CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN presentadas el 30 de septiembre de 2010 [1]

1. Este proceso prejudicial permite al Tribunal de Justicia seguir profundizando [2] en la específica virtualidad que la libre prestación de servicios proyecta en el ámbito del transporte, en su delimitación con el libre establecimiento y en la función de ambas libertades, cuyo ejercicio efectivo garantiza el funcionamiento correcto del «espacio sin fronteras interiores» [3] en el que la Unión Europea consiste.

I. La normativa aplicable

A. *El Derecho de la Unión Europea*

2. El Unabhängiger Verwaltungssenat Wien invita al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la compatibilidad con los artículos 49 TFUE, 56 TFUE y 101 TFUE, de una normativa nacional que, en orden a la explotación de una «línea turística de autobuses», exige que la empresa que solicita su gestión posea a) en la fecha de la concesión o, a más tardar, en el momento de iniciar el transporte, una sede o un establecimiento (en el que se va a desarrollar la actividad económica en cuestión) en el Estado miembro de la autoridad que conceda la autorización, y b) que no se perjudique la rentabilidad de una empresa competidora que venga prestando dicho servicio en un recorrido parcial o completamente idéntico.

3. El artículo 49 TFUE (antiguo artículo 43 CE) regula «en el marco de las disposiciones siguientes» el derecho de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, prohibiendo sus restricciones, extendiendo esa interdicción a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro, comprendiendo la libertad de establecimiento «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen

1 — Lengua original: español.

2 — Como, desde otra perspectiva, recientemente ha tenido ocasión de hacer el abogado general Mengozzi en sus conclusiones de 7 de septiembre de 2010 presentadas en el asunto Neukirchinger (C-382/08).

3 — Artículo 26 TFUE, apartado 2.

en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales [...]».

4. Por su parte, el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE), también «en el marco de las disposiciones siguientes», proclama la prohibición de las restricciones de la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

5. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 58 TFUE (antiguo artículo 51 CE), «la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes».

6. A los efectos de la implementación efectiva de una política común de transportes, la letra b) del artículo 91 TFUE encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo, el establecimiento de «las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro».

B. *El Derecho austriaco*

7. De acuerdo con la Kraftfahrliniengesetz (Ley relativa a la circulación de transportes mediante autobuses de línea; en lo sucesivo, «KflG»),[4] el transporte en autobús de línea con paradas fijas a lo largo de un itinerario determinado debe ser autorizado a través de una concesión (artículo 1) cuya solicitud ha de colmar unos requisitos muy precisos (artículo 2) correspondiendo su otorgamiento al Landeshauptmann (artículo 3). Cuando la empresa solicitante no sea austriaca, se le exige una sede o un establecimiento de explotación permanente en Austria (artículo 7, apartado 1, punto 2) para quedar equiparada así, a los solicitantes austriacos de una concesión. De otra parte, la concesión se considera contraria al interés público cuando el servicio pueda poner en peligro el cumplimiento de la tarea de transporte por parte del transportista en cuya zona discurra la línea solicitada, lo que acontecería cuando éste se viera profundamente afectado en la gestión del servicio como consecuencia de sufrir una disminución de los ingresos que ponga en riesgo de manera patente su rentabilidad [artículo 7, apartado 1, punto 4, letra b) en relación con el artículo 14, apartados 1 a 3]

II. Los hechos

8. La empresa alemana Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (en adelante, «Yellow Cab») solicitó el 25 de enero de 2008 que, conforme a la KflG, se le otorgara una concesión para gestionar un servicio de autobuses de línea,

4 — En la versión publicada en el BGBl. nº 153/2006.

exclusivamente dentro del municipio de Viena, para un recorrido definido con fines turísticos y con paradas fijas cuya práctica totalidad cubría ya un grupo de empresas. [5]

9. La solicitud de Yellow Cab fue denegada por la autoridad competente el 13 de marzo de 2009, al entender que atribuir la concesión perjudicaría la seguridad vial. Interpuesto recurso por Yellow Cab ante el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, éste apreció unas causas distintas para desestimarla, pues, con base en la legislación austriaca se impondría su rechazo debido a que, por un lado, Yellow Cab carecía de una sede o de un establecimiento en Austria en el momento de solicitar la concesión, y, por otro lado, porque la rentabilidad del transportista que ya operaba quedaría gravemente comprometida.

