CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 1 de julio de 2010[1]

1. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo,[2] en particular de sus artículos 1 y 4, al haber celebrado el 16 de abril de 2004 un contrato de servicio público exclusivo con Gozo Channel Company Ltd (en lo sucesivo, «GCCL») sin licitación previa.

2. En su defensa, Malta alega fundamentalmente que en la fecha en cuestión el Reglamento no le era aplicable, ya que se adhirió a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, aunque el Tratado de adhesión[3] se firmara el 16 de abril de 2003.

3. A requerimiento del Tribunal de Justicia, la Comisión subrayó el deber de los Estados de cumplir de buena fe las disposiciones de un tratado y, durante el período que precede a su entrada en vigor, de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren su objeto y su fin (principios de Derecho internacional formulados en los artículos 18 y 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados).[4]

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DO L 364, p. 7; en lo sucesivo, «Reglamento»).

3 — Tratado entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República Portuguesa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República de Austria, la República de Finlandia, el Reino de Suecia (Estados miembros de la Unión Europea) y la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, relativo a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, a la Unión Europea (DO L 236, p. 17; en lo sucesivo, «Tratado de adhesión»).

4 — Hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980 *(United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331; en lo sucesivo, «Convenio de Viena»).

Marco jurídico

Convenio de Viena

4. El Convenio de Viena codifica en gran medida el Derecho internacional de los tratados. A tenor de su artículo 1, dicho Convenio se aplica a los tratados entre Estados (se incluye así el Tratado de adhesión) y, según su artículo 5, a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional (se incluyen así los diversos Tratados de la Comunidad y de la Unión Europea). [5] Algunas disposiciones reflejan normas de Derecho consuetudinario internacional que, como tales, forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. [6] Generalmente se considera que entre estas disposiciones se encuentran el artículo 18 (que establece la denominada «obligación provisional») y el artículo 26 (que exige buena fe). [7] Aunque dichas disposiciones, como tales, no son vinculantes para Malta, [8] es de utilidad exponerlas a modo de concreción de lo que Malta acepta como normas de Derecho consuetudinario internacional aplicables a ella.

5. El artículo 18, titulado «Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor», dispone lo siguiente:

«Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o

b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.»

5 — Sin embargo, entre los actuales Estados miembros, Francia, Malta y Rumanía no han firmado el Convenio de Viena y, aunque todos los demás ya lo han ratificado o se han adherido al mismo o han sucedido a Estados Partes, Luxemburgo y Portugal lo hicieron únicamente en el período comprendido entre la firma y la entrada en vigor del Tratado de adhesión, e Irlanda aún después de esta última fecha (véase la página de Internet United Nations Treaty Collection en http://treaties.un.org).

6 — Véase, más recientemente, la sentencia de 25 de febrero de 2010, Brita (C-386/08, Rec. p. I-1289), apartados 40 a 42 y jurisprudencia citada.

7 — Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en que el artículo 18 constituya una mera codificación en lugar de un nuevo desarrollo del Derecho consuetudinario internacional. Véase, por ejemplo, Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties,* Manchester University Press, 1973, p. 22; para una relación de algunas formulaciones de normas consuetudinarias diferentes de la del Convenio de Viena, véase asimismo Klabbers, J., *How to defeat a treaty's object and purpose pending entry into force: toward manifest intent,* 34 Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 283, marzo 2001.

8 — Véase la nota 5.

6. El artículo 26, con el epígrafe «*Pacta sunt servanda*», establece lo siguiente:

«Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

Tratado CE

7. El artículo 226 CE (actualmente, artículo 258 TFUE) prescribe lo siguiente:

«Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del [presente Tratado/los Tratados], emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»

8. A tenor del artículo 249 CE (actualmente, artículo 288 TFUE), apartado segundo:

«El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.»

9. Conforme al artículo 254 CE (actualmente, tras su modificación, artículo 297 TFUE), apartados 1 y 2, los reglamentos entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea.*

Tratado de adhesión y Acta de adhesión

10. En virtud del artículo 1, apartado 1, del Tratado de adhesión, diez nuevos Estados, entre ellos Malta, se convierten en «miembros de la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados». Según el apartado 2 de dicho artículo:

«Las condiciones de ingreso y las adaptaciones de los Tratados en que se fundamenta la Unión que dicho ingreso supone figuran en el Acta adjunta al presente Tratado. [[9]] Las disposiciones de dicha Acta constituyen parte integrante del presente Tratado.»

9 — Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (DO 2003, L 236, p. 33; en lo sucesivo, "Acta de adhesión").

11. El Tratado de adhesión, firmado en Atenas el 16 de abril de 2003, entró en vigor el 1 de mayo de 2004, conforme a su artículo 2, apartado 2.

12. El artículo 2 del Acta de adhesión disponía lo siguiente:

«Al producirse la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados con anterioridad a la adhesión por las Instituciones y el Banco Central Europeo serán vinculantes para los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones establecidas en dichos Tratados y en la presente Acta.»

