CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. CHRISTINE STIX-HACKL

presentadas el 7 de noviembre de 2002 [1]

Índice

I. Introducción I-14249

II. Disposiciones nacionales pertinentes I-14249

A. Sobre las empresas públicas de que se trata I-14249

B. Sobre la tasa portuaria controvertida I-14250

III. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales I-14251

IV. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda y sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere al abuso de una posición dominante en el mercado I-14252

A. Alegaciones de las partes I-14253

1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda I-14253

2. Sobre las cuestiones prejudiciales I-14253

B. Apreciación jurídica I-14255

1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda I-14255

2. Sobre las cuestiones prejudiciales I-14255

a) Las AMM como empresas públicas I-14256

b) Las AMM como empresas con derechos especiales o exclusivos I-14256

c) Sobre la existencia de una posición dominante en el mercado I-14257

i) El mercado de referencia I-14257

ii) Sobre la posición dominante de las AMM I-14259

iii) Sobre la parte sustancial del mercado común I-14263

d) Sobre la existencia de un abuso I-14264

i) Sobre el abuso I-14264

ii) Perjuicio de los intercambios intracomunitarios I-14266

1 — Lengua original: alemán.

e) Justificación con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2 ..... I-14267

i) Servicios de interés económico general I-14268

ii) Necesidad I-14270

f) Sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere al abuso de una posición dominante en el mercado I-14271

V. Sobre la tercera cuestión prejudicial y sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere a las ayudas de Estado I-14272

A. Alegaciones de las partes I-14272

B. Apreciación jurídica I-14274

1. Sobre la admisibilidad de la tercera cuestión prejudicial I-14274

2. Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y quinta I-14275

a) Sobre los elementos de hecho del concepto de ayuda I-14275

b) Pagos compensatorios estatales por servicios de interés económico general: estado de la cuestión I-14277

i) La sentencia Ferring a la luz de la jurisprudencia anterior y de la práctica de la Comisión I-14277

ii) Las críticas a la sentencia Ferring I-14279

iii) Definición de postura y conclusión para el procedimiento principal I-14280

c) Sobre la función de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3 ..... I-14282

d) Sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere a las ayudas de Estado I-14283

VI. Sobre la cuarta cuestión prejudicial: la trasferencia desde el punto de vista de la libre circulación de mercancías, como exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana o como tributo interno discriminatorio (artículos 28 CE, 25 CE y 90 CE) .. I-14285

A. Alegaciones de las partes I-14285

B. Apreciación I-14286

1. Sobre la libre circulación de mercancías I-14286

2. Sobre la exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana I-14286

3. Sobre el tributo interno I-14287

VII. Conclusión I-14288

I. Introducción

1. Los presentes asuntos, pendientes de resolución ante este Tribunal de Justicia a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema di Cassazione, tienen por objeto una normativa italiana que establece la percepción de una tasa portuaria con motivo de la carga y descarga de mercancías en determinados puertos italianos y la transferencia de una parte de los ingresos a empresas publicas a las que se han confiado diversas funciones, entre ellas también la carga y descarga de mercancías en dichos puertos.

2. Se trata, fundamentalmente, de la cuestión de si la normativa de que se trata debe considerarse como una medida en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 1) que entrañe el riesgo de un abuso de la posición dominante en el mercado de la empresa beneficiada que en su caso se derive de dicha normativa. Igualmente se plantea la cuestión de si una normativa como ésa constituye una ayuda de Estado o debe considerarse como una compensación por servicios de interés económico general.

3. Dichas cuestiones se plantean en el marco de un procedimiento en el que una empresa que realizaba la carga y descarga de mercancías con sus propios medios y que, por tanto, no utilizaba los servicios de la empresa pública encargada de los trabajos portuarios, estaba pese a ello obligada al pago de la tasa portuaria, interponiendo finalmente un recurso contra ello.

4. En opinión de la empresa obligada al pago de la tasa portuaria, dicha tasa es incompatible con el Derecho comunitario y, en particular, con el artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE), en relación con el artículo 90, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 1) y el artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE).

II. Disposiciones nacionales pertinentes

A. *Sobre las empresas públicas de que se trata*

5. Con arreglo a la Ley nº 961/67,[2] modificada por la Ley nº 494/74,[3] en los seis puertos italianos de Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina y Savona existen las denominadas «Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini» (empresas de medios mecánicos y almacenes; en lo sucesivo, «AMM»).

2 — *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (en lo sucesivo, «GURI») nº 272, de 30 de octubre de 1967.

3 — GURI nº 274, de 21 de octubre de 1974.

6. Con arreglo a su base legal, las AMM son entes públicos de carácter económico («enti pubblici economici») bajo el control del Ministero della marina mercantile. Según las indicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente, dichos entes públicos son «personas jurídicas [...] que, aun formando parte de las Administraciones públicas, ejercen una actividad en el mercado —en ocasiones en régimen de monopolio— como empresas, según criterios de rentabilidad».

7. Con arreglo al artículo 2 de la citada Ley nº 961/67, las AMM están encargadas de «gestionar las instalaciones mecánicas de carga y descarga, los almacenes, las áreas de depósito y todos los demás bienes muebles e inmuebles propiedad del Estado que se encuentren al servicio de la Administración de la marina mercante, ocuparse de la adquisición, el mantenimiento y la transformación de dichos bienes y ejercer cualquier otra actividad conexa». Asimismo, con arreglo al artículo 2 de la citada Ley nº 494/74 las AMM están autorizadas para «establecer y ejercer otros servicios comerciales relacionados con el puerto y para asumir la gestión de los medios e instalaciones que no son propiedad del Estado, así como para ejercer todas las actividades anteriormente mencionadas también en otros puertos comprendidos dentro de la circunscripción territorial de la comandancia de marina del puerto en el que tengan [las AMM] su sede».

8. Los gastos de gestión, mantenimiento y transformación de los bienes administrados deben ser soportados por cada una de las AMM. Los gastos correspondientes a la adquisición de nuevos bienes son soportados por la Administración del Estado, siempre y cuando el presupuesto de la AMM no permita otra cosa. Para el cumplimiento de sus funciones legales, las AMM disponen de los ingresos derivados de los citados bienes, así como de fondos procedentes de préstamos o de otras operaciones de financiación. Además, desde la entrada en vigor de Ley nº 355/76 [4] a las AMM le corresponden dos terceras partes de la tasa portuaria establecida con arreglo a la Ley nº 82/63. [5]

B. *Sobre la tasa portuaria controvertida*

9. Mediante la Ley nº 82/63 se estableció en determinados puertos italianos una tasa portuaria («tasa portuale») sobre las mercancías cargadas y descargadas. [6] La tasa portuaria es liquidada y percibida por la Administración tributaria del Estado.

4 — GURI nº 147, de 5 de junio de 1976.

5 — GURI nº 52, de 23 de febrero de 1963.

6 — Junto a esta tasa portuaria, mediante el Decreto-Ley nº 47/74 («decreto legge»), convalidado con modificaciones mediante la Ley nº 117/74 (GURI nº 115, de 4 de mayo de 1974), se estableció asimismo una tasa estatal de carga y descarga sobre las mercancías transportadas por vía aérea o por vía marítima («tassa erariale di sbarco e imbarco») en todos los puertos italianos, pero dicha tasa no beneficia a las AMM.

10. La Ley nº 355/76 somete las mercancías manipuladas en uno de los seis puertos en los que existe una AMM a la tasa portuaria establecida con arreglo a la Ley nº 82/63, y transfiere a las AMM dos terceras partes de dicha tasa para el cumplimiento de sus funciones.

11. El Decreto del Presidente de la República de 12 de mayo de 1977 [7] establece el importe de la tasa portuaria en 15 ITL (para determinadas mercancías, como por ejemplo fosfatos y nitratos), 35 ITL (para otras mercancías, como por ejemplo arena, grava o cemento) y 90 ITL (para el resto de las mercancías) por tonelada métrica.

III. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

12. La sociedad Enirisorse SpA (en lo sucesivo, «Enirisorse») realizaba en el puerto de Cagliari [8] la carga y descarga de mercancías nacionales y extranjeras con sus propios medios personales y materiales.

13. Mediante requerimiento de pago del Ministero delle Finanze (Ministerio de Hacienda), en 1992 se le ¡reclamaron a Enirisorse las tasas portuarias correspondientes a las mercancías manipuladas. Contra este requerimiento, Enirisorse interpuso un recurso alegando que el Decreto de 12 de mayo de 1977 por el que se fijaba la tasa portuaria establecida con arreglo a la Ley nº 355/76 era ilegal.

14. Una vez desestimados los recursos interpuestos por Enirisorse ante el Tribunale di Cagliari y la Corte d'Appello di Cagliari, Enirisorse interpuso ante la Corte Suprema di Cassazione un recurso de casación en el que alegaba, entre otros motivos, la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa relativa a la tasa controvertida.