III. Las cuestiones prejudiciales y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. Como quiera que esos condicionamientos de la normativa austriaca suscitaron al Unabhängiger Verwaltungssenat Wien ciertas dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión, decidió suspender el procedimiento y dirigirse en vía prejudicial al Tribunal de Justicia, en los siguientes términos:

«1) ¿Es compatible con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el sentido de los artículos 43 CE y ss. y 49 CE y ss. y con la normativa comunitaria sobre competencia en el sentido de los artículos 81 CE y ss. que una norma nacional relativa a la concesión de una autorización para gestionar servicios de transporte mediante autobuses de línea y, por consiguiente, para crear un servicio de transporte público que circule de manera regular efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, imponga como requisito de la autorización:

a) que, antes de iniciar la gestión del transporte mediante autobuses de línea y, en especial, en la fecha de la concesión, la empresa comunitaria que presente la solicitud ya disponga de una sede o de un establecimiento en el Estado de la autoridad que conceda la autorización;

b) que la empresa comunitaria que presente la solicitud, disponga, a más tardar en el momento de iniciar el transporte mediante autobuses de línea, de una sede o de un establecimiento en el Estado de la autoridad que conceda la autorización?

2) ¿Es compatible con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el sentido de los artículos 43 CE y ss. y 49 CE y ss. y con la normativa comunitaria sobre competencia en el sentido

5 — En concreto, y según el Auto de reenvío, integrado por Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH und Vienna Sightseeing Tours – Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG, al amparo de una concesión de 17 de mayo de 2005.

de los artículos 81 CE y ss. que una norma nacional relativa a la concesión de la autorización para gestionar servicios de transporte mediante autobuses de línea y, por consiguiente, para crear un servicio de transporte público que circule de manera regular, efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, impida la concesión de la autorización cuando, en el caso de que se inicie la gestión del transporte de línea solicitado, los ingresos que obtenga en dicho recorrido una empresa competidora que haga un recorrido parcial o completamente idéntico disminuyan tanto que, para dicho competidor, continuar explotando dicho recorrido deje de ser rentable desde el punto de vista empresarial?»

11. Este incidente prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 24 de agosto de 2009.

12. En sus observaciones escritas, Yellow Cab mantiene la improcedencia de los referidos condicionamientos, mientras que el Gobierno austriaco, después de cuestionar la admisibilidad del segundo de los interrogantes, patrocina la compatibilidad de aquéllos con el Derecho de la Unión; en particular, considera improcedente en este caso la invocación de la libertad de prestación de servicios. En la misma línea, el Gobierno alemán, centrado exclusivamente en el requisito de la sede o establecimiento, niega que se haya vulnerado la libertad de establecimiento, al igual que el Gobierno italiano, para quien, además, la defensa económica del anterior concesionario puede estar justificada. La Comisión, finalmente, descarta que, en este caso, tanto la libre competencia como la libertad de servicios se hayan visto afectadas, en tanto que respecto de la libertad de establecimiento admite la exigencia de una sede o de un establecimiento, si bien limitándola al momento inmediatamente anterior al que se inicie el servicio.

13. Conviene tener en cuenta que el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, en cada una de sus dos preguntas, confronta los requisitos de la legislación austriaca con tres categorías del Derecho primario, a saber, la libertad de prestación de servicios, el libre establecimiento y la competencia. A efectos sistemáticos, procederé a abordar el análisis de esos requisitos desde la perspectiva exclusiva de las dos libertades, para, después, hacer una aproximación a la proyección de la competencia sobre este asunto.

IV. Análisis de la primera pregunta

A. *Desde la perspectiva de la libre prestación de servicios*

14. Como acabo de expresar, el juez de reenvío superpone las libertades de prestación de servicios y de establecimiento como

parámetros de enjuiciamiento del presente caso, por lo que procede, de entrada, deslindar ambas.

1. La delimitación entre libertad de servicios y derecho de establecimiento

15. En una primera línea de respuesta cabe comenzar señalando cómo, en una jurisprudencia constante, el Tribunal de Justicia ha manejado ciertos criterios determinantes a la hora de distinguir entre «prestación de servicios» y «establecimiento».