13. No se establecieron condiciones para la aplicación del Reglamento en Malta.

14. Malta depositó el instrumento de ratificación del Tratado de adhesión ante el Gobierno de la República Italiana el 30 de julio de 2003.

Reglamento nº 3577/92

15. Este Reglamento fue adoptado por el Consejo el 7 de diciembre de 1992 y publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 12 de diciembre de 1992.

16. El artículo 1, apartado 1, del Reglamento prevé lo siguiente:

«A partir del 1 de enero de 1993, la libre prestación de servicios de transporte marítimo dentro de un Estado miembro (cabotaje marítimo) se aplicará a los armadores comunitarios que utilicen buques matriculados en un Estado miembro y que naveguen bajo pabellón de dicho Estado miembro, siempre que cumplan todos los requisitos necesarios para poder efectuar servicios de cabotaje en dicho Estado miembro, incluidos los buques matriculados en el registro EUROS, cuando este registro haya sido aprobado por el Consejo.»

17. Conforme al artículo 2, apartado 1, del Reglamento se entenderá por «servicios de transporte marítimo dentro de un Estado miembro (cabotaje marítimo)» los «servicios que se presten normalmente a cambio de una remuneración» e incluyan en particular, según la letra c), segundo guión, «el cabotaje insular: el transporte por mar de pasajeros o de mercancías entre […] puertos situados en las islas de un solo y mismo Estado miembro.»

18. El artículo 2, apartado 4, del Reglamento define las «obligaciones de servicio público» como «obligaciones que el armador comunitario en cuestión no asumiría o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considerara su propio interés comercial.»

19. El artículo 4 del Reglamento preceptúa lo siguiente:

«1. Los Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas.

Cuando un Estado miembro celebre contratos de servicio público o imponga obligaciones de servicio público, lo hará de forma no discriminatoria respecto a cualquier armador comunitario.

2. Cuando impongan obligaciones de servicio público, los Estados miembros se limitarán a los requisitos relativos a los puertos a los que se debe prestar el servicio, a la regularidad, la continuidad, la frecuencia, la capacidad de prestación del servicio, las tarifas practicadas y a la tripulación del buque.

Cuando sea de aplicación, cualquier compensación por obligaciones de servicio público será accesible a cualquier armador comunitario.

3. Los contratos de servicio público existentes continuarán vigentes hasta su fecha de expiración.»

20. Conforme a su artículo 11, el Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 1993. No obstante, con arreglo a su artículo 6, diversos servicios de cabotaje –en el Mediterráneo, en las costas de España, Portugal y Francia, en determinadas islas españolas, portuguesas y francesas situadas frente a la costa, así como en algunas islas y territorios situados fuera de Europa– quedaron excluidos temporalmente de la aplicación del Reglamento durante diferentes períodos que expiraban entre el 1 de enero de 1995 y el 1 de enero de 2004.

Hechos y procedimiento

21. Durante las negociaciones previas a la conclusión del Tratado de adhesión se trató en repetidas ocasiones la cuestión de la progresiva observancia del acervo comunitario por parte de Malta en el ámbito, entre otros, del transporte marítimo.

22. En este contexto, una Posición común de 26 de octubre de 2001 [10] indicaba: «[…] la UE toma nota de que Malta tiene la intención de celebrar sendos contratos de servicios públicos con Sea Malta Co. Ltd y [con GCCL], de 5 años de duración cada uno, antes del 30 de junio de 2002, y de que a partir de la

10 — Conferencia de adhesión a la Unión Europea – Malta – doc. 20766/01 CONF-M 80/01.

terminación de dichos contratos aplicará procedimientos de licitación con arreglo al acervo correspondiente.» La UE añadía en la Posición común que «por el momento, este capítulo no requiere mayor negociación» pero señalaba que, a la luz de la supervisión del acervo, podría «volver a tratar este capítulo en el momento oportuno».

23. En este caso, el contrato con GCCL [11] para prestar un servicio regular de transbordadores de alta velocidad entre las islas de Malta y Gozo no se firmó hasta el 16 de abril de 2004 (un año después de la firma del Tratado de adhesión y unas dos semanas antes de su entrada en vigor), y se celebró por una duración improrrogable de seis años, no de cinco.

24. No se discute que el contrato se adjudicó sin ofrecer posibilidad alguna de licitar a los armadores comunitarios.

25. Al término del procedimiento administrativo con arreglo al artículo 226 CE, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento, en particular de sus artículos 1 y 4, por haber celebrado el 16 de abril de 2004 un contrato de servicio público exclusivo con GCCL sin licitación previa, y que condene en costas a dicho Estado miembro.

26. Malta solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reglamento ni era ni es aplicable al contrato controvertido, que desestime el recurso por infundado y que condene en costas a la Comisión.

Apreciación

27. En su defensa, Malta alega fundamentalmente que el Reglamento no le era aplicable en ese momento. Afirma, con carácter subsidiario, que la adjudicación del contrato controvertido se autorizó, en lo esencial, durante las negociaciones de adhesión (aunque se retrasó por motivos justificados), y en cualquier caso tal adjudicación estaba justificada por una necesidad real y era proporcionada en cuanto a los objetivos perseguidos.