15. Posteriormente, la Corte Suprema di Cassazione solicitó al Tribunal de Justicia que responda a las siguientes cuestiones:

«1) La atribución a una empresa pública —que opera en el mercado de operaciones portuarias de carga y descarga de mercancías— de una parte considerable de un tributo (tasa portuaria de carga y descarga de mercancías) abonado al Estado por operadores que no han recibido ningún servicio o prestación de dicha empresa, ¿constituye un derecho especial o exclusivo, o una medida contraria a las normas del Tratado y, en particular, a las normas sobre la competencia, con arreglo al artículo 90, apartado 1, del Tratado?

7 — GURI nº 270, de 4 de octubre de 1977.

8 — De las observaciones del Gobierno italiano se deduce que, en realidad, se trata del puerto de Portovesme. Esto carece de pertinencia en la medida en que la actividad de la AMM de Cagliari se extiende en todo caso también a Portovesme.

2) Con independencia de la cuestión precedente, la atribución a dicha empresa pública de una parte considerable de los ingresos recaudados con el tributo, ¿da lugar a un abuso de posición dominante como consecuencia de una medida normativa estatal y es, por tanto, contraria a lo dispuesto en el artículo 86, en relación con el artículo 90, del Tratado?

3) La atribución a dicha empresa de una parte considerable de dicho tributo, ¿debe considerarse una ayuda de Estado a efectos del artículo 92 del Tratado, lo que justifica, por tanto, en caso de que no se notificara a la Comisión o de que ésta decida que es incompatible con el mercado común con arreglo al artículo 93, el ejercicio de las facultades atribuidas al juez nacional —según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— para garantizar la no aplicación de una ayuda ilegal o incompatible?

4) La atribución a dicha empresa pública, desde un primer momento, de una parte considerable de los ingresos recaudados con un tributo estatal percibido por o con ocasión de la carga o descarga de mercancías en los puertos, sin que su pago se corresponda con ninguna prestación o servicio por parte de dicha empresa, ¿constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana de importación (prohibido por los artículos 12 y 13 del Tratado), un tributo interno que grava los productos de los demás Estados miembros superior a los que gravan los productos nacionales similares (artículo 95), o un obstáculo a la importación prohibido con arreglo al artículo 30?

5) En el caso de que la normativa nacional sea contraria al Derecho comunitario, los aspectos expuestos en las cuestiones anteriores, considerados individualmente, ¿afectan al tributo en su totalidad o sólo a la parte atribuida a las Aziende Mezzi Meccanici?»

IV. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda y sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere al abuso de una posición dominante en el mercado

16. En el artículo 86 CE, apartado 1, se dispone que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente a las normas sobre la competencia.

17. La cuestión de si una determinada normativa nacional está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 86 CE, apartado 1, presupone, por tanto, examinar con carácter incidental si es compatible, en particular, con las normas sobre la competencia, en el pre-

sente caso con el artículo 82 CE. Por consiguiente, tanto las dos primeras cuestiones prejudiciales como la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere al abuso de una posición dominante en el mercado, deben analizarse conjuntamente. Lo que debe examinarse es, fundamentalmente, si el artículo 82 CE, en relación con el artículo 86 CE, se opone a una normativa nacional que, por un lado, confía a una empresa pública de servicios portuarios funciones relacionadas con la infraestructura portuaria y, por otro, establece el pago por parte de otros operadores económicos de una tasa que beneficia en parte a dicha empresa pública cuando cargan y descargan mercancías por sus propios medios.

19. En cambio, *Enirisorse* y la *Comisión* consideran que debe declararse la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, ya que, en principio, el Tribunal de Justicia está obligado a responder a las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario. A este respecto, invocan, en particular, las sentencias TNT Traco [9] y Ambulanz Glöckner. [10] La Comisión considera asimismo que corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar aquellos elementos de hecho que no se deduzcan con suficiente claridad del estado actual de los autos, pero que sean necesarios para la aplicación del Derecho comunitario en el procedimiento principal.

2. Sobre las cuestiones prejudiciales

A. *Alegaciones de las partes*

20. *Enirisorse* y la *Comisión* alegan que los artículos 86 CE y 82 CE son aplicables a la normativa de que se trata en el presente asunto. Según afirman, es indiscutible que la AMM de Cagliari es una empresa en el sentido del Derecho de la competencia, y que la transferencia de dos terceras partes de la tasa portuaria otorga a dicha AMM un derecho casi exclusivo o especial frente a sus competidores.

1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda

18. El *Gobierno italiano* considera que procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, ya que el órgano jurisdiccional remitente no examinó elementos de hecho fundamentales para la apreciación de dichas cuestiones prejudiciales. Así, no se aclaró la cuestión de cuál es el mercado de referencia. Esto hace que las cuestiones de que se trata tengan carácter hipotético.

21. *Enirisorse* y la *Comisión* señalan que los puertos gestionados por las AMM cubren, en conjunto, una gran parte del territorio italiano; *Enirisorse* añade que las AMM en su conjunto ocupan una posición dominante.

9 — Sentencia de 17 de mayo de 2001 (C-340/99, Rec. p. I-4109).

10 — Sentencia de 25 de octubre de 2001 (C-475/99, Rec. p. I-8089).

22. El *Gobierno italiano* alega, en cambio, que el puerto de Portovesme de que se trata no es, con seguridad, un mercado de importancia comunitaria.

23. En opinión de la *Comisión*, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, teniendo en cuenta la jurisprudencia Merci Convenzionali Porto di Genova [11] y Centre d'insémination de la Crespelle, [12] si existe una eventual posición dominante de las AMM, algo que manifiestamente da por hecho.

24. En opinión de *Enirisorse* y de la *Comisión*, la normativa nacional de que se trata hace posible el abuso de una posición dominante, ya que permite a la AMM de Cagliari reforzar su posición dominante. La *Comisión* añade que la valoración efectuada en la sentencia TNT Traco [13] puede trasladarse a los hechos del procedimiento principal. En aquella sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que debía afirmarse la existencia de una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado cuando una empresa recibe una retribución por un servicio que no presta. La única diferencia consiste en que, en el asunto TNT Traco, la tasa postal era directamente abonada por las empresas a la «Poste Italiane», mientras que en el presente caso la tasa portuaria llega a las AMM a través del Estado.

11 — Sentencia de 10 de diciembre de 1991 (C-179/90, Rec. p. I-5889).

12 — Sentencia de 5 de octubre de 1994 (C-323/93, Rec. p. I-5077).

13 — Citada en la nota 9 *supra*.

25. El *Gobierno italiano* subraya, en cambio, que la creación de una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos o especiales a efectos del artículo 86 CE, apartado 1, no es en sí misma incompatible con el artículo 82 CE. Además, sostiene que tampoco se ha probado que la AMM de Cagliari abusara de los derechos que se le han conferido.

26. En opinan de *Enirisorse* y de la *Comisión*, la normativa de que se trata no puede justificarse con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2. Según afirman, de la resolución de remisión no cabe deducir ningún elemento de hecho que pruebe la necesidad de transferir fondos para el mantenimiento de cualesquiera servicios de interés económico general. El hecho de que no se hayan establecido AMM en la totalidad de los puertos italianos prueba, a su entender, que su actividad es prescindible.

27. En cambio, el *Gobierno italiano* considera que la normativa de que se trata está en todo caso justificada con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2. Según afirma, la tasa portuaria es necesaria por razones socioeconómicas y es de interés público: los seis puertos en los que se establecieron AMM tan sólo generan un escaso volumen de ingresos por tráfico, por lo que no está garantizada una financiación suficiente para el mantenimiento de las instalaciones portuarias. La normativa controvertida pretende garantizar de forma general la supervivencia de dichos puertos y el funcionamiento de sus instalaciones, además de garantizar la seguridad en el atraque de los buques y la disponibilidad de servicios portuarios a precios razonables.

B. *Apreciación jurídica*

1) Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda

28. Conforme a una reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. [14]

29. Sólo en casos excepcionales puede examinar el Tribunal de Justicia las circunstancias en las cuales el órgano jurisdiccional nacional le plantea una petición de decisión prejudicial y negarse a pronunciarse sobre la cuestión prejudicial cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. [15]

30. Estas exigencias son especialmente pertinentes en el ámbito del Derecho de la competencia, que se caracteriza por complejas situaciones de hecho y de Derecho. [16]

31. En el presente asunto, efectivamente la resolución de remisión sólo contiene escasas indicaciones sobre las prestaciones efectuadas por las AMM y sobre los puertos afectados. Sin embargo, las partes tuvieron ocasión de aportar indicaciones complementarias en la vista, de modo que el Tribunal de Justicia debería poder proporcionar orientaciones claras sobre las apreciaciones que en última instancia debe realizar el juez nacional. En consecuencia, procede declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera y segunda.