16. Así, la estabilidad y la continuidad de la prestación permiten considerar que el concepto de establecimiento implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia. [6]

17. Por el contrario, será el carácter «temporal» del ejercicio de la actividad [7] el que permita calificar la actividad económica de que se trate como de «prestación de servicios», superando la difusa frontera entre ambas libertades. [8]

18. Estos criterios adquieren particular relevancia en las circunstancias del caso, ya que, la descripción de los hechos realizada por el órgano jurisdiccional remitente y la naturaleza del servicio propuesto por Yellow Cab apuntan a que su actividad va a ser ejercida con carácter permanente o, en cualquier caso, sin limitación previsible de su duración, aspectos estos que el Tribunal de Justicia ha considerado expresamente para rechazar la aplicación de las disposiciones en materia de prestación de servicios. [9] Recapitulando, una actividad como la que pretendía ejercer Yellow Cab que, por su características, reclama cierta permanencia y estabilidad en el Estado

6 — Como se deriva de las sentencias de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), apartado 21; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 25, y de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203), apartado 18.

7 — Temporalidad que para la sentencia Gebhard, ya citada, apartados 25 a 28, debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad, de manera que si la participación del interesado en la vida económica del Estado miembro de acogida no tiene un carácter estable y continuo cabe acudir a la libre circulación de servicios en lugar de al derecho de establecimiento.

8 — Difusas, porque, al fin y al cabo, como matizan las sentencias de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer (C-215/01, Rec. p. I-14847), apartados 30 y 31; de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal (C-171/02, Rec. p. I-5645), apartado 26, y de 16 julio de 2009, von Chamier-Glisczinski (C-208/07, Rec. p. I-6095), apartado 74, «ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado. Así, el concepto de "servicio" en el sentido del Tratado puede incluir servicios de naturaleza muy distinta, incluidos los servicios cuya prestación se realiza durante un período prolongado, incluso durante varios años».

9 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, Steymann (196/87, Rec. p. 6159), apartado 16; Schnitzer, ya citada, apartados 27 a 29, y de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), apartado 28.

miembro en el que va a ser desarrollada, se ubica, más bien, en el ámbito de la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) que en el de la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE).

2. La libre prestación de servicios en el marco de la política de la Unión del transporte

19. En cualquier caso, y con independencia de lo anterior, no hay que olvidar que la actividad pretendida por Yellow Cab parece claramente enmarcarse en el ámbito del transporte, en el que el desarrollo de la libertad de servicios se confía por el artículo 58 TFUE al Derecho derivado relativo a la política común de transportes. [10]

20. Ahora bien, en ausencia de norma sectorial *specialis* en materia de transportes, es jurisprudencia constante que no procede aplicar el artículo 56 TFUE como parámetro para medir el grado de oposición del Derecho de la Unión a una norma nacional, dado el estrecho margen de maniobra conferido por el Tribunal de Justicia en la materia. [11] Procede, pues, indagar acerca de la concurrencia o no de una norma de estas características.

21. Para comenzar, el Reglamento (CEE) nº 1191/69, [12] modificado por el Reglamento (CEE) nº 1893/91, [13] no resulta de aplicación a este caso [14] porque no disciplina expresamente la libertad de servicios en el sentido del artículo 56 TFUE. Del mismo modo, tampoco

10 — Obviamente, como ya puntualizó la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 25, la política común de transportes, lejos de excluir las libertades fundamentales, tienen por objeto ponerlas en práctica y completarlas. Por otra parte, dado que se basa también en la libre prestación de servicios, esa política ha de interpretarse a la luz del artículo 56 TFUE [sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 1985, Parlamento/Consejo (13/83, Rec. p. 1513), apartado 62; de 13 de diciembre de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Rec. p. 4441), apartados 10 a 12; de 18 de enero de 2001, Italia/Comisión (C-361/98, Rec. p. I-385), apartados 31 a 33, y de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartados 55 y ss.], a lo que no se opone el apartado 1 del artículo 58 TFUE, que no renuncia a los objetivos que esta concreta libertad persigue en el mercado interior.

11 — Basta acudir a la sentencia de 22 de mayo de 1985, Parlamento/Consejo (13/83, Rec. p. 1513), apartados 62 y 63, rememorada por la de 13 julio de 1989, Lambregts Transportbedrijf (4/88, Rec. 1989, p. 2583), apartado 14, para las que la circunstancia de que el Consejo hubiera incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 75 del Tratado (actualmente previstas en los artículos 90 TFUE y 91 TFUE) no puede producir como efecto que los artículos 59 y 60 del Tratado (actualmente artículos 56 TFUE y 57 TFUE) fueran directamente aplicables en el sector de los transportes. En la misma línea, la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Corsica Ferries (C-49/89), después de recordar que la libre circulación de servicios en materia de transportes se rige por las disposiciones del título relativo a los transportes (apartado 10), no censura una regulación nacional restrictiva del artículo 56 TFUE en un momento (1981 y 1982) en el que «no se había realizado la libre prestación de servicios en el sector del transporte marítimo, por lo cual los Estados miembros podían aplicar disposiciones como las controvertidas en el asunto principal» (apartado 14).

