeos o en comparación con las condiciones de acceso a otros aeropuertos de la Unión Europea. Lo que importa es examinar si el nivel de las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa compensa los inconvenientes derivados de la situación geográfica de dicho aeropuerto en comparación con el aeropuerto de Linate. Esto significa que tanto el control basado en el principio de no discriminación como el control de proporcionalidad de las medidas deben basarse en la comparación de la situación del aeropuerto de Malpensa con la del aeropuerto de Linate, y no exclusivamente en la determinación objetiva de la situación del primero de ellos. En consecuencia, la inexistencia de una definición comunitaria de las condiciones normalizadas de la localización de los aeropuertos no debilita el fundamento de la exposición de motivos de la Decisión impugnada.

71. Habida cuenta de lo anterior, considero, por tanto, que las afirmaciones formuladas por la demandante en el marco de su tercer motivo de anulación deben ser desestimadas en su totalidad por carecer de fundamento.

C. *Sobre la infracción del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92 a la luz de las normas relativas a las discriminaciones indirectas y la apreciación manifiestamente errónea de los hechos (cuarto motivo de anulación)*

72. Mediante su cuarto motivo de anulación, la demandante enumera cuatro errores que ponen en entredicho la legalidad de la Decisión impugnada, errores que a su entender figuran en los puntos 29 a 46 de esta última, en los que la Comisión procedió al análisis de los Decretos italianos controvertidos a la luz del principio de no discriminación.

73. Antes de entrar en el examen de cada una de estas imputaciones, procede recordar que, en dichos puntos de la Decisión impugnada, se trata del procedimiento destinado a demostrar la existencia de una discriminación indirecta, que implica, por un lado, que se compruebe la existencia de una discriminación en la práctica que sea la consecuencia necesaria de la aplicación de un criterio aparentemente neutro y, por otro, que se examine la cuestión de si la normativa controvertida tiene un carácter

objetivo, examen que requiere, simultáneamente, que se compruebe si dicha normativa es proporcionada al objetivo legítimo que persigue. [47]

74. Recordado esto, hay que considerar que la primera imputación invocada por la demandante, según la cual en el presente caso no existe ninguna discriminación indirecta, ya que las medidas contenidas en los Decretos italianos controvertidos estaban objetivamente justificadas, pues tenían por objeto destinar el aeropuerto de Linate a una nueva utilización, limitada a los vuelos más adecuados para el mismo, y, paralelamente, facilitar los desplazamientos profesionales y asegurar la competitividad de la conexión aérea frente a la conexión ferroviaria Milán-Roma, [48] se refiere únicamente a la segunda fase del procedimiento destinado a demostrar la existencia de una discriminación indirecta, es decir, a la consistente en comprobar el carácter objetivo de la normativa controvertida.

75. No obstante, como queda indicado, [49] es en el marco de esta segunda fase en el que se inscribe, en realidad, el control de la proporcionalidad de las disposiciones controvertidas que puso de manifiesto que dichas disposiciones no eran verdaderamente necesarias para la consecución del objetivo que persiguen, a saber, la creación de un centro de operaciones operativo y viable en el aeropuerto de Malpensa. En consecuencia, considero que el intento de la demandante de justificar objetivamente las disposiciones controvertidas con base en el objetivo concreto que persiguen, a saber, la reestructuración del funcionamiento del aeropuerto de Linate, lo que implica la creación del centro de operaciones de Malpensa, no puede prosperar. Más concretamente, puesto que, en las condiciones existentes el 25 de octubre de 1998, no era indispensable transferir la totalidad del tráfico al aeropuerto de Malpensa, tampoco era indispensable, por ende, limitar los vuelos para los que se utilizaba el aeropuerto de Linate en la medida en que lo hicieron los Decretos controvertidos. En cambio, si se acoge la tesis según la cual la normativa establecida mediante el Decreto nº 46-T tenía por objeto limitar la utilización del aeropuerto de Linate a la conexión Milán-Roma, ello refuerza el análisis efectuado por la Comisión en la Decisión impugnada con respecto a los efectos prácticos de la normativa de que se trata. Por otro lado, tal como señala la Comisión, la afirmación de la demandante según la cual la normativa tenía por objeto garantizar el servicio ininterrumpido de la cone-

47 — Véase el punto 32 *supra*.