2. Sobre las cuestiones prejudiciales

32. La respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda presupone que unos hechos como los expuestos por el órgano jurisdiccional remitente están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal y material del artículo 86 CE, apartado 1.

14 — Sentencia TNT Traco, citada en la nota 9 *supra*, apartado 30, que se remite a las sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 59, y de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38.

15 — Sentencia de 19 de febrero de 2002, Arduino (C-35/99, Rec. p. I-1529), apartado 24, que se remite a las sentencias Bosman, citada en la nota 14 *supra*, apartado 61, y PreussenElektra, citada en la nota 14 *supra*, apartado 39.

16 — Sentencia de 14 de julio de 1998, Safety Hi-tech (C-284/95, Rec. p. I-4301), apartado 70. Véase también ya la sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 7.

33. En consecuencia, lo primero que debe examinarse es si las AMM son empresas en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1. A continuación, deberá entrarse en el análisis del ámbito de aplicación material del artículo 86 CE, apartado 1.

a) Las AMM como empresas públicas

34. En relación con el concepto de empresa, procede remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de acuerdo con la cual este concepto, «en el contexto del Derecho de la competencia [...] comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». [17]

35. Las entidades de que se trata en el presente caso —las AMM— ejercen una actividad económica en la medida en que prestan servicios, en particular, la carga y descarga de buques, con carácter oneroso.

36. Tampoco caben dudas acerca de que las AMM deben calificarse de empresas públicas. Así se desprende ya de su forma jurídica —enti pubblici economici—, así como de la supervisión ministerial a la que manifiestamente están sujetas.

17 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21.

b) Las AMM como empresas con derechos especiales o exclusivos

37. A mi entender, esta cuestión carece de toda pertinencia en relación con la aplicabilidad del artículo 86 CE, apartado 1, ya que en el caso de las AMM se trata en todo caso de empresas públicas.

38. El artículo 86 CE, apartado 1, precisa que las normas del Tratado, especialmente las normas sobre la competencia, se aplican también a aquellas empresas sobre cuyo comportamiento los Estados miembros tienen una especial responsabilidad en razón de la influencia que ejercen en el mismo. [18] Y no sólo se trata de empresas públicas, sino también de otras empresas cuya posición especial se derive de la concesión de derechos especiales o exclusivos. Por consiguiente, la aplicabilidad del artículo 86 CE, apartado 1, depende de manera determinante de las posibilidades que tenga el Estado de influir en las empresas de que se trate. [19] Consecuentemente, las empresas públicas siempre están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 86 CE, apartado 1, sin que sea necesario además que se les hayan concedido derechos especiales o exclusivos.

18 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (asuntos acumulados 188/80, 189/80 y 190/80, Rec. p. 2545), apartado 12.

19 — En este sentido, véase también Schwarze-von Burchard: *EU-Kommentar*, artículo 86 del Tratado CE, punto 8.

c) Sobre la existencia de una posición dominante en el mercado

39. No obstante, debe examinarse también si circunstancias como las expuestas por el órgano jurisdiccional remitente están comprendidas también dentro del ámbito de aplicación del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE.

40. Mientras que el artículo 82 CE «únicamente contempla los comportamientos contrarios a la competencia, adoptados por las empresas a iniciativa propia, y no las medidas estatales», [20] según una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia el artículo 86 CE, apartado 1, tiene por objeto «precisar en particular las condiciones de aplicación de las normas sobre competencia previstas por los artículos 85 y 86 [actualmente artículos 81 CE y 82 CE] a las empresas públicas, a las empresas a las que los Estados miembros concedan derechos especiales o exclusivos y a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general». [21] Así pues, el artículo 86 CE, apartado 1, puede aplicarse a prácticas contrarias a la competencia que, en otro contexto, seguramente no deberían imputarse a las empresas afectadas.

41. Ahora bien, en este caso debe examinarse si, habida cuenta de la remisión normativa que se hace en el artículo 86 CE, apartado 1, concurre el supuesto del artículo 82 CE. El artículo 82 CE presupone, en primer lugar, que la empresa de que se trate ocupe una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

i) El mercado de referencia

42. El Tribunal de Justicia ha señalado en numerosas ocasiones que, por lo que respecta a la eventual existencia de una posición dominante, «debe concederse una importancia fundamental a la determinación del mercado de referencia y a la delimitación de la parte sustancial del mercado común en la que la empresa pueda llevar a cabo eventualmente prácticas abusivas que obstaculicen una competencia efectiva». [22]

43. Según una reiterada jurisprudencia, el mercado de referencia debe «apreciarse en el marco [de un] mercado que agrupa al conjunto de productos [o servicios] que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos [o servicios]». [23]

20 — Sentencia de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 10.

21 — Véase, en particular, la sentencia de 4 de mayo de 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479), apartado 16.

22 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 17 de julio de 1997, GT-Link (C-242/95, Rec. p. I-4449), apartado 36, y de 23 de mayo de 2000, Sydhavnens Sten & Grus (C-209/98, Rec. p. I-3743), apartado 57.

23 — Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartado 37.

44. De acuerdo con las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, en el procedimiento principal se trata de trabajos portuarios para la manipulación de la carga. [24] En consecuencia, el mercado de referencia desde un punto de vista material podría estar constituido por estos servicios; no obstante, compete al órgano jurisdiccional remitente definir el mercado de referencia según las características del servicio afectado. [25] En particular, deberá examinar en qué medida la manipulación de la carga se diferencia de otros servicios portuarios.

45. Corresponde asimismo al órgano jurisdiccional remitente determinar el ámbito geográfico del mercado de referencia. [26] En efecto, dicho ámbito es a todas luces controvertido: el órgano jurisdiccional remitente parece inclinarse por cada uno de los respectivos puertos en que se ha constituido una AMM. Según el Gobierno italiano, el puerto de Portovesme debe considerarse como parte del puerto de Cagliari, mientras que la AMM está presente en el mercado en ambos puertos. En cambio, Enirisorse optó —sobre todo en la vista— por todos los puertos en los que se han establecido AMM y señaló —claramente con la intención de establecer una conexión con el Derecho comunitario— que entre ellos se encuentra también el puerto de Livorno, que constituye un importante puerto de tránsito internacional y, por consiguiente, es comparable con el puerto de Génova. En la vista, la Comisión tomó como mercado de referencia los puertos de Cagliari y Portovesme.

46. A este respecto, procede observar que, si bien la actividad de cada una de las AMM está delimitada geográficamente, todas las AMM están sujetas, con independencia del lugar donde ejerzan su actividad, a las mismas normas legales. Esto podría dar lugar a una homogeneidad de las condiciones de competencia que permitiría considerar como mercado geográfico de referencia el conjunto formado por los puertos que cuentan con una AMM. No obstante, la insularidad de las instalaciones portuarias de Cagliari y Portovesme podría ser un argumento en contra de dicha homogeneidad.

47. La apreciación definitiva debe efectuarla el juez nacional. En todo caso, para ello deberá tener presente «la necesidad de tener en cuenta el mercado en el que las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas, es decir, una zona en la que las condiciones objetivas de competencia de los servicios controvertidos y, especialmente, la demanda de los consumidores sean similares para todos los operadores económicos». [27]

24 — Véase también, a este respecto, la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (COM/2002/0101 final), en la que los servicios portuarios se definen, con arreglo al artículo 4, como «los servicios de carácter comercial que normalmente se prestan en los puertos a cambio de una retribución, y que figuran en la lista del anexo». Del anexo cabe deducir que los servicios portuarios comprenden, en particular, la manipulación de la carga, «incluidos a) Carga y descarga; b) Estiba, arrumaje, manipulación y otras operaciones de transporte intraportuario; c) Almacenaje, depósito y manutención, según las categorías de carga; d) Agrupación de la carga».

25 — Véase, por ejemplo, la sentencia Sydhavnens Sten & Grus, citada en la nota 22 *supra*, apartado 60.

26 — *Ibidem*, apartado 60.

27 — Sentencia Ambulanz Glöckner, citada en la nota 10 *supra*, apartado 34, en la que se remite a la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207), apartado 44.

ii) Sobre la posición dominante de las AMM

48. En este contexto, cabe preguntarse si y en qué medida la normativa de que se trata crea o refuerza una posición dominante de las AMM en el mercado de referencia.