12 — Reglamento del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156 p. 1), aplicable aún *ratione temporis*.

13 — Reglamento del Consejo, de 20 de junio de 1991, por el que se modifica el Reglamento nº 1191/69 (DO L 169, p. 1).

14 — Téngase en cuenta, no obstante, que el Reglamento nº 1893/91 derogó su primigenio artículo 19, apartado 2, que excluía de su ámbito a las empresas de otros tipos de transporte distintos al ferrocarril que efectuaran principalmente transportes de carácter local o regional.

el Reglamento (CEE) nº 684/92, [15] toda vez que requiere que el transporte sea internacional, ni el Reglamento (CE) nº 12/98, [16] cuyo artículo 3 admite los transportes de cabotaje sólo para «[….] los servicios regulares a condición de que los preste un transportista no residente en el Estado miembro de acogida durante un servicio regular internacional conforme a las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 684/92. El transporte de cabotaje no podrá efectuarse independientemente de ese servicio internacional. Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente punto los servicios urbanos y de cercanías».

22. Por lo demás, tampoco cabe aplicar *ratione temporis* el Reglamento nº 1370/2007 [17] que, además, exceptúa expresamente los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o por su finalidad turística (artículo 1, apartado 2), ni tampoco el Reglamento (CE) nº 1073/2009 [18], debido a la misma razón temporal, así como al hecho de que excluye «los servicios que atiendan las necesidades de un centro o aglomeración urbanos» y los que se efectúen «independientemente de ese servicio internacional» [artículo 15, letra c)].

23. En consecuencia, la ausencia de una norma especial que, para un caso como el aquí analizado, desarrolle en el ámbito de la política de transportes la libre prestación de servicios, determina la imposiblidad de contrastar con el artículo 56 TFUE los requisitos establecidos por la legislación austriaca.

B. *Desde la perspectiva del derecho de establecimiento*

24. Procede analizar a continuación la legalidad de los condicionamientos exigidos por el Derecho austriaco desde la perspectiva del derecho de establecimiento y de las consecuencias jurídicas que entraña: el ejercicio efectivo de una actividad económica de manera estable y continua en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (artículo 49 TFUE, párrafo segundo).

1. La exigencia de una autorización como presupuesto para desarrollar la actividad

25. La exigencia de una autorización supone, en principio, una restricción para la libertad de establecimiento, que sólo cabe justificar si

15 — Reglamento del Consejo, de 16 de marzo de 1992, por el que se establecen normas comunes para los transportes internacionales de viajeros efectuados con autocares y autobuses (DO L 74, p. 1).

16 — Reglamento del Consejo de 11 de diciembre de 1997 por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro (DO L 4 p.10).

17 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo

18 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 (DO L 300, p. 88).

resulta adecuada para garantizar la consecución de los objetivos que pretende preservar, basándose, además, en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para fijar suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, [19] eliminando de esta forma comportamientos discrecionales capaces de privar de eficacia a las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a esa libertad fundamental.

26. En efecto, según la dicción del artículo 52 TFUE, apartado 1, las restricciones al derecho de establecimiento podrán estar justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, pero para ello, habrán de ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deberán ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Este parámetro de proporcionalidad, que el Tribunal de Justicia ha venido aplicando de manera reiterada en su jurisprudencia sobre libertades fundamentales, se califica habitualmente como el *test* de adecuación y de necesidad, respectivamente, cuyos límites se traspasan, desde luego, si los fines perseguidos pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas. [20]

27. Sin necesidad de acudir a la categoría jurídica de servicio de interés general, estimo que la actividad consistente en la explotación de una línea de autobús que, a través de paradas fijas, recorre una ciudad con fines turísticos no carece de cierto interés general, dada la pluralidad de elementos concernidos, tales como la seguridad e integridad de las personas, la seguridad vial o, incluso, la regular ordenación de la movilidad urbana, [21] que pueden justificar, sin que el Derecho de la Unión se oponga a ello, el que su concesión sea sometida a una autorización. En efecto, en orden a la satisfacción de esos objetivos, «un control previo por parte de la administración competente parece el más indicado […] mientras que un sistema de comprobación *a posteriori* corre el riesgo de intervenir demasiado tarde, cuando ya se han realizado importantes inversiones y difícilmente se pueden recuperar». [22]

28. Distinto es el caso de los requisitos de la sede o establecimiento, por un lado, y el de la protección económica del anterior concesionario, por otro, como condicionantes de la autorización misma, que debemos analizar por separado.