48 — El Gobierno italiano recuerda que la Comisión consideró que Linate era el aeropuerto en el que, con anterioridad a la nueva distribución, se concentraba el tráfico con origen y destino en los centros de operaciones comunitarios y que, tras la adopción del Decreto controvertido, Linate únicamente estaría conectado con un solo centro aeroportuario, el de Roma-Fiumicino, mientras que las rutas de conexión con los restantes centros de operaciones europeos (Francfort, París, etc.) serían transferidas a otro aeropuerto menos conveniente, como es el de Malpensa. Esto supondría una ventaja competitiva para Alitalia y una desventaja para las restantes compañías aéreas que utilizaran centros de operaciones distintos de Fiumicino. En particular, aquellas personas que desearan viajar fuera de la Unión o fuera de Europa preferirían partir de Linate y realizar el tránsito en el centro de operaciones de Roma, en lugar de partir de Malpensa y realizar el tránsito en otros centros de operaciones. No obstante, la demandante discute esta conclusión indicando que los Decretos italianos controvertidos estaban objetivamente justificados, ya que tenían por objeto destinar el aeropuerto de Linate a una nueva utilización limitada a una sola ruta, conectando Milán y Roma. Sobre este particular, el Gobierno italiano señala que la conexión Milán-Roma es utilizaba fundamentalmente para desplazamientos profesionales, concentrándose la mayoría de los vuelos durante el día. En consecuencia, reitera que esta conexión es la más apropiada para ser operada desde el aeropuerto de Linate, de modo que, simultáneamente, la conexión aérea pueda seguir siendo competitiva frente a la conexión ferroviaria. Según la demandante, si la Comisión hubiera tenido en cuenta estos elementos no hubiera concluido que existía una discriminación indirecta.

49 — Véase el punto 32 *supra*.

xión Milán-Roma y no la transferencia de los viajeros al aeropuerto de Roma carece de pertinencia, en la medida en que el primero de estos objetivos no excluye el segundo, mientras que ninguno de los elementos invocados por la demandante pone de manifiesto que la alimentación del centro de operaciones de Roma fuera imposible o estuviera prohibida. Por el contrario, algunos de los elementos obrantes en autos y, sobre todo, las estadísticas relativas a los viajeros recibidos en 1997[50] y las medidas propuestas por las autoridades italianas con el fin de limitar, en su caso, las posibilidades de tránsito en el aeropuerto de Roma-Fiumicino,[51] se desprende que, en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, esta alimentación era un hecho real y, en todo caso, seguía siendo posible. En consecuencia, la primera imputación formulada por la demandante debe ser desestimada por infundada.

76. Mediante la segunda de las imputaciones contra los puntos 29 a 46 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada, la demandante sostiene que la Comisión cometió el error de apreciar las consecuencias de la transferencia del tráfico a Malpensa a la luz de la situación presente y no de la situación futura. Según la demandante, en la nueva situación, que se caracterizará por la plena puesta en servicio de Malpensa para el tráfico intercontinental, la ruta con origen en Linate y destino en el centro de operaciones de Fiumicino no supondrá, en la práctica, ninguna ventaja competitiva para Alitalia. A este respecto, el Gobierno italiano subraya que sólo debe considerarse que una disposición es indirectamente discriminatoria cuando se ha demostrado plenamente que puede favorecer o perjudicar a una persona.

77. Esta segunda imputación se refiere a la primera fase del procedimiento destinado a demostrar la existencia de una discriminación indirecta, es decir, al examen de la cuestión de si existe una discriminación indirecta en la práctica y si dicha discriminación es una consecuencia necesaria de la normativa controvertida o es casual.

78. En primer lugar, considero que la afirmación de la demandante según la cual la Comisión apreció por error las consecuencias de la transferencia del tráfico a Malpensa a la luz de la situación presente y no de la situación futura carece de fundamento.

79. Por una parte, no cabe ninguna duda de que la discriminación indirecta tiene un carácter dinámico y relativo, que se debe al hecho de que, en razón de la variabilidad de las condiciones de aplicación de las disposiciones controvertidas, es posible que sus efectos evolucionen en la práctica (de modo que o bien aparezca una discriminación que antes no existía, o bien una discriminación deje de existir). Como queda señalado, esto exige que se tomen en cuenta no sólo los

50 — Procede señalar que, en el punto 20 de su réplica, la demandante admite que el 85 % de los pasajeros que tomaron un vuelo a Fiumicino eran pasajeros de vuelos internacionales.