Definición de posición dominante en la jurisprudencia

49. Por posición dominante en el sentido del artículo 82 CE debe entenderse «una situación de predominio económico ocupada por una empresa, que permita a ésta obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, facilitándole la posibilidad de un comportamiento independiente en un grado significativo respecto a sus competidores y sus clientes». [28]

50. Ahora bien, la aplicación del artículo 82 CE «no queda excluida por el hecho de que la inexistencia o la limitación de la competencia sea favorecida por disposiciones legales o reglamentarias». [29] De la jurisprudencia relativa al artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, se desprende, por el contrario, que la situación de predominio económico en el sentido de la definición antes citada puede venir determinada también por una ley. [30] Una situación de predominio económico como ésa debe permitir a la empresa de que se trate influir *a su arbitrio* en el mercado de referencia. [31] Esto significa que a la empresa le incumbe, «independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común». [32]

Posición dominante como consecuencia de la concesión de derechos exclusivos

51. Con arreglo a lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Dusseldorp y otros, [33] la concesión de derechos exclusivos en una parte sustancial del mercado común debe entenderse en el sentido de que se otorga a la empresa beneficiaria una posición dominante en el sentido del artículo 86 CE.

28 — Véanse, en particular, las sentencias Michelin/Comisión, citada en la nota 23 *supra*, apartado 30, y Bodson, citada en la nota 21 *supra*, apartado 26.

29 — Sentencia Bodson, citada en la nota 21 *supra*, apartado 26.

30 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de octubre de 1998, Autotrasporti Librandi (C-38/97, Rec. p. I-5955), apartado 27, que se remite a la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartado 38.

31 — Sentencia de 13 de diciembre de 1991, Régie des Télégraphes et des Téléphones (18/88, Rec. p. I-5941), apartado 25, que se remite a la sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, denominada «Terminales» (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartado 51.

32 — Sentencia de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros (asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365), apartado 37, que se remite a la sentencia Michelin/Comisión, citada en la nota 23 *supra*, apartado 57.

33 — Sentencia de 25 de junio de 1998 (C-203/96, Rec. p. I-4075), apartado 60. En aquel asunto, se trataba sobre la compatibilidad con el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, de una normativa que concede a una única empresa el derecho a la incineración de residuos peligrosos en todo el territorio del Estado miembro.

52. Así pues, cuando el Estado concede derechos exclusivos a una empresa la comprobación de la existencia de una posición dominante únicamente depende, por tanto, de la cuestión de si dichos derechos existen en todo el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

53. Así, en la sentencia GT-Link [34] el Tribunal de Justicia señaló que «puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado [actualmente artículo 82 CE] [...]. En ese caso se encuentra también una empresa pública que es propietaria de un puerto comercial y que, en su condición de tal, es la única que tiene derecho en dicho puerto a percibir las tasas portuarias adeudadas por la utilización de las instalaciones portuarias».

54. Una solución similar puede encontrarse en la sentencia TNT Traco. [35] En aquel asunto se trataba sobre una tasa postal que debían pagar directamente al servicio de correos italiano, entre otras, las empresas que ofrecían servicios de correo rápido, aun en el caso de que el servicio de correos no prestara ningún servicio. El Tribunal de Justicia declaró que «Poste Italiane también debe considerarse una empresa a la que el Estado miembro afectado ha concedido derechos especiales o exclusivos, en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado [actualmente artículo 86 CE, apartado 1], en la medida en la que se le ha conferido el derecho exclusivo de efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo en el territorio de dicho Estado miembro sin estar obligado a abonar, como hace cualquier otra persona que preste tales servicios, una tasa postal equivalente [...]». [36] Un poco más adelante, el Tribunal de Justicia declaró que «Poste Italiane [...] ocupa una posición dominante a los efectos del artículo 86 del Tratado [actualmente artículo 82 CE]», [37] refiriéndose, en otro contexto, a la creación de «una posición dominante mediante la atribución de derechos especiales o exclusivos». [38]

La concesión de fondos estatales no puede equipararse sin más a la concesión de derechos exclusivos

55. En relación con la cuestión, determinante con arreglo a la citada jurisprudencia, de si se concedieron a las AMM derechos exclusivos, todas las partes consideraron, manifiestamente, que la transferencia de fondos de que aquí se trata debe considerarse equivalente a la concesión de derechos exclusivos.

56. Ahora bien, mi opinión es que una transferencia de fondos del tipo de la que se trata en el presente caso no puede entenderse, en sí misma, como un derecho exclusivo y, consecuentemente, no puede constituir por sí sola un indicio de la

34 — Citada en la nota 22 *supra*, apartado 35.
35 — Citada en la nota 9 *supra*.
36 — *Ibidem*, apartado 40.
37 — *Ibidem*, apartado 43.
38 — *Ibidem*, apartado 44.

existencia de una posición dominante en el sentido de la anterior jurisprudencia:

57. En sus conclusiones en el asunto C-475/99,[39] el Abogado General Sr. Jacobs definió del siguiente modo los derechos especiales o exclusivos en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1: como tales deben entenderse los derechos «concedidos por las autoridades de un Estado miembro a una empresa o a un número limitado de empresas que afectan sustancialmente a la capacidad de otras empresas para ejercer la actividad económica de que se trata en la misma zona geográfica en condiciones sustancialmente equivalentes».

58. A primera vista, en el presente caso la transferencia de fondos estatales a las AMM[40] constituye una medida selectiva favorable de este tipo. En efecto, si bien en los puertos en los que se han constituido AMM las empresas pueden realizar con sus propios medios la manipulación de la carga, la tasa portuaria afecta a la competencia entre las AMM y las empresas que recurren a sus propios medios, en la medida en que, en razón de la tasa portuaria, estas últimas deben soportar unos costes adicionales, mientras que la posición económica de las AMM y, por ende, su posición en relación con los servicios de manipulación de carga se ve reforzada por la transferencia de fondos.

59. Sin embargo, no me parece que deje de plantear problemas el hecho de equiparar una simple transferencia de fondos a la concesión de un derecho especial o exclusivo. En efecto, en el caso de una transferencia de fondos estatales el beneficiario se comporta —a diferencia de lo que sucede en el caso normal de ejercicio de un derecho especial o exclusivo que se le ha concedido— de manera en sí misma pasiva; seguramente, su influencia en el mercado tampoco puede apreciarse de forma totalmente independiente con respecto a la intensidad de la ayuda. A esto cabe oponer, desde luego, que el presente caso también se caracteriza por el hecho de que los fondos transferidos son aportados en la práctica, en particular, por los competidores. Sin embargo, si se considera que esto es en sí mismo suficiente, debería admitirse que cualquier transferencia de fondos —aunque sólo sea indirecta— de un operador del mercado a otro operador incurre en el supuesto del artículo 82 CE, en relación con el artículo 86 CE, apartado 1, sin tener en cuenta en última instancia la posibilidad del beneficiario de influir en la evolución del mercado que eventualmente se deriva de ella, como debe hacerse en el caso de un derecho especial o exclusivo.

60. La transferencia de una parte de la tasa portuaria a las AMM se diferencia de los hechos del procedimiento principal en los asuntos GT-Link o TNT Traco al menos en la medida en que no son las propias AMM las que deciden la percepción de la tasa y, consecuentemente, no pueden ejercer ninguna influencia sobre su cuantía. Las AMM son meras beneficiarias pasivas de una medida de financiación estatal.

39 — En el asunto en el que recayó la sentencia citada en la nota 10 *supra*, puntos 83 a 89.

40 — En relación con la compensación de las eventuales cargas de servicio público, véanse mis consideraciones relativas al Derecho en materia de ayudas, puntos 142 y ss. *infra*.

61. Es cierto que a ello podría oponerse, a su vez, que, desde un punto de vista económico, no puede haber ninguna diferencia en función de si la tasa es percibida por el beneficiario o por el Estado. Con todo, desde un punto de vista jurídico pienso que sí debe hacerse una distinción, pues, efectivamente, en los dos asuntos antes citados se habían concedido a la respectiva empresa pública derechos especiales —como por ejemplo el derecho a percibir una tasa arbitraria—, mientras que las AMM del procedimiento principal no tienen un derecho como ése. Ahora bien, es precisamente ese derecho el que permite a las empresas afectadas influir *a su arbitrio* en el mercado de referencia. [41]

62. No hay que olvidar que, en este contexto, la problemática relacionada con la competencia debe analizarse también en relación con el Derecho en materia de ayudas. Si consideramos que la transferencia selectiva de fondos estatales a una determinada empresa constituye la concesión de un derecho exclusivo a dicha empresa —lo que tiene como consecuencia que la posición dominante de esta empresa se desprende ya de la propia concesión de dicho derecho—, nos estaremos minando el terreno del Derecho en materia de ayudas. [42] Pero también debe tenerse presente que la aplicación de ambos conjuntos normativos se lleva a cabo por separado, para lo que basta recordar aquí la competencia exclusiva de control que tiene la Comisión por lo que respecta a la compatibilidad de una ayuda con el mercado común. [43]

63. En un caso en el que la empresa pública tan sólo se diferencia de otros operadores económicos por el hecho de que es la beneficiaria de fondos estatales, no parece posible, por consiguiente, inferir su posición dominante en el mercado exclusivamente del hecho de la transferencia selectiva de fondos. Una posición dominante de las AMM podría resultar, por ejemplo, de la definición legal de las funciones por lo que respecta a las infraestructuras portuarias. [44]

64. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, desde este punto de vista, las AMM

41 — También debe observarse que, en la sentencia TNT Traco, citada en la nota 9 *supra*, apartado 43, no se discutía el dominio del mercado de referencia por parte de Poste italiane.