28. En las presentes conclusiones abordaré únicamente la alegación principal, que, en mi opinión, constituye base suficiente para desestimar el recurso de la Comisión, sin necesidad de examinar en detalle las restantes alegaciones de Malta.

11 — De los autos se desprende que también se celebró un contrato con Sea Malta Co. Ltd, pero que esta sociedad entró posteriormente en liquidación.

29. El principal obstáculo al recurso de la Comisión no reviste mayor dificultad. Una declaración como la solicitada sólo puede referirse al incumplimiento de una obligación derivada de los Tratados, lo que comprende la obligación de cumplir los reglamentos adoptados en su virtud. Tal obligación sólo puede surgir cuando los Tratados –y, por tanto, los reglamentos adoptados en su virtud– son vinculantes para el Estado miembro de que se trate. Ahora bien, en el presente asunto se pretende que se declare que Malta no ha cumplido el Reglamento al actuar de una determinada manera antes de que el Tratado CE fuese vinculante para ella.

30. A mi juicio, la Comisión no ha superado dicho obstáculo.

31. No obstante, pueden formularse dos objeciones a dicho planteamiento, que deben ser abordadas. ¿Cabe entender que la pretendida declaración se refiere, no a la efectiva adjudicación del contrato el 16 de abril de 2004, sino al mantenimiento de sus efectos después del 1 de mayo de 2004? y, ¿puede considerarse que el Reglamento era vinculante para Malta antes de esta última fecha?

32. Antes de proceder al examen de tales cuestiones, puede ser de utilidad recordar determinados aspectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al procedimiento por incumplimiento.

Jurisprudencia relativa al procedimiento por incumplimiento

33. En primer lugar, como ha precisado el Tribunal de Justicia, la finalidad del procedimiento administrativo previo en el procedimiento por incumplimiento es tanto dar al Estado miembro la ocasión de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión como permitirle defenderse frente a las imputaciones de la Comisión. Por consiguiente, por un lado, el procedimiento administrativo previo delimita el objeto del recurso y, por otro, tanto el dictamen motivado como el recurso ante el Tribunal de Justicia deben presentar las imputaciones de la Comisión de una forma precisa, inequívoca y detallada, para que el Estado miembro y el Tribunal de Justicia puedan comprender exactamente de qué modo ha incumplido dicho Estado alguna de sus obligaciones derivadas del Tratado, y para que el Tribunal de Justicia no resuelva *ultra petita* o bien omita pronunciarse sobre una pretensión. [12]

34. En segundo lugar, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado. [13]

12 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 14 de octubre de 2004, Comisión/Francia (C-340/02, Rec. p. I-9845), apartados 25 a 27; de 28 de junio de 2007, Comisión/España (C-235/04, Rec. p. I-5415), apartado 48, y de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Portugal (C-457/07, Rec. p. I-8091), apartados 67 y 68, así como la jurisprudencia citada en tales sentencias.

13 — Véase, por ejemplo, la sentencia, antes citada, Comisión/España, apartado 52.

35. Por último, corresponde a la Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste verifique la existencia de tal incumplimiento. La Comisión no puede limitarse a concluir en su recurso que, al actuar de una determinada manera, un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de una disposición de un reglamento, infiriendo de la citada disposición consecuencias jurídicas que no se derivan necesariamente de ella. Para demostrar su imputación, debe acreditar que se reúnen efectivamente los requisitos para la aplicación de dicha disposición en el caso controvertido. [14]

¿Adjudicación del contrato o mantenimiento de sus efectos?

36. La Comisión pretende, sin ambages, que se declare que Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento al haber celebrado el 16 de abril de 2004 un contrato determinado.

37. En su dictamen motivado de 12 de diciembre de 2006, la Comisión utilizó prácticamente idénticos términos para formular la imputación de incumplimiento. No obstante, en dicho escrito la Comisión instó a Malta a adoptar las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado en un plazo de dos meses a partir de su recepción.

38. Es evidente que Malta no iba a viajar hacia atrás en el tiempo para *no* celebrar el contrato controvertido el 16 de abril de 2004. Las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado sólo hubieran podido ser aquellas que hubieran dado lugar a la finalización del contrato o a una nueva adjudicación al término de un procedimiento de licitación no discriminatorio.

39. Tal situación es habitual en los procedimientos por incumplimiento relativos, por ejemplo, a la adjudicación de contratos públicos específicos contraviniendo las normas de la Unión sobre contratación. Conforme al artículo 258 TFUE y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si la Comisión estimare que se ha adjudicado ilegalmente un contrato de ese tipo debe, en primer lugar, después de haber ofrecido al Estado de que se trate la posibilidad de presentar sus observaciones, instarle a subsanar la ilegalidad –por cualquier medio disponible en ese momento– en un plazo determinado, pudiendo posteriormente, si el Estado miembro no lo hace, interponer recurso ante el Tribunal de Justicia, que se pronunciará tomando en consideración si la situación ilegal seguía existiendo al expirar el plazo fijado por la Comisión.