51 — Véase el escrito del Ministro Sr. Burlando de 15 de julio de 1998, que figura como Anexo 5 del recurso.

efectos de las disposiciones controvertidas en un momento dado (examen instantáneo de la discriminación), sino también que se analicen las perspectivas de evolución y la estabilidad de dichos efectos, con el fin de descartar la eventual concurrencia de elementos fortuitos que no se deben, en realidad, a dichas disposiciones. [52] No obstante, este estudio de las perspectivas de evolución y de la estabilidad de los efectos prácticos de las disposiciones controvertidas no puede llevar a tomar en cuenta una situación meramente futura, muy poco probable, pero simplemente esperada, que no tenga su sustento directo y cierto en la realidad existente en el momento en el que se procede al control de la existencia de la discriminación indirecta. Semejante procedimiento sería contrario a la norma según la cual la legalidad de un acto jurídico debe apreciarse, en principio, en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en el momento en que se adoptó dicho acto. [53]

80. Por otra parte, un estudio atento de la exposición de motivos de la Decisión impugnada muestra que, por lo que respecta tanto a la existencia de los dos centros de operaciones de Alitalia como a la comparación de las posibilidades de acceso a los aeropuertos de Linate y de Malpensa, la Comisión empezó su análisis, acertadamente, partiendo de la situación existente, para a continuación examinar las perspectivas y las probabilidades fundadas de modificación de esta situación. [54] Tras proceder a esta evaluación sutil, la Comisión declaró, finalmente, que sólo podía considerarse que existía una discriminación indirecta durante un período determinado, [55] lo que constituye, en el presente caso, un trato y una interpretación adecuados del carácter dinámico de este tipo de discriminación.

81. A este respecto, la declaración de la existencia de una discriminación indirecta no se basaba en simples conjeturas o en probabilidades mínimas, sino en la medida en que, a juzgar por la información de que

52 — Véase el punto 45 *supra*.

53 — Véase, a título indicativo, la sentencia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión (asuntos acumulados 15/76 y 16/76, Rec. p. 321), apartado 7.

54 — Véase el punto 35 de la Decisión impugnada: «Es cierto que la creciente oferta de servicios directos de Alitalia a partir del aeropuerto de Malpensa reducirá sin duda el número de pasajeros que utilizarán servicios indirectos. No obstante, parece evidente que las operaciones de Alitalia se reparten y seguirán repartiéndose entre dos centros: Roma-Fiumicino y Milán-Malpensa. Este era uno de los principios del plan de reestructuración de Alitalia que comunicaron las autoridades italianas a la Comisión con arreglo a las normas sobre ayudas estatales [...]».
Véase también el punto 44 de la Decisión impugnada: «Habida cuenta de las distintas condiciones de acceso que ofrecen ambos aeropuertos, la Comisión considera que éstos no ofrecerán el mismo atractivo hasta que las infraestructuras de acceso a Malpensa compensen la desventaja que representa la localización geográfica de este aeropuerto en comparación con el de Linate.»

55 — Véase el punto 45 de la Decisión impugnada: «En vista de lo anterior y teniendo en cuenta la competencia que existe entre Alitalia y otras compañías comunitarias, los criterios establecidos por el Decreto nº 46-T, en virtud de los cuales la compañía Alitalia será la única autorizada a efectuar servicios con destino a su centro de operaciones de Roma-Fiumicino desde el aeropuerto de Linate, mientras que las demás compañías comunitarias se verán obligadas a volar a sus respectivos centros de operaciones desde el aeropuerto de Malpensa, supondrán una ventaja competitiva a favor de Alitalia. *Dicha ventaja persistirá mientras las infraestructuras de acceso al aeropuerto de Malpensa no sean suficientes para vencer la actual reticencia de los consumidores a utilizar este aeropuerto*» (el subrayado es mío).

disponía la Comisión, era probable que dicha discriminación se materializara.

82. Por un lado, ninguno de los supuestos errores de apreciación de los hechos [56] mencionados en la réplica parecen referirse a elementos decisivos para la declaración de la existencia de la discriminación. En particular, de ninguno de los elementos invocados por la demandante se desprende que Alitalia no utilice Fiumicino como segundo centro de operaciones, al menos con carácter complementario. Más concretamente, si bien se refiere a una reducción radical de los vuelos intercontinentales con origen exclusivamente en el centro de operaciones de Roma-Fiumicino, en ningún momento de su exposición afirma la demandante, al presentar el proyecto de horarios de los vuelos controvertidos, que dichos vuelos hayan sido suprimidos. Por el contrario, de determinados elementos obrantes en autos, como por ejemplo el plan de reestructuración [57] y los mensajes publicitarios [58] de Alitalia, sin necesidad de recurrir a elementos posteriores a la Decisión impugnada, [59] resulta que dicho centro de operaciones sigue manteniéndose activo y puede ser alimentado desde el aeropuerto de Malpensa. Además, tal como con razón indica la Comisión en su dúplica, el número de destinos de los vuelos y la importancia relativa de un centro de operaciones con respecto al otro carecen en sí mismos de pertinencia. La mera existencia de un centro de operaciones complementario en Fiumicino lleva a declarar la existencia de una discriminación indirecta. Por último, la magnitud de los efectos que produce esta discriminación no reviste verdadera importancia. El Derecho comunitario prohíbe incluso las discriminaciones de menor importancia. [60]