42 — En este contexto, debe recordarse que las ayudas de Estado distorsionan la competencia por el hecho de que otorgan a determinadas empresas una «ventaja en costes inmerecida», según lo expresó Rawlinson en Lenz: *EG-Vertrag Kommentar*, punto 10 sobre el artículo 87 CE.

43 — En este contexto, procede recordar también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual deben evitarse las contradicciones en la aplicación de los artículos 87 CE y ss. y otras normas del Tratado. En la sentencia de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión (C-225/91, Rec. p. I-3203), apartado 41, el Tribunal de Justicia se refirió, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, a una «obligación [de la Comisión] de respetar la coherencia entre los artículos [87 CE] y [88 CE] y otras disposiciones del Tratado».

44 — Véase, en particular, la sentencia de 24 de octubre de 2002, Aeropuertos de París/Comisión (C-82/01, Rec. p. I-9297), apartados 106 y 107:
«En el presente asunto, ADP, en su condición de propietaria de las instalaciones aeroportuarias, es el único que puede permitir el acceso a dichas instalaciones [...] ADP [...] del monopolio legal para la gestión de los aeropuertos de que se trata y es el único que puede conceder la autorización necesaria para realizar en ellos actividades de asistencia en tierra y establecer las condiciones de ejercicio de tales actividades.
En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia podía legítimamente concluir [...] que ADP se encuentra en una situación de poder económico que le permite impedir que exista una competencia efectiva en el mercado, confiriéndole la posibilidad de comportarse de manera independiente.»
En el caso de autos es manifiesto que el Estado es el propietario de las instalaciones portuarias. Pero la comparación está justificada, ya que, en virtud de la Ley nº 961/67, las AMM disponen efectivamente de un monopolio para la explotación de las infraestructuras necesarias. De confirmarse este extremo, las AMM podrían ejercer una influencia decisiva sobre el acceso al mercado de los servicios aeroportuarios, debiéndose concluir que se encuentran en posición dominante.

ocupan efectivamente una posición dominante. A este respecto, deberá tener en cuenta, en particular, las ventajas que suponen para las AMM las funciones que éstas ejercen en relación con las infraestructuras portuarias y su comportamiento en el mercado.

iii) Sobre la parte sustancial del mercado común

65. En el caso de que todas las AMM o cada una de las AMM ocupe efectivamente una posición dominante en el mercado de referencia que se determine de manera específica, debería apreciarse, asimismo, si dicho mercado debe considerarse como una parte sustancial del mercado común.

66. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «hay que tener en cuenta, en este último contexto, especialmente el volumen del tráfico en el puerto de referencia y la importancia de éste dentro del conjunto de las actividades de importación y exportación marítimas en el Estado miembro de que se trata». [45]

67. Estos criterios los aplicó el Tribunal de Justicia en la sentencia Merci Convenzionali Porto di Genova [46] por lo que respecta al mercado de manipulación de carga en el puerto de Génova, declarando en ella que el mercado así definido debe considerarse, por su importancia para los intercambios intracomunitarios, como una parte sustancial del mercado común. Así pues, dependiendo de su importancia económica incluso una parte del territorio de un Estado miembro puede constituir una parte sustancial del mercado común.

68. La creación de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común puede derivarse también de la yuxtaposición entre dos monopolios territorialmente limitados que «en su conjunto abarcan todo el territorio del Estado miembro». [47]

69. Corresponde al juez nacional determinar, basándose en los datos económicos concretos y las circunstancias geográficas, si los puertos gestionados por la AMM de Cagliari o la totalidad de los seis puertos en los que se han constituido AMM deben considerarse como una parte sustancial del mercado común. En el caso de que el juez nacional se incline por un planteamiento colectivo, la importancia económica de cada uno de esos puertos quedaría relegada a un segundo plano en la medida en que los puertos con AMM abarquen una parte significativa del territorio italiano en el sentido de la jurisprudencia antes citada.

70. Sólo si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que las AMM ocupan una posición dominante en el

45 — Sentencia GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 37, que se remite a la sentencia Merci Convenzionali Porto di Genova, citada en la nota 11 *supra*, apartado 15.

46 — Citada en la nota 11 *supra*.

47 — Sentencia Centre d'insémination de la Crespelle, citada en la nota 12 *supra*, apartado 17.

mercado de referencia y de que éste constituye una parte sustancial del mercado común, deberá examinarse, a continuación, la cuestión de la existencia de un eventual abuso.

d) Sobre la existencia de un abuso

71. El artículo 82 CE presupone, asimismo, que la empresa de que se trate actúe de manera abusiva y, por último, que esto pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. De conformidad con el artículo 86 CE, apartado 1, determinadas medidas estatales deben equipararse, en esa medida, a los comportamientos de la empresa afectada.

i) Sobre el abuso

72. El punto de partida de las consideraciones a este respecto lo constituye la, entretanto, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual «si bien el mero hecho de crear una posición dominante mediante la atribución de derechos especiales o exclusivos no es incompatible, como tal, con el artículo 86 del Tratado [actualmente artículo 82 CE], un Estado miembro infringe las prohibiciones impuestas en el artículo 90, apartado 1, del Tratado [actualmente artículo 86 CE, apartado 1], interpretado en relación con el artículo 86 [actualmente artículo 82 CE], cuando adopta una medida legal, reglamentaria o administrativa que crea una situación que lleva necesariamente a una empresa a la que se han concedido derechos especiales o exclusivos a abusar de su posición dominante». [48]

73. Si el juez nacional llega al convencimiento de que las AMM están en condiciones, debido a las circunstancias del caso concreto de que se trata, como por ejemplo las funciones que le han sido confiadas en relación con las infraestructuras portuarias, las circunstancias geográficas o la escasa importancia económica de los puertos de que se trata de influir a su arbitrio en el mercado de referencia, debería examinarse asimismo si el Estado pone a las AMM en una situación en la que no tienen más remedio que infringir el artículo 82 CE. [49]

74. A este respecto cabe concebir distintas categorías de comportamientos abusivos: el aprovechamiento abusivo, por una parte, y los obstáculos abusivos, por otra.

75. Debe considerarse que existe un aprovechamiento abusivo cuando «la empresa que ocupa dicha posición [dominante] utilizó las posibilidades que se derivan de

48 — Sentencia TNT Traco, citada en la nota 9 *supra*, apartado 44, que se remite a las sentencias GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 33, y Dusseldorp y otros, citada en la nota 33 *supra*, apartado 61. Véase, también, la sentencia Sydhavnens Sten & Grus, citada en la nota 22 *supra*, apartado 66.

49 — Véase también la sentencia Sydhavnens Sten & Grus, citada en la nota 22 *supra*, apartado 67: «El Tribunal de Justicia ha estimado que un Estado miembro podía, sin infringir el artículo 86 del Tratado, conceder derechos exclusivos a determinadas empresas en la medida en que éstas no explotaran su posición dominante de forma abusiva o no se vieran necesariamente llevadas a cometer tales abusos», remitiéndose a la sentencia de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartado 41.

ella para obtener en sus transacciones ventajas que no habría conseguido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz».[50]

76. En particular, en esta categoría están comprendidas aquellas situaciones en las cuales «la empresa que ocupa [la posición dominante] exige por sus servicios precios no equitativos o desproporcionados en relación con el valor económico del servicio prestado».[51]

77. En opinión del Tribunal de Justicia, lo mismo debe «afirmarse, con más razón, cuando tal empresa recibe una retribución por servicios que no ha prestado».[52]

78. En cambio, en el asunto TNT-Traco el Abogado General Sr. Alber había señalado que la percepción de una tasa no debe equipararse con la práctica abusiva consistente en la exigencia de una contraprestación por servicios no prestados, ya que dicha carga no habría podido imponerse a través del comportamiento de una empresa dominante.[53]

79. Esta interpretación restrictiva del artículo 86 CE, apartado 1, no deja de plantear problemas, en la medida en que dicha disposición pretenda aplicarse precisamente a aquellos casos en los cuales el Estado induzca u obligue a las empresas en las que influye a adoptar un comportamiento que la empresa afectada no hubiera seguido por sí sola.