14 — Véase la sentencia de 3 de mayo de 2001, Comisión/Bélgica (C-347/98, Rec. p. I-3327), apartados 38 y 39.

40. Así pues, dicho planteamiento implica que el Tribunal de Justicia, bien declarará que el Estado miembro ha incumplido sus obligaciones si no ha subsanado la ilegalidad al expirar dicho plazo, bien desestimará el recurso de la Comisión si la ilegalidad ha sido subsanada. [15] No obstante, en el primer caso el pronunciamiento del Tribunal de Justicia seguirá relacionado con la ilegalidad inicial de la adjudicación y no con el hecho de no haberla subsanado. [16]

41. Por consiguiente, aun cuando mediante el presente recurso por incumplimiento se pretenda poner término a la situación supuestamente ilegal a la luz del Reglamento, o reprochar a Malta no haber puesto término en el plazo fijado para ello, su éxito dependerá necesariamente de que se aprecie que la adjudicación del contrato era ilegal cuando se llevó a cabo o, cuando menos, se convirtió en ilegal posteriormente.

42. La declaración solicitada en este caso se refiere a un incumplimiento de las obligaciones derivadas de un Reglamento, no de cualquier otro instrumento. Por tanto, para que el recurso prospere la adjudicación del contrato debe haber estado prohibida por el Reglamento, ya sea el 16 de abril de 2004, cuando se celebró el contrato (primer supuesto), o el 1 de mayo de 2004, cuando el Reglamento se hizo obligatorio en Malta conforme al artículo 2, apartado 2, del Tratado de adhesión y al artículo 2 del Acta de adhesión (segundo supuesto).

43. Procede descartar el segundo supuesto sin mayor dilación.

44. El contrato controvertido ya existía antes del 1 de mayo de 2004 y el artículo 4, apartado 3, del Reglamento dispone expresamente que los contratos de servicio público existentes continuarán vigentes hasta su fecha de expiración. [17]

45. No puedo admitir el planteamiento que la Comisión expuso en la vista a tenor del cual el artículo 4, apartado 3, se refiere únicamente a los contratos existentes el 1 de enero de 1993, incluso respecto de Estados miembros que se han adherido a la Unión más de diez años después. El precepto se refiere a los «contratos existentes», no a los «contratos existentes

15 — Un ejemplo de este último supuesto (aunque referido a la adopción y mantenimiento en vigor de una ordenanza –de aplicabilidad más amplia– y no a la adjudicación de un contrato determinado) lo encontramos en la sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia (C-525/03; Rec. p. I-9405), apartado 16.

16 — Un ejemplo se puede ver en la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-16/98; Rec. p. I-8315), apartados 1, 12 a 22 y 113. Se puede cotejar la situación en los procedimientos sobre ayudas de Estado con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, (actualmente artículo 108 TFUE, apartado 2, y anteriormente artículo 93, apartado 2, del Tratado CE), en los que se trata sólo de la obligación, impuesta por una decisión de la Comisión, de subsanar la ilegalidad; véase, por ejemplo, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Comisión/Países Bajos (213/85; Rec. p. 281), apartados 7 y 8.

17 — Asimismo, cabe señalar que el Tratado no contiene una disposición que tenga, respecto de los contratos con personas físicas o jurídicas, el mismo efecto que tiene el artículo 307 CE (actualmente, artículo 351 TFUE) respecto de los convenios internacionales. Este artículo exige a los nuevos Estados miembros eliminar las incompatibilidades que se hayan observado entre los Tratados y los convenios internacionales celebrados con anterioridad a su adhesión.

el 1 de enero de 1993». Para cumplir con las exigencias de la seguridad jurídica, el término «existente» en este caso sólo puede significar «existente en la fecha de entrada en vigor del Reglamento». [18] Respecto de los Estados que se han adherido a la Unión después del 1 de enero de 1993, tal fecha es la de su adhesión, en lo que está de acuerdo la propia Comisión. En efecto, al aceptar en la Posición común de 26 de octubre de 2001 que un contrato celebrado durante el período comprendido entre junio de 2002 y junio de 2007 sería compatible con las futuras obligaciones de Malta, sin necesidad de establecer condición alguna para la aplicación del Reglamento en dicho Estado miembro, los negociadores de la Unión reconocieron de manera implícita que el artículo 4, apartado 3, sería aplicable a dicho contrato.

46. Por lo tanto, no procede acoger la alegación que la Comisión formuló en su escrito de réplica según la cual el 1 de mayo de 2004 es la fecha desde la cual Malta incumple las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento.

47. En cualquier caso, la apreciación de que Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento, a partir del 1 de mayo de 2004, sería contradictoria con la declaración solicitada por la propia Comisión, y ésta no puede modificar o reinterpretar ulteriormente dicha pretensión, como pareció querer hacer en la vista.