19 — Por todas, véase la sentencia de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721), especialmente apartado 64.

20 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros (C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821), apartados 23 a 28; de 20 de febrero de 2001, Analir y otros (C-205/99, Rec. p. I-1271), apartado 35; y de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Rec. p. I-9021), apartado 33.

21 — Criterio que, por lo demás, aparecía como la única justificación de la denegación de la solicitud de concesión.

22 — Criterio que se formula explícitamente en la sentencia del Tribunal de Justicia, ya citada, Woningstichting Sint Servatius, apartado 34.

C. *La exigencia de una sede o establecimiento*

29. La normativa austriaca condiciona la autorización de la concesión al hecho de que la empresa solicitante posea una sede o establecimiento de explotación en Austria. Ahora bien, en la medida que cabe diferenciar el momento en que esta exigencia debe concretarse, procede, primero, analizar la naturaleza de este requisito en sí mismo considerado, para pasar, a continuación, a indagar su dimensión temporal.

1. La exigencia de la sede o establecimiento en sí misma considerada

30. A diferencia de lo que acontece en el ámbito de la libre prestación de servicios, en el que la exigencia de un establecimiento permanente es susceptible de menoscabar el artículo 56 TFUE, hasta el punto de representar «la negación misma de dicha libertad», [23] la obligación de poseer un establecimiento –en línea con lo que razona la Comisión en los puntos 32 y 33 de sus observaciones como elemento de una concesión–, parece acomodarse de forma natural con el artículo 49 TFUE, disposición que concede a las empresas de un determinado Estado miembro el derecho a «establecerse» en otro Estado miembro. [24]

31. Ahora bien, los requisitos que exija cada Estado miembro a las empresas que deseen establecerse en su territorio son susceptibles, también, de mediatizar su decisión final, pues no es lo mismo proyectar el ejercicio de una actividad económica en un Estado en el que las exigencias de establecimiento son asumibles desde el punto de vista burocrático o económico que en otro en el que la onerosidad de las condiciones desincentiva a las empresas extranjeras. La tenue frontera entre ambas categorías distingue precisamente las que son admitidas por la Unión y las que, por una cuestión de proporción, pueden llegar a no serlo.

32. El Tribunal de Justicia tiende a utilizar por lo general una noción eminentemente fáctica, desprovista de requisitos jurídicos particulares y, en definitiva, autónoma de las instituciones nacionales, refiriéndose simplemente a una presencia permanente. [25] No

23 — Con esta contundencia se pronunció la sentencia de 4 diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 52.

24 — Así, el requisito consistente en disponer de un establecimiento de explotación para obtener la autorización necesaria para un laboratorio de análisis clínicos supone, según el Tribunal de Justicia, una vulneración de la libre prestación de servicios, no de la libertad de establecimiento en sí misma considerada, en la medida en que ese condicionamiento no entrañaba convertir ese establecimiento en sede principal o central de la empresa (sentencia de 11 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-496/01, Rec. p. I-2351, apartados 61 y 64 a 77). No obstante, en ocasiones, puede constituir también un obstáculo a la libertad de establecimiento, no ya la exigencia de la sede o del centro de explotación sino la de que los directivos y cierto personal de las empresas de vigilancia y de los servicios internos de vigilancia deban residir en el territorio del Estado miembro en el que están establecidas (sentencia de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, C-355/98, Rec. p. I-1221, apartados 31 a 34 y 41)

25 — Sentencia Centro di Musicologia Walter Stauffer, ya citada, apartado 19.

obstante, la mera exigencia de una sede o establecimiento como un *prius* de la autorización misma, en la medida en que, por definición, se encontraría ya cumplida por los residentes en Austria, asume el carácter de una restricción, la cual debería quedar suficientemente justificada a fin de no incurrir en una discriminación indirecta.