80. Con todo, tampoco resulta muy convincente trasladar la solución adoptada en el asunto TNT-Traco al caso de que se trata. Ciertamente, doy la razón a la Comisión cuando afirma que, *desde un punto de vista económico,* no hay ninguna diferencia entre que una empresa pública perciba por sí misma una tasa o que perciba los ingresos recaudados —o una parte de ellos— con una tasa percibida por el Estado. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico veo una diferencia significativa, que radica en que en un caso la empresa es «inducida» por el Estado a adoptar un determinado comportamiento, mientras que en el otro caso —en el de que aquí se trata— es evidente que la empresa no sigue ningún comportamiento en absoluto por lo que respecta a la tasa.

81. En consecuencia, en mi opinión, la cuestión de si existe un abuso debe examinarse más bien en relación con los efectos que produce la normativa de que se trata. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, también una medida estatal que dé lugar a la ampliación o extensión de la posición dominante de una empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos constituye una infracción del artículo 86 CE, en relación con el artículo 82 CE.[54]

50 — Sentencia United Brands/Comisión, citada en la nota 27 *supra*, apartados 248 y ss.

51 — Sentencia TNT-Traco, citada en la nota 9 *supra*, apartado 45, que se remite a las sentencias Centre d'insémination de la Crespelle, citada en la nota 12 *supra*, apartado 25, y GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 39.

52 — Sentencia TNT-Traco, citada en la nota 9 *supra*, apartado 47.

53 — Conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia TNT-Traco, citada en la nota 9 *supra*, puntos 66 y 67.

54 — Véase la sentencia Ambulanz Glöckner, citada en la nota 10 *supra*, apartado 40, que se remite a las sentencias Régie des Télégraphes et des Téléphones, citada en la nota 31 *supra*, apartado 21, y Dusseldorp y otros, citada en la nota 33 *supra*, apartado 61.

82. En el asunto TNT-Traco, el Abogado General Sr. Alber vio un abuso en un falseamiento de la competencia en favor de la actividad del servicio de correos italiano y, por ende, en la extensión de la posición dominante del servicio de correos italiano a un determinado mercado mediante la imposición de una carga a los competidores en otro mercado. [55]

83. También la Comisión propugna, en el presente caso, su tesis, ya expresada en el asunto TNT-Traco, según la cual el abuso consiste en la extensión de la posición dominante a un determinado mercado mediante la imposición de una carga a todos los competidores. También en este caso es posible hablar de un reforzamiento de la posición de las AMM en el mercado de la manipulación de carga derivado de la transferencia de fondos.

84. La explotación abusiva de una eventual posición dominante en el mercado de las AMM podría consistir, a mi entender, en el hecho de que la transferencia de una parte de los ingresos recaudados con la tasa portuaria tiene un efecto de falseamiento del mercado. En efecto, el Gobierno italiano ha alegado que esa transferencia de fondos constituye, en última instancia, una «subvención de los precios»: en efecto, permite a las AMM ofrecer sus servicios portuarios a unos precios inferiores a los precios de mercado. De estas alegaciones cabe deducir que las AMM exigen en última instancia unos precios demasiado bajos —y no demasiado elevados— y, por tanto, igualmente desproporcionados con respecto al precio de mercado. Ahora bien, si este comportamiento está deliberadamente dirigido contra los competidores, también constituye un abuso. [56]

ii) Perjuicio de los intercambios intracomunitarios

85. En el caso de que se considere que existe un abuso de la eventual posición dominante de las AMM, quedaría por examinar, por último, si esta explotación abusiva de una posición dominante comprobada puede afectar al comercio intracomunitario. [57]

86. Dicho perjuicio sólo existe «cuando concurre un conjunto de elementos de Derecho y de hecho [que permiten] prever con un grado suficiente de probabilidad que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros y ello de manera que pudiera hacer temer que podrían obstaculizar la realización de un mercado único entre Estados miembros. Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante.» [58]

55 — Conclusiones citadas en la nota 53 *supra*, punto 74.

56 — En este sentido, el Tribunal de Justicia ya declaró que la reducción selectiva de precios por parte de una empresa que ocupa una posición dominante constituye una explotación abusiva cuando esos precios más bajos están dirigidos contra un competidor (véase la sentencia Compagnie maritime belge transports y otros, citada en la nota 32 *supra*, apartado 117).

57 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Bodson, citada en la nota 21 *supra*, apartado 22, GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 44, y Ambulanz Glöckner, citada en la nota 10 *supra*, apartado 48.

58 — Sentencia Ambulanz Glöckner, citada en la nota 10 *supra*, apartado 49, que se remite a la sentencia de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983), apartado 16.

87. En la medida en que se trata de servicios, esta influencia puede consistir en «organizar las actividades de que se trata de tal manera que el mercado común quede compartimentado y se obstaculice la libre prestación de servicios [...] Del mismo modo, puede afectar al comercio entre Estados miembros una medida que impida a una empresa establecerse en otro Estado miembro para prestar en él servicios relativos al mercado de que se trate.» [59]

88. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si, habida cuenta de las características económicas del mercado local de manipulación de carga, existe una probabilidad suficiente de que la transferencia parcial de las tasas portuarias a las AMM impida efectivamente que los operadores económicos de los puertos italianos de que se trata presten servicios comparables. [60] En el caso del litigio principal, cabe pensar, en particular, que otras empresas que deseen ofrecer servicios de manipulación de carga en el puerto de Cagliari o de Portovesme o realizar con sus propios medios la manipulación de la carga resulten disuadidas e impedidas de operar en dicho mercado debido a los precios más bajos subvencionados mediante la transferencia parcial de la tasa portuaria que aplica la AMM de Cagliari.

e) Justificación con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2

89. En el caso de que el juez nacional declare, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, que la normativa nacional de que se trata incurre en la prohibición del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, quedaría por examinar asimismo, por último, si se trata de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2, tal como afirma el Gobierno italiano.

90. Con arreglo a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro puede invocar el artículo 86 CE, apartado 2, para conceder a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general derechos exclusivos contrarios, en particular, al artículo 82 CE, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos, y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad. [61]

91. En consecuencia, debe examinarse si las AMM se encargan de servicios de interés económico general y en qué medida la transferencia selectiva de fondos es

59 — Sentencia Ambulanz Glöckner, citada en la nota 10 *supra*, apartado 49, con otras referencias.

60 — En este sentido, véase también la sentencia Ambulanz Glöckner, citada en la nota 10 *supra*, apartado 50.

61 — Sentencia Sydhavnens Sten & Grus, citada en la nota 22 *supra*, apartado 74.

necesaria para el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado.

i) Servicios de interés económico general

92. La aplicación del artículo 86 CE, apartado 2, presupone [62] que el Estado miembro defina el contenido de las obligaciones impuestas al confiar la misión específica de que se trata, que además dichas obligaciones sean específicas para dicha empresa y sus actividades, que guarden relación con el objeto del servicio de interés económico general de que se trate y que tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer este interés.

93. De los documentos obrantes en autos cabe deducir que las AMM, por un lado, prestan servicios directamente al Estado, al encargarse de la gestión y del mantenimiento de una parte de las instalaciones portuarias. [63] Por otro lado, prestan servicios a otros operadores económicos, en particular al competir en el mercado de manipulación de carga y ofrecer sus servicios en dicho mercado.

94. Los servicios prestados por las AMM pueden ser servicios de interés económico general en un doble sentido: en opinión del Gobierno italiano, dichos servicios

— por un lado, contribuyen al funcionamiento de las instalaciones portuarias, así como a la seguridad en el atraque de los buques en el puerto;

— por otro lado, las AMM tienen la función de garantizar la manipulación de la carga a precios razonables también y precisamente en los puertos más pequeños; en otras palabras, las AMM deben garantizar el mantenimiento de una infraestructura portuaria de calidad y el acceso a dicha infraestructura como servicio universal también en los puertos claramente menos atractivos desde un punto de vista puramente económico.

95. El Tribunal de Justicia ya ha descartado «que la explotación de cualquier puerto comercial constituya una gestión de un servicio de interés económico general [y] que [...] el conjunto de las prestaciones realizadas en dicho puerto corresponda a tal misión». [64] Con todo, el Tribunal de Justicia ha declarado que determinados servicios prestados en los puertos, como por ejemplo la puesta a disposición de un servicio universal de practicaje [65] o deter-

62 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartados 65 a 69.

63 — Véase, en particular, la Ley nº 961/67 antes citada.

64 — Sentencia GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 52. Véase también ya la sentencia Merci Convenzionali Porto di Genova, citada en la nota 11 *supra*, apartados 25 y ss., así como las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven en ese mismo asunto, punto 27.

65 — Sentencia Corsica Ferries France, citada en la nota 49 *supra*, apartado 45.

minados derechos preferentes en un puerto fluvial, [66] constituyen servicios de interés económico general.