48. En consecuencia, procedo seguidamente a examinar el primer supuesto, el cual supone que Malta tiene la obligación de no celebrar el contrato durante el período que precede a la adhesión.

¿Obligación antes de la adhesión?

49. Ningún precepto del Tratado de adhesión o del Acta de adhesión –que Malta firmó el 16 de abril de 2003 y cuyo instrumento de ratificación depositó el 30 de julio de 2003– dispuso expresamente que el Reglamento fuese obligatorio en Malta antes de que dicho Tratado entrara en vigor. Por el contrario, del artículo 2 del Acta de adhesión no cabe sino deducir que el Reglamento fue obligatorio en Malta únicamente a partir de esa fecha, 1 de mayo de 2004.

50. No obstante, consta que durante las negociaciones Malta indicó que se disponía a celebrar un contrato de cinco años de duración con GCCL antes del 30 de junio de 2002, y que los representantes de la Unión aceptaron dicho contrato por ser compatible con la adhesión, aunque Malta celebró efectivamente el contrato controvertido el 16 de abril de 2004 por una duración de seis años, lo cual no sólo no había sido aceptado por los negociadores de la Unión, sino que ni siquiera se les comunicó tal eventualidad.

18 — Véanse, además, los puntos 58 y ss., *infra*.

51. Debe señalarse en primer lugar que la Comisión no ha afirmado, ni en el recurso ante el Tribunal de Justicia ni en la réplica a las alegaciones de Malta en las que ésta plantea de manera explícita la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento en ella en el momento en que se produjeron los hechos, que su tesis se basara en modo alguno en una obligación que hubiera podido incumbir a Malta antes de entrar en vigor el Tratado de adhesión. Por el contrario, en su escrito de réplica afirmó claramente que «es precisamente a partir de esa fecha –la fecha de la adhesión– desde cuando la República de Malta no cumple las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo.»

52. En estas circunstancias, la Comisión habría incumplido claramente su obligación –como demandante ante el Tribunal de Justicia– de aportar todos los elementos necesarios para demostrar sus alegaciones si hubiera invocado ulteriormente la existencia de una obligación anterior. En efecto, tal situación sería contraria al artículo 42, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, según el cual «en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento.» [19]

19 — Véase la sentencia de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Reino Unido (C-279/89; Rec. p. I-5785), apartados 14 a 17.

53. No obstante, el propio Tribunal de Justicia instó a las partes a que formularan sus observaciones sobre la importancia que ha de atribuirse a la obligación de actuar de buena fe durante el período que preceda a la entrada en vigor de un tratado, habida cuenta de la aplicabilidad *ratione temporis* del Reglamento en las circunstancias del presente asunto.

54. Cabría preguntarse, en caso de que el Tribunal de Justicia declarara el incumplimiento de una obligación que no ha sido invocada por la Comisión en su recurso o réplica, si ello no supondría que dicho Tribunal plantea de oficio un motivo de recurso.

55. Según reiterada jurisprudencia, los motivos de orden público pueden –e incluso deben– ser examinados de oficio por el Tribunal de Justicia cuando no se han invocado por las partes. Sin embargo, por un lado, parece ser que el Tribunal de Justicia nunca ha actuado de este modo para extender el alcance de una alegación de la Comisión en el marco de un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro, y, por otro, los «motivos de orden público» examinados por el juez de la Unión están relacionados con los requisitos sustanciales de forma y no con fundamentos de Derecho sustantivo. [20] En cualquier caso,

20 — Así, por ejemplo, la inobservancia del debido procedimiento administrativo previo (que constituye una «garantía esencial» querida por el Tratado; véase la sentencia de 10 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-442/06, Rec. p. I-2413, apartado 22 y jurisprudencia citada) podría ser examinada de oficio por el Tribunal de Justicia, aun en el caso de que el propio Estado miembro no la haya invocado expresamente. Respecto de la distinción efectuada en el contexto de un recurso de casación, véase la sentencia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France (C-367/95; Rec. p. I-1719), apartado 67.

sería una novedad que el Tribunal de Justicia completara las alegaciones de la Comisión contra un Estado miembro en el marco del recurso por incumplimiento. A mi juicio, tal proceder sería incongruente con el carácter acusatorio, cuasipenal, de dicho recurso.

56. Sea como sea, en respuesta a preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia, la Comisión afirmó, por una parte, que Malta estaba obligada, como futuro Estado miembro, a actuar de buena fe a partir de la fecha de la Posición común de 26 de octubre de 2001, y, por otra, que dicho Estado miembro estaba obligado, sin duda alguna, a abstenerse de actuar en contra del Derecho de la Unión desde que firmó el Tratado de adhesión el 16 de abril de 2003. No obstante, la Comisión añade que Malta celebró efectivamente el contrato controvertido en circunstancias que reflejan mala fe. A este respecto, la institución comunitaria considera de fundamental importancia el requisito de la buena fe y su formulación en los artículos 18 y 26 del Convenio de Viena.