2. La dimensión temporal de la exigencia de establecimiento

33. Sin embargo, a partir de los datos aportados por el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien no se alcanza a conocer la precisión de las condiciones que la normativa austriaca exige «para establecerse». Dicho de otro modo, se desconoce cómo exactamente quedan satisfechas las exigencias para el Derecho austriaco al respecto, de forma tal que sería lícito preguntarse si, en sus observaciones, la Comisión maneja el mismo concepto de establecimiento que el Gobierno austriaco emplea en las suyas. De otro lado, no es irrelevante la distinción entre «sede» y «establecimiento de explotación». El Gobierno austriaco vendría a corroborarlo al afirmar que las sociedades no austriacas cuentan con cierta ventaja sobre las austriacas, pues si éstas sólo conseguirán la concesión con una «sede» las no austriacas pueden obtenerla, además, con un «establecimiento de explotación».

34. Por tanto, ante la insuficiente información sobre estas categorías en el Derecho austriaco, corresponde al juez de reenvío el análisis de la proporcionalidad de las cargas que para tener una «sede» o «establecimiento de explotación» pudiera imponer el Derecho austriaco, sobre la base de los umbrales de admisibilidad que he apuntado en el punto 31 de estas conclusiones.

35. Más matizada debe ser, en mi opinión, la respuesta procedente en este punto, es decir, en lo relativo a si la normativa austriaca, como se ha recogido, exige la sede o el establecimiento de explotación antes de que el candidato a la concesión pueda conocer si tiene posibilidades reales de obtenerla. Por tanto, sin una apreciación fiable sobre las posibilidades de que prospere su solicitud de concesión, exigir a la empresa, de entrada, la presencia de una «sede» o de un «establecimiento de explotación», como una condición de su otorgamiento, constituye una restricción de esta libertad entendida en el sentido de desarrollo de actividades económicas.

36. En efecto, la indefinición de los objetivos perseguidos por esta anticipación parece ser una constante en la posición del Gobierno austriaco, pese a que justifica la exigencia de una sede o establecimiento para crear condiciones de competencia iguales y para garantizar las disposiciones de Derecho social y laboral (punto 30 de su escrito). No parece claro, en general, que la exigencia de una sede o de un establecimiento en Austria puede

considerarse el único medio para alcanzar el objetivo enunciado.

37. Pues bien, el esfuerzo de inversiones que para la empresa supone abrir un centro permanente –que no podrá amortizar si, finalmente, se le deniega la concesión–, no se justifica en clave de proporcionalidad, dado que, el conjunto de los objetivos apuntados pueden colmarse en esa fase anterior a la concesión de la autorización, por medios alternativos, menos onerosos para la empresa. Tales serían las informaciones y las garantías que puedan transmitir las autoridades de los otros Estados miembros que, además, se presentan más fiables y rigurosas que las que pueda ofrecer esa empresa extranjera recién establecida.

38. Coincido, pues, con la Comisión en que la exigencia de una sede o de un establecimiento de explotación puede justificarse en términos de proporcionalidad, siempre que se refiera al momento inmediatamente anterior al del inicio de la actividad, pero no, en cambio, cuando su existencia se prevea antes de la concesión como una condición para su otorgamiento.

V. Análisis de la segunda pregunta: la protección económica del anterior concesionario

39. Teniendo en consideración lo antes expuesto respecto de la libre de prestación de servicios, en el análisis de la segunda pregunta me limitaré a confrontar la libertad de establecimiento y la libre competencia con el requisito que subordina el otorgamiento de la concesión a la preservación de la indemnidad económica del anterior concesionario, lo que, de entrada suscita dudas de admisibilidad, por parte del Gobierno austriaco.

A. *La objeción de inadmisibilidad*

40. Parece débil la inadmisibilidad apuntada por el Gobierno austriaco respecto del segundo de los interrogantes, aduciendo que en primera instancia nadie discutió esta posible causa de denegación de la concesión. Bien es cierto que, en principio, se denegó la concesión de Yellow Cab por una causa bien distinta a la ahora manejada por el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien; sin embargo, éste ya advierte (con cierto talante preventivo) en su auto de remisión que goza de plena jurisdicción para enjuiciar este asunto, infiriéndose, además, la necesidad de obtener una interpretación del Derecho de la Unión que le sea práctica. En estas circunstancias el Tribunal de Justicia ha de resolver la consulta, al alinearse ésta con el objeto del litigio nacional y no resultar meramente hipotética. [26]

26 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I 2099), apartado 38, y de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 19.