96. Para la calificación como servicio de interés económico general resulta determinante el que el servicio de que se trate tenga «un interés económico general que posea características específicas respecto al de otras actividades económicas». [67] En la sentencia Corsica Ferries France, [68] esta característica específica se vio en el hecho de que el servicio debía prestarse, por razones de seguridad, en todo momento y a todo usuario del puerto. En la sentencia GT-Link, el Tribunal de Justicia no excluyó que pudiera calificarse como servicio de interés económico general «la mera puesta a disposición de infraestructuras portuarias». [69] Por último, en la sentencia SIOT [70] el Tribunal de Justicia reconoció «las ventajas más generales resultantes de la utilización de las aguas o de las instalaciones portuarias cuya navegabilidad y mantenimiento corren a cargo de la Administración pública».

97. En consecuencia, a mi entender, el juez nacional deberá examinar, en particular, en qué medida se confió a las AMM la misión de ofrecer como servicio universal infraestructuras portuarias y servicios portuarios bajo la forma de manipulación de carga. A este respecto, deberán tenerse en cuenta los criterios establecidos en la jurisprudencia:

66 — Sentencia de 14 de julio de 1971, Muller (10/71, Rec. p. 723), apartado 11.

67 — Véase, en particular, la sentencia GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 53.

68 — Citada en la nota 49 *supra*.

69 — Sentencia GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 54.

70 — Sentencia de 16 de marzo de 1983 (266/81, Rec. p. 731), apartado 21.

oferta de los servicios a cualquier persona, en cualquier momento, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos. [71]

98. En relación con la infraestructura portuaria, debe observarse que el mantenimiento de las instalaciones portuarias contribuye en sí mismo a la seguridad de dichas instalaciones y, por ende, también a la seguridad de la navegación en el puerto. No está claro, en el litigio principal, en qué medida los servicios prestados por las AMM al Estado que se han descrito presentan características específicas que puedan justificar una compensación que dependa de su utilización en razón de los costes soportados. [72] Esta falta de claridad se debe seguramente al hecho de que tales servicios no son objeto del litigio principal.

99. La puesta a disposición de servicios de manipulación de carga a precios razonables está relacionada con la cuestión del servicio universal, y requiere un planteamiento diferenciado: es cierto que, con arreglo a la citada jurisprudencia, [73] «las operaciones portuarias de embarque, desembarque,

71 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 48. Véanse también ya las sentencias Corbeau, citada en la nota 20 *supra*, apartado 15, y Comisión/Francia, «Monopolios de la electricidad y el gas», citada en la nota 62 *supra*, apartados 57 y 58. Véanse también las explicaciones proporcionadas por Blum/Logue: *State monopolies under EC Law*, pp. 175 y ss.

72 — En lo que respecta al mercado de los servicios de asistencia en tierra, el artículo 16, apartado 3, de la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos de la Comunidad (DO L 272, p. 36) prevé la posibilidad de someter el acceso a las instalaciones aeroportuarias a la percepción de una remuneración, en particular de los usuarios que practican la autoasistencia. La interpretación de esta disposición es objeto del asunto C-363/01, pendiente ante el Tribunal de Justicia.

73 — Véase la nota 64 *supra*.

manipulación, depósito y traslado en general de mercancías o de cualquier material dentro del puerto no tienen necesariamente un interés económico general que posea características específicas respecto al de otras actividades económicas». Por otro lado, en el artículo 6 de la Propuesta modificada de Directiva sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (COM/2000/0101 final) se establece que la concesión de autorizaciones a los prestadores de servicios portuarios puede supeditarse a «requisitos de servicio público que conciernan a la seguridad, regularidad, continuidad, calidad y precio con que deban ser prestados los servicios».

100. La circunstancia alegada por el Gobierno italiano según la cual en el caso de los puertos en los que se han constituido AMM se trata de puertos con un escaso volumen de ingresos por tráfico podría considerarse, por tanto, como una «característica específica» de este tipo en el sentido de la jurisprudencia anterior.

ii) Necesidad

101. Ahora bien, aun cuando efectivamente las misiones encomendadas a las AMM pudieran considerarse como misiones de interés económico general, el Gobierno del Estado miembro afectado debería demostrar, de un modo que convenza al órgano jurisdiccional remitente, que la concesión de derechos exclusivos —en este caso bajo la forma de una transferencia de fondos— [74] es necesaria para el cumplimiento de la misión específica por parte de la empresa, y que la empresa de que se trata no podría cumplir con la misión que le ha sido confiada sin la medida de que se trata. [75]

102. Así pues, cabe preguntarse en qué medida la transferencia de fondos es necesaria para el cumplimiento de esas eventuales misiones por parte de las AMM. [76] Sólo debería suponerse que es así si el Gobierno italiano pudiera demostrar que los fondos transferidos compensan las cargas derivadas de las misiones específicas que deben cumplir las AMM. De las propias alegaciones de la República Italiana cabe deducir que esto puede considerarse cuando menos dudoso.

103. En primer lugar, procede recordar que el Gobierno italiano debía identificar claramente las cargas que se derivan de la asunción de misiones específicas. [77]

74 — Véanse mis anteriores objeciones que he formulado con respecto a la transferencia de fondos como concesión de derechos exclusivos (puntos 55 y ss.). En el marco del artículo 86 CE, apartado 2, no hay nada que se oponga a un análisis de la transferencia de fondos como concesión de derechos exclusivos, ya que el artículo 86 CE, apartado 2, también puede invocarse para justificar la concesión de una ayuda.

75 — Sentencia Dusseldorp y otros, citada en la nota 33 *supra*, apartado 32.

76 — Véase la sentencia «Monopolios de la electricidad y el gas», citada en la nota 62 *supra*, apartado 96: debe considerarse que existe una excepción a las normas del Tratado cuando ésta sea necesaria para permitir a la empresa que la ejerce el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le han sido confiadas.

77 — Véase ya el punto 101 *supra*.

104. Además, es evidente que la transferencia de una parte de los ingresos recaudados con la tasa portuaria podría no ser la única fuente de financiación de las AMM. Del marco jurídico nacional se desprende que los gastos para la adquisición de nuevos bienes son soportados por el Estado, en la medida en que el presupuesto de las AMM no permita otra cosa. Con esto se pone de manifiesto, por lo demás, que la intervención estatal para garantizar un presupuesto equilibrado es sumamente variable. Además, las AMM cuentan con los ingresos derivados de los bienes que gestionan y de fondos procedentes de préstamos o de otras operaciones de financiación.

105. Así pues, se pone de manifiesto que difícilmente sería posible proceder a una contraposición objetiva entre las cargas derivadas para las AMM de las eventuales misiones específicas que deben cumplir y la compensación que les otorga el Estado por ellas. Está claro que falta la transparencia perseguida por la Directiva 2000/52/CE de la Comisión [78] en las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. [79] La imposibilidad de contraponer las cargas que soportan las AMM y la compensación estatal resultará pertinente también a efectos de la apreciación del litigio principal a la luz del Derecho en materia de ayudas. [80]

78 — Directiva de 26 de julio de 2000 por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 193, p. 75).

79 — En este contexto, procede señalar que la Propuesta modificada de Directiva sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios, citada en la nota 24 *supra*, tiene por objeto la transparencia de las relaciones financieras entre Estados miembros y puertos: véase, en particular, el artículo 12 relativo a la contabilidad separada de los servicios portuarios y de las demás actividades.

80 — A este respecto, véanse los puntos 138 y ss. *infra*.

106. Por otra parte, es notorio que la Ley nº 84/94 traspasó a las autoridades públicas portuarias la gestión de las respectivas instalaciones portuarias conjuntamente con la transferencia parcial de la tasa portuaria, pero no la carga y descarga de mercancías, que sigue siendo ofrecida por las AMM. Esto pone de manifiesto que la transferencia de fondos de que se trata podría no haber sido necesaria para la puesta a disposición de servicios de manipulación de carga a precios razonables.

107. Por tanto, de acuerdo con las circunstancias alegadas no parece lógica una justificación con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2; no obstante, corresponde al juez nacional proceder a un examen definitivo en función de los criterios indicados.

f) Sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere al abuso de una posición dominante en el mercado

108. Mediante la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere al abuso de una posición dominante en el mercado, la Corte Suprema di Cassazione pretende saber, fundamentalmente, qué efectos produciría la existencia de una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado contraria al artículo 86 CE, apartado 1, sobre la normativa tributaria existente.