57. Sin embargo, para acceder a la pretendida declaración, el Tribunal de Justicia debe apreciar, en mi opinión, no sólo si la obligación de Malta de no celebrar el contrato controvertido el 16 de abril de 2004 resulta de su condición de futuro Estado miembro que ha firmado y ratificado el Tratado de adhesión, sino también –y con carácter prioritario– si el propio Reglamento puede imponer obligaciones a los Estados miembros antes de su entrada en vigor.

58. El período que precede a la entrada en vigor de un reglamento –que forma parte del acervo comunitario– en un Estado miembro cuando éste se adhiere es comparable al período comprendido entre su adopción o publicación y su entrada en vigor en un Estado miembro ya adherido. Cualesquiera que sean las obligaciones que pueda tener un futuro Estado miembro en el período que precede a la adhesión, aquéllas no pueden ser mayores que las impuestas a los Estados miembros ya adheridos en el período comparable que precede a la entrada en vigor ordinaria. Por consiguiente, únicamente en el caso de que uno de los entonces doce Estados miembros hubiera incumplido sus obligaciones derivadas del Reglamento por celebrar un contrato equivalente en el período comprendido entre la adopción o publicación del Reglamento, el 7 o el 12 de diciembre de 1992, respectivamente, y su entrada en vigor, el 1 de enero de 1993, se podría haber considerado si Malta incumplió sus obligaciones en el período inmediatamente anterior a su adhesión como Estado miembro.

59. A este respecto, es claro que el reglamento es obligatorio en todos sus elementos (y para todos, ya sean Estados miembros, instituciones o individuos) desde la fecha de su entrada en vigor, pero no antes (a no ser que, en circunstancias excepcionales, sus disposiciones tengan efecto retroactivo

de manera expresa). [21] Lo dispuesto en el artículo 254 CE, apartados 1 y 2 (actualmente, artículo 297 TFUE), al garantizar que todo reglamento tenga una fecha de entrada en vigor claramente determinable, constituye una manifestación esencial del principio de seguridad jurídica. Si los reglamentos pudieran desplegar sus efectos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor, esta fecha no tendría sentido.

60. En el presente asunto, el Reglamento no contiene una disposición expresa sobre el carácter retroactivo. Antes al contrario, no sólo su artículo 11 establece que la fecha de entrada en vigor es el 1 de enero de 1993, sino que, expresamente, su artículo 1, apartado 1, dispone que la libre prestación de servicios de transporte marítimo se aplicará a partir del 1 de enero de 1993, y el artículo 4, apartado 3, prescribe que los contratos de servicio público existentes continuarán vigentes hasta su fecha de expiración. En este contexto, respecto de los entonces doce Estados miembros, [22] los contratos existentes sólo podían ser aquéllos vigentes el 1 de enero de 1993 o (eventualmente, respecto de los servicios excluidos temporalmente de la aplicación del Reglamento conforme al artículo 6), en la fecha en que terminara la exclusión temporal de que se trate. [23]

61. Por tanto, considero que no se puede reprochar a un Estado miembro que, a finales de diciembre de 1992, podía celebrar un contrato de servicio público sin licitación comunitaria, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 4 del Reglamento.

62. Ciertamente, los Estados miembros tienen también el deber más general de cooperación leal, que recoge actualmente el artículo 4 TUE, apartado 3 (anteriormente, artículo 10 CE, y antes de éste, artículo 5 del Tratado CE), que supone la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones, facilitando a la Comunidad (o Unión) el cumplimiento de su misión y absteniéndose de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de los Tratados.

63. El Tribunal de Justicia se basó en esta última obligación al dictar la sentencia

21 — Véase, a título de ejemplo de dichas circunstancias excepcionales, la sentencia de 9 de enero de 1990, SAFA (337/88; Rec. p. I-1).

22 — Véase también el punto 45 *supra*.

23 — Véase el punto 20 *supra*. Esta cuestión no ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia, aunque éste sugiere en su reciente sentencia de 22 de abril de 2010, Enosi Efopliston Aktoploïas y otros (C-122/09; Rec. p. I-3667), apartados 15 y 17, y en el auto de 28 de septiembre de 2006, Enosi Efopliston Aktoploïas y otros, C-285/05, apartado 19, citado en el apartado 10 de la referida sentencia de 22 de abril de 2010, que un Estado miembro podría estar obligado a no adoptar ninguna medida que pudiera comprometer gravemente la aplicación del Reglamento al expirar el período de exclusión temporal. Véanse asimismo los puntos 63 y ss. *infra*, especialmente el punto 65 y la nota 25.

Inter-Environnement Wallonie, [24] en la que declaró que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva fijado por ésta, los Estados miembros destinatarios deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva.