B. *Análisis de fondo*

41. La justificación de garantía de la viabilidad económica de la concesión previamente existente requeriría la concurrencia de sólidas razones de interés público, radicadas básicamente en el regular funcionamiento del servicio de que se trate.

42. En este sentido, el Reglamento nº 684/92, aunque no sea aquí de aplicación, puede prestar algún auxilio interpretativo. Así, en su artículo 7, apartado 4, cuando admite, bajo ciertas circunstancias, como causa de denegación de la autorización, la circunstancia de que el servicio objeto de la solicitud pudiera comprometer directamente la existencia de servicios regulares que ya hubiesen sido autorizados, se apresura a aclarar que el hecho de que «un transportista ofrezca precios inferiores a los que ofrecen otros transportistas, por carretera o ferrocarril, o el hecho de que el trayecto en cuestión ya esté siendo explotado por otros transportistas de carretera o ferrocarril, no puede constituir, por sí mismo, justificación para denegar la solicitud» (en la misma línea, el artículo 8, apartado 4 del Reglamento 1073/2009).

43. Al fin y al cabo, el hecho de que el servicio que se demande por quien aspire a obtener una concesión pueda poner en peligro –por la mera pérdida de su rentabilidad– el cumplimiento de la tarea del transportista anterior supone un evidente desplazamiento del objeto de protección. Pues, es claro que, más que asegurar el servicio, lo que se asegura parece ser más bien la rentabilidad del concesionario inicial. En suma, esta específica cláusula de rentabilidad empresarial no parece dirigirse a la promoción del turismo, a la racionalización y seguridad del tráfico ni a la protección del viajero.

44. Otra cosa sería que esa disminución de rentabilidad perturbase el servicio hasta el punto de provocar su inoperatividad o comprometer su viabilidad, siempre que, además, las condiciones primigenias no se pudieran compensar (ni, obviamente, mejorar) con la entrada en escena del segundo concesionario. En ese caso, sí que efectivamente, se produciría una eventual disminución –en términos de calidad– del transporte, perjudicando a los viajeros, como mantiene Austria en sus observaciones (punto 40 de su escrito), pero ello exigiría una apreciación con base en informaciones detalladas.

45. En efecto, para que la restricción de la libertad no se produzca de forma arbitraria por parte de la autoridad nacional, los criterios que permitan restringirla han de ser

trasparentes, objetivos y conocerse de antemano. [27] Aunque según afirma Austria, la indagación de la situación económica del primer concesionario constituye un pronóstico que debe realizarse sobre constataciones suficientes de circunstancias fácticas (punto 34 de su escrito), en la práctica se verifica sobre la sola base de los datos y de las manifestaciones que aporte el concesionario ya implantado, lo que no parece muy acorde con esos criterios ni, por ende, con la libertad de establecimiento.

46. Recapitulando, la garantía económica del anterior concesionario dificulta el ejercicio de la libertad de establecimiento cuando, como aquí acontece, se caracteriza por la indefinición de su finalidad y de los criterios para su constatación.

VI. La perspectiva de la competencia

47. Por fin, tanto en su primera como en su segunda pregunta, el órgano de reenvío ha solicitado el contraste de una normativa nacional como la aquí traída a colación con el artículo 101 TFUE (competencia). En nuestra respuesta conviene, sin embargo, distinguir entre la incidencia que dicho precepto puede tener respecto de la exigencia de la sede o sobre la cláusula de viabilidad económica de la concesión previa.

48. Vaya por delante que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece contradecir los específicos argumentos de la Comisión en torno a la falta de consideración de la libre competencia en este caso, y que justifica en el hecho de que no concierne al comportamiento entre empresas sin que, además, haya implicada aquí alguna empresa pública. En efecto, la sentencia Cipolla, [28] aunque reconoce que los artículos 81 CE y 82 CE [actualmente artículos 101 TFUE y 102 TFUE] se refieren únicamente a «las empresas y no a medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros […] considerados en relación con el artículo 10 CE [actualmente artículo 4 TUE, apartado 3], que establece un deber de cooperación, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas» de manera que «se infringen los artículos 10 CE y 81 CE cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al

27 — Como ya he expuesto que proclama el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus sentencias Woningstichting Sint Servatius y Hartlauer.

28 — Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421), apartados 46 y 47, refiriéndose al auto de 17 de febrero de 2005, Mauri (C-250/03, Rec. p. I-1267), apartados 29 y 30.

artículo 81 CE o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias […]».

49. Entrando ya en la materia conviene señalar que la virtualidad del argumento de la infracción de la competencia se plantea con muy distinta intensidad en cada una de las dos preguntas formuladas.

50. En efecto, y por lo que hace a la primera pregunta, las posibles consecuencias indirectas que de una vulneración de la libertad de establecimiento puedan derivarse para la libre competencia se encontrarán siempre examinadas al hilo del análisis de dicho derecho. Quiere esto decir que, en el presente caso, resulta superfluo contrastar la condición de disponer de una sede también desde la perspectiva de la competencia. [29]

51. Distinto es el alcance que puede tener el artículo 101 TFUE desde la perspectiva de la segunda pregunta, relativa a la cláusula de garantía de la viabilidad económica de la anterior concesión. En efecto, es claro que una cláusula de viabilidad económica como la que prevé el ordenamiento austriaco, que condiciona la autorización a que el anterior concesionario mantenga su rentabilidad, repercute de forma casi inevitable sobre la libre competencia. Desde luego, y como apunta la Comisión, razones de interés público pueden justificar, en algún caso, una cláusula de salvaguarda económica del anterior concesionario como garantía del regular funcionamiento de la prestación. Ahora bien, ninguna circunstancia especial de este tipo parece concurrir en el presente caso, en el que, por tanto, la ausencia de cualquier condicionamiento al respecto llegaría a privilegiar a una empresa determinada, pese a que otra fuera capaz de ofrecer el servicio a un precio inferior o al mismo precio pero a costes más reducidos, vulnerando a la postre, la neutralidad que la competencia reclama. [30]

29 — Por otra parte, siendo dudoso, de entrada, que el transporte en un autobús turístico se beneficie de los rasgos de un servicio de interés económico general, en línea con el asunto Woningstichting Sint Servatius, ya citado, el alegato basado sobre dicho carácter carecería de virtualidad respecto del establecimiento, pues aquí, no se contempla la concesión de derechos especiales o exclusivos a ninguna empresa, dado que el elemento nuclear de la controversia no es otro que el de la legalidad de una serie de restricciones en el marco de un procedimiento administrativo de autorización previa.

30 — En este sentido, y dicho con todas las cautelas necesarias, lo cierto es que la circunstancia de que el anterior único concesionario parezca resultar de una unión de diversas empresas locales dedicadas al sector turístico, como puede deducirse del auto de remisión, tampoco contribuye precisamente a tranquilizar, en relación con la cláusula de la viabilidad económica, desde la perspectiva del ejercicio de la libre competencia.

VII. Conclusión

52. En atención a las anteriores consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial, declarando que:

«1. - El artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento) se opone a una normativa nacional que, para autorizar la gestión de un servicio de transporte turístico en una ciudad mediante autobuses de línea que circulen de manera regular efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, imponga como requisito de la autorización que, antes de iniciar la gestión del transporte mediante autobuses de línea y, en especial, en la fecha de la concesión, la empresa que presente la solicitud disponga ya de una sede o de un establecimiento de explotación en el Estado de la autoridad que conceda la autorización.

2. - El artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento) no se opone a una normativa nacional que, para autorizar la gestión de un servicio de transporte turístico en una ciudad mediante autobuses de línea que circulen de manera regular efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, exija que la empresa que presente la solicitud, disponga, a más tardar en el momento de iniciar el transporte, de una sede o de un establecimiento de explotación en el Estado de la autoridad que conceda la autorización

3. - El artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento) y el artículo 101 TFUE (competencia) se oponen a una normativa nacional que, para autorizar la gestión de un servicio de transporte turístico en una ciudad mediante autobuses de línea que circulen de manera regular efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, impida, de forma incondicionada, la concesión de la autorización cuando, en el caso de que se inicie la gestión del transporte de línea solicitado, los ingresos que obtenga en dicho recorrido una empresa competidora que haga un recorrido parcial o completamente idéntico

disminuyan tanto que, para dicho competidor, continuar explotando dicho recorrido deje de ser rentable desde el punto de vista empresarial.

4. - El artículo 56 TFUE (libre prestación de servicios) no resulta aplicable para analizar la compatibilidad con el Derecho de la Unión, de una normativa nacional que, para autorizar la gestión de un servicio de transporte turístico en una ciudad mediante autobuses de línea que circulen de manera regular efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, exija los condicionamientos expresados anteriormente.»