109. En primer lugar, procede recordar que, aun en el marco del artículo 86 CE, las disposiciones del artículo 82 CE «producen efecto directo y generan, para los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger». [81] El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que las personas o empresas a las que una empresa pública ha impuesto tasas portuarias contrarias a lo dispuesto en el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, tienen derecho, en principio, a la devolución de las tasas indebidamente pagadas. [82]

110. Sin embargo, en el presente caso la tasa no es percibida por una empresa pública, sino por el Estado, que transfiere a las AMM una parte considerable de dichos ingresos. El reforzamiento de la eventual posición dominante de las AMM como consecuencia de la normativa tributaria de que se trata sólo se produce en la medida en que una parte de los ingresos procedentes de dicha tasa se transfiere a las AMM.

111. En el caso de que el juez nacional pudiera declarar la existencia de una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, la incompatibilidad con el Derecho comunitario afectaría únicamente, por tanto, a aquella parte de los ingresos procedentes de la tasa que se transfiere a las AMM.

81 — Sentencia GT-Link, citada en la nota 22 *supra*, apartado 57.

82 — *Ibidem*, apartado 61.

V. Sobre la tercera cuestión prejudicial y sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere a las ayudas de Estado

112. Con arreglo al artículo 87 CE, son incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

113. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la transferencia de una parte considerable de la tasa portuaria de que se trata a las AMM constituye una ayuda de Estado. En caso de respuesta afirmativa, quisiera saber si la normativa de que se trata no puede aplicarse por el hecho de que la ayuda no fuera notificada a la Comisión. Por último, quisiera saber si la incompatibilidad con el Derecho comunitario se extiende a la percepción de la tasa o únicamente a la trasferencia parcial de dicha tasa.

A. *Alegaciones de las partes*

114. *Enirisorse* y la *Comisión* alegan que la AMM de Cagliari es una empresa y que la transferencia de una parte de los ingresos

recaudados con la tasa portuaria se hace de forma selectiva. Esta transferencia afecta a los intercambios comerciales intracomunitarios, y falsea o amenaza falsear la competencia en la medida en que la AMM se encuentra en competencia con empresas de otros Estados miembros que pretenden efectuar la manipulación de la carga con sus propios medios.

115. Según afirman, la transferencia constituye una ventaja económica y no cabe duda de que se otorga con fondos estatales. No obstante, la *Comisión* observa, en este contexto, que el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia PreussenElektra,[83] que la obligación impuesta a las empresas privadas suministradoras de energía de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables no supone ninguna transferencia directa o indirecta de recursos estatales a las empresas que producen este tipo de electricidad, de modo que no existe una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. Aunque en el presente caso no hay duda de que hay una transferencia de fondos estatales, ya que la tasa portuaria debe pagarse al Estado, que, a su vez, transfiere una parte de los ingresos recaudados a las AMM, el presente caso es comparable, desde un punto de vista económico, al asunto PreussenElektra, ya que en ambos casos el Estado ha creado un sistema de transferencia de fondos. Atender a las modalidades de pago —al Estado en el presente caso, y a una empresa en el asunto PreussenElektra— es incompatible con el principio según el cual en el caso de las ayudas lo importante son sobre todo sus efectos.

83 — Citada en la nota 14 *supra*.

116. La Comisión considera, por otro lado, que corresponde al órgano jurisdiccional nacional acreditar si la medida afecta a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y falsea o amenaza falsear la competencia.

117. El *Gobierno italiano* subraya que, en el caso de la presente medida, no se trata de una ayuda de Estado ilegal. Según afirma, la tasa portuaria es necesaria por motivos socioeconómicos y es de interés público.[84] El Gobierno italiano se remite a los escasos ingresos por tráfico que se generan en el puerto de Portovesme, y alega que en puertos como ése los precios aumentarían sensiblemente si los costes de los servicios prestados por las AMM se calcularan de acuerdo exclusivamente con criterios de mercado. Además, de conformidad con la sentencia PreussenElektra[85] los costes de un servicio público pueden distribuirse entre una categoría más amplia de empresas para poder mantener dicho servicio.

118. Por lo demás, el Gobierno italiano considera que la medida podría justificarse también como ayuda destinada a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas con arreglo al artículo 87 CE, apartado 3, letra c).

119. En consecuencia, afirma que el órgano jurisdiccional nacional no está facultado para intervenir con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3.

84 — En relación con estas alegaciones, véase también el punto 28 *supra*.

85 — Citada en la nota 14 *supra*.

120. *Enirisorse* y la *Comisión* descartan una justificación de la normativa de que se trata con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2. La Comisión no aprecia en la resolución de remisión ningún elemento de hecho que pruebe la necesidad de servicios de interés económico general. En consecuencia, tampoco la sentencia Ferring [86] puede trasladarse al presente caso. Enirisorse alega, además, que la circunstancia de que las AMM no se hayan constituido en todos y cada uno de los puertos italianos prueba que su actividad no es necesaria. Según sostienen tanto ella como la Comisión, la normativa sería en todo caso ilegal, ya que no fue notificada a la Comisión.

B. *Apreciación jurídica*

1) Sobre la admisibilidad de la tercera cuestión prejudicial

121. El propio órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de la admisibilidad también en relación con la tercera cuestión prejudicial: según afirma, el objeto del litigio principal es la obligación de pago de la tasa y la legalidad de la *percepción* de la tasa, mientras que la tercera cuestión prejudicial se refiere de manera expresa a la *transferencia* de una parte de los ingresos recaudados con la tasa a una empresa pública.

86 — Sentencia de 22 de noviembre de 2001, Ferring (C-53/00, Rec. p. I-9067).

122. En consecuencia, la cuestión de si la transferencia de fondos debe calificarse de ayuda de Estado podría carecer de pertinencia para la cuestión de la legalidad de la percepción de la tasa planteada en el litigio principal. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «los deudores de una contribución obligatoria no pueden invocar que la exención de que disfrutan otras personas constituye una ayuda de Estado para eludir el pago de dicha contribución». [87] En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha estimado que la cuestión de si una exención tributaria constituye una ayuda de Estado carece manifiestamente de pertinencia a efectos de los procedimientos que tienen por objeto una obligación de pago de un tributo. Ahora bien, esta jurisprudencia podría entenderse en el sentido de que la calificación de una medida como ayuda de Estado, si bien debe traducirse en la devolución de las cantidades pagadas, no da lugar a la exención del tributo.

123. Pues bien, en el presente caso el objeto del litigio principal lo constituye la obligación de pago de un tributo. En la vista, Enirisorse señaló también de manera expresa que con sus alegaciones relativas al Derecho en materia de ayudas pretendía eludir el pago de la tasa portuaria.

124. Con todo y con eso, en mi opinión procede responder afirmativamente a la admisibilidad de la tercera cuestión prejudicial, en relación con la quinta cuestión prejudicial, y ello por varios motivos:

87 — Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Banks & Co. (C-390/98, Rec. p. I-6117), apartado 80, que se remite a las sentencias de 9 de marzo de 2000, EKW y Wein & Co. (C-437/97, Rec. p. I-1157), apartados 51 a 54, y de 13 de julio de 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Rec. p. I-6049), apartados 26 a 29.

125. En primer lugar, me remito a la ya citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, en principio, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la necesidad de una decisión prejudicial. [88]

126. Además, procede observar que el Gobierno francés ya formuló una argumentación similar en los asuntos Ferring [89] y GEMO. [90] En el asunto Ferring, esta argumentación fue refutada por el Abogado General Sr. Tizzano; [91] en su sentencia, el Tribunal de Justicia no volvió a entrar en esta cuestión. En el asunto GEMO, el Abogado General Sr. Jacobs se adhirió a la argumentación del Abogado General Sr. Tizzano. [92]

127. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente consideró pertinente someter el asunto al Tribunal de Justicia precisamente en virtud de la cuestión de si, en caso de la calificación como ayuda de Estado, la percepción de la tasa puede separarse de la transferencia de una parte de los ingresos recaudados con ella, es decir, de su utilización. En este contexto, la tercera cuestión prejudicial parece una cuestión previa a la quinta cuestión prejudicial. En consecuencia, parece necesario entrar en el examen sobre el fondo de la tercera cuestión prejudicial, aunque sólo sea para aclarar si corresponde al Derecho comunitario responder a la cuestión de si la invalidez de la transferencia de fondos de que se trata eventualmente resultante —del artículo 88 CE, apartado 3— se extiende también a la operación de percepción de la tasa. [93]

128. Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la tercera cuestión prejudicial.

2) Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y quinta

129. Mediante la primera parte de la tercera cuestión prejudicial, la Corte Suprema di Cassazione pretende saber, fundamentalmente, si la transferencia parcial de la tasa portuaria a las AMM constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

a) Sobre los elementos de hecho del concepto de ayuda

130. Una medida incurre en la prohibición del artículo 87 CE, apartado 1, si:

88 — Véanse los puntos 28 y ss. *supra* y la jurisprudencia citada en la nota 14 *supra*.

89 — Sentencia citada en la nota 86 *supra*.

90 — Sentencia de 