64. Ahora bien, en mi opinión, la que actualmente es reiterada jurisprudencia en relación con las directivas no puede aplicarse, sin más, a los reglamentos. La directiva establece normalmente la fecha en que entrará en vigor y la fecha en que los Estados miembros deben haber adaptado su Derecho interno a ella. Es en el período comprendido entre estas dos fechas en el que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige a los Estados miembros abstenerse de adoptar medidas que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito. El Tribunal de Justicia nunca ha declarado que tal obligación exista también en el período anterior que se extiende entre la adopción y/o publicación de la directiva y la fecha de su entrada en vigor. De ser así, considero que también en este caso se privaría de sentido a la fecha de entrada en vigor.

65. En lo tocante a los reglamentos, no existe un período transitorio para su aplicación, sino únicamente el período comprendido entre su adopción y/o publicación y su entrada en vigor, momento en el que el reglamento resulta obligatorio en todos sus elementos. Por tanto, el período a que se refiere la jurisprudencia Inter-Environnement Wallonie no existe en el caso de los reglamentos. [25]

66. No me atrevería a afirmar que nunca podría darse el caso de que un Estado miembro llegara a violar el deber de cooperación leal por realizar un acto en un momento en que la directiva o el reglamento ya existía pero no había entrado aún en vigor. Sin embargo, estimo que en tal caso el criterio del acto «que pudiera comprometer gravemente» el efecto útil de la medida en cuestión debería interpretarse de manera especialmente restrictiva. Es probable que constituya una violación del deber de cooperación leal únicamente el acto que no pueda revocarse antes de la expiración del plazo para la adaptación del Derecho interno a la directiva o que impida de alguna manera la aplicación del reglamento para alcanzar sus objetivos. [26]

67. Si bien es cierto que no existe una regla de *minimis* en materia de recurso por

24 — Sentencia de 18 de diciembre de 1997 (C-129/96; Rec. p. I-7411), apartado 45 y punto 2 del fallo. Véanse igualmente las conclusiones del Abogado General Jacobs en este asunto, en particular, los puntos 33, 39 y ss.

25 — Admito la posibilidad, aún no confirmada, de que una excepción temporal o una exclusión de la aplicación de un reglamento –y, en particular, del presente Reglamento– puede conllevar una obligación equivalente a la de la jurisprudencia Inter-Environnement Wallonie *(*véanse el punto 60 y la nota 23 *supra),* pero en el presente asunto se trata de una situación en la que no existía tal excepción o exclusión cuando el Reglamento entró en vigor en el Estado miembro concernido.

26 — Véanse también las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Inter-Environnement Wallonie, citadas en la nota 24, puntos 42 y ss.

incumplimiento [27] –el Tribunal de Justicia procederá a declarar un incumplimiento independientemente de la entidad de la violación– considero que sería oportuno un criterio diferente en los casos en que el supuesto incumplimiento se deba a un acto realizado antes de la entrada en vigor de la medida de que se trate.

68. Por lo que se refiere al Reglamento controvertido en el presente asunto, la Comisión podría haber tenido que acreditar, por ejemplo, que la acción cuestionada hacía imposible cumplir las disposiciones del Reglamento durante un período considerable tras su entrada en vigor, o que tal acción comprendía una serie de medidas que en su conjunto y de manera sistemática socavaban la aplicación del Reglamento, o que aquélla se llevó a cabo con la intención deliberada y evidente de infringir abiertamente las disposiciones de éste.

69. En cambio, estimo que la celebración de un único contrato, por más que hubiera estado prohibido por el Reglamento al entrar éste en vigor, no debe considerarse suficiente –en sí, sin otras circunstancias agravantes– para justificar la declaración de que un Estado miembro ha violado el deber de cooperación leal, *si el contrato se celebró antes de la entrada en vigor del Reglamento*. Cualquier otro planteamiento equivaldría a desconocer no sólo la importancia de la fecha de entrada en vigor, sino también lo dispuesto expresamente por el artículo 4, apartado 3.

70. Además, en mi opinión, en ese caso la pretensión de la Comisión debería haber sido, antes de nada, una declaración que confirmara la violación del deber de cooperación leal, en vez de la infracción de los artículos 1 y 4 del Reglamento, que no estaba en vigor al celebrarse el contrato. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado en alguna ocasión que un Estado miembro no ha cumplido dicho deber general a pesar de no haberse solicitado tal declaración, [28] pero no, que yo sepa, como una alternativa a una declaración de incumplimiento de una disposición más específica que se ha alegado pero no se ha acreditado, o en un caso en el que la disposición aún no había entrado en vigor en el momento en que se llevó a cabo el acto que dio lugar al incumplimiento.

71. Si fuese correcto mi planteamiento respecto al supuesto de un Estado miembro que celebra un contrato equivalente a finales de diciembre de 1992, ¿qué implica tal planteamiento en el supuesto de un Estado miembro como Malta que celebró el contrato controvertido no solamente antes de que el Reglamento fuese aplicable en su territorio sino

27 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 7 de febrero de 1984, Comisión/Italia (166/82; Rec. p. 459), apartado 24; de 15 de junio de 2000, Comisión/Alemania (C-348/97; Rec. p. I-4429), apartado 62, o de 14 de abril de 2005, Comisión/España (C-157/03; Rec. p. I-2911), apartado 44.