83. Por otro lado, no puede sostenerse, en todo caso, que la existencia de la discriminación indirecta deba quedar definitivamente probada ya en la primera fase del proceso lógico destinado a demostrar su existencia. Como queda indicado, la comprobación inmediata de la existencia de una discriminación indirecta no siempre resulta fácil y, en todo caso, esta primera fase no permite concluir de manera absoluta que existe una discriminación de

56 — En su réplica, la demandante indica que la anulación de la Decisión impugnada no requiere la existencia de un «error manifiesto»; en su opinión, basta demostrar que la Comisión cometió un error en la apreciación de los hechos. Considera, por tanto, que las afirmaciones de la Comisión que figuran en su escrito de contestación contienen errores de este tipo, sobre todo por lo que respecta a la existencia de los centros de operaciones gemelos de Alitalia.

57 — Véase la Decisión 97/789/CE de la Comisión, de 15 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DO L 322, p. 44; Anexo 2 del escrito de contestación).

58 — Véase el Anexo 3 del escrito de contestación.

59 — La Comisión indica que, aunque no tengan formalmente ninguna incidencia en la apreciación de la legalidad de la Decisión impugnada, todas las informaciones posteriores confirman que Alitalia continúa utilizando un doble centro de operaciones.

60 — Véanse las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartado 21, y de 13 de diciembre de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Rec. p. 4441), apartado 8.

Derecho, por más que se recurra a la experiencia común o incluso a los estudios estadísticos. Esta es la razón por la cual, mediante una segunda fase, que pone fin al proceso destinado a demostrar la existencia de una discriminación indirecta, debe verificarse el carácter objetivo de la normativa controvertida, lo que supone la aplicación del principio de proporcionalidad. [61]

84. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, considero que la segunda imputación invocada en el marco del cuarto motivo de anulación debe asimismo desestimarse por infundada.

85. Por último, por lo que respecta a la tercera imputación invocada por la demandante, según la cual la Decisión impugnada no es compatible con el principio de proporcionalidad por lo que respecta a las medidas de prohibición impuestas, [62] la Comisión señala acertadamente que el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92 no le obliga a preferir medidas menos rigurosas para las autoridades nacionales afectadas. Tras haber informado a las autoridades italianas, tal como se desprende de los autos y sin que ello haya sido contradicho con argumentos concretos, [63] de los problemas creados por los Decretos controvertidos, la Comisión llegó a un acuerdo con el comité consultivo competente y adoptó, de manera general, todas las medidas (intercambio de correspondencia, reuniones, etc.) necesarias para la clarificación del asunto y el ejercicio de los derechos de defensa. Hecho esto, la única competencia que le correspondía era la de apreciar la legalidad de los decretos controvertidos y decidir «si dicho Estado miembro puede seguir aplicando la medida». [64] En consecuencia, no tenía la facultad de modificar las medidas nacionales, suplantando con ello a las autoridades nacionales. Por el contrario, era a estas últimas a las que les correspondía tomar la iniciativa de adoptar las medidas indispensables para atenerse a la Decisión impugnada, tal como hicieron mediante la adopción del Decreto de 9 de octubre de 1998. [65] Además, sería inadmisible que el deber de leal cooperación entre la Comisión y los Estados miembros impuesto por el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) pudiera modificar el reparto expreso de las competencias, antes descrito, entre los Estados miembros y la Comisión y traspasar a esta última la iniciativa y la responsabilidad de adoptar las medidas apropiadas.

86. De las consideraciones anteriores se desprende que el cuarto motivo de anulación debe ser asimismo desestimado por infundado.

61 — Véase el punto 32 *supra*.

62 — En particular, la demandante afirma que, si la Comisión dudaba y no tenía la certeza de que el mantenimiento en Linate del vuelo a Roma otorgaría una ventaja competitiva a Alitalia, hubiera debido informar de ello a las autoridades italianas y, en todo caso, optar por medidas menos draconianas contra el Gobierno italiano por lo que respecta al respeto del principio de no discriminación enunciado en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2408/92. La demandante recuerda que propuso medidas técnicas destinadas a solucionar la situación, que no fueron aceptadas por la Comisión.

63 — Véanse los puntos 16 y siguientes de la Decisión impugnada y el punto 14 *supra*.

64 — Véase el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 2408/92.

65 — Anexo 5 del escrito de contestación.

V. Conclusión

87. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Desestime por infundado el recurso de la República Italiana.

2) Condene en costas a la República Italiana.