28 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de julio de 2007, Comisión/Austria (C-507/04; Rec. p. I-5939).

antes también de la entrada en vigor de los Tratados y de su condición de Estado miembro de la Unión?

72. Malta no podía, cuando menos, tener una obligación mayor en abril de 2004 que un hipotético Estado miembro en diciembre de 1992. En todo caso, sólo podría tratarse de una obligación menor. La obligación provisional conforme al Derecho internacional de los tratados, pese a no existir pleno consenso sobre su alcance preciso, no puede requerir que se cumpla un tratado exactamente de la misma manera antes de su entrada en vigor que después. De lo contrario, también en este caso la fecha de entrada en vigor carecería de sentido.

73. Si bien, como ya he señalado, las disposiciones del Convenio de Viena no son vinculantes para Malta, y aunque la formulación de la obligación provisional ha variado a lo largo de los años y de un autor a otro, [29] parece evidente que tal obligación no impide a un Estado firmante realizar cualquier acto que hubiera sido incompatible con el tratado de haber estado éste en vigor, sino que impide, más bien, el acto que de una manera u otra sea contrario a un elemento sustancial del tratado.

74. A este respecto, no diré que la obligación provisional de un Estado que ha firmado y ratificado un tratado de adhesión a la Unión Europea sea abstenerse pura y simplemente de cualquier acto que pueda frustrar en su totalidad el objeto y fin de los Tratados de la Unión, o del Tratado de adhesión –un acto capaz de eso debe ser verdaderamente trascendente–, pero considero que una sola conducta que no es plenamente compatible con alguna de las futuras obligaciones como Estado miembro de la Unión no será normalmente de tal naturaleza que dé lugar a un recurso por incumplimiento contra dicho Estado.

75. En el presente asunto, sin necesidad siquiera de examinar las justificaciones alegadas por Malta para explicar la discrepancia entre las fechas mencionadas en la Posición común de 2001 y las fechas de inicio y término del contrato tal como fue finalmente celebrado, [30] considero que el Tribunal de

29 — Klabbers (mencionado en la nota 7) cita diversas fuentes según las cuales la obligación consiste en «abstenerse de actos que imposibiliten o dificulten el cumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones estipuladas», «no hacer nada que pudiera frustrar la finalidad del tratado durante el período comprendido entre su firma y su ratificación», no «hacer nada que obstaculice cualquier acción que pudiera realizar la otra parte al entrar en vigor el tratado», «abstenerse antes de la ratificación de todo acto que perjudique considerablemente el valor del acuerdo tal como fue firmado», o no «actuar de mala fe con la intención de privar a la otra parte de los beneficios que legítimamente esperaba obtener del tratado y para lo cual dio una contraprestación adecuada».

30 — Malta afirma esencialmente, primero, que tuvo que esperar a que finalizara la reestructuración de GCCL y la entrega de tres nuevos barcos antes de poder evaluar correctamente la subvención que requería la línea y, segundo, que al fijar la duración del contrato siguió las orientaciones de la Comisión [COM(2003) 595 final], que considera desproporcionada la duración únicamente si excede de seis años. A este respecto, sólo diré que en mi opinión tal justificación, si tuviera que examinarse la cuestión, no puede obviarse sin más.

Justicia no debe proceder a la declaración solicitada por la Comisión.

76. El presente asunto se refiere a un único contrato. Durante las negociaciones de adhesión quedó claro que Malta tenía la intención de celebrar dicho contrato por una duración que excedería unos tres años o más de la fecha de adhesión de Malta a la Unión. En aquel momento la Comisión no puso reparos a esa intención y debe presumirse que consideraba que dicho contrato era compatible con el Reglamento, ya que no fue necesario establecer en el Acta de adhesión condición alguna para la aplicación del Reglamento en Malta ni volver a tratar el capítulo durante las negociaciones. Lo que ahora reprocha la Comisión es que la duración del contrato realmente pactada excedió –menos de tres años– de lo contemplado en la Posición común de 26 de octubre de 2001. Se trata, por tanto, no de un acto que pueda comprometer gravemente la aplicación global del Reglamento en Malta de modo duradero, sino de un acto que excluye un determinado servicio de cabotaje insular del ámbito de aplicación del Reglamento durante un período limitado (aunque mayor del que inicialmente se comunicó y aceptó).

77. En mi opinión, ello no constituye una conducta que, *al no estar vigentes en Malta en aquel momento ni el Reglamento ni los Tratados,* pueda justificar la declaración de que Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben *en virtud del Reglamento,* en razón de algún deber que hubiera podido tener –como futuro Estado miembro– de no frustrar el objeto y fin de los Tratados o la futura aplicación del Reglamento.

Conclusión

78. En atención a todo lo expuesto anteriormente, considero que el Tribunal de Justicia debe desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión, como ha solicitado Malta, con arreglo al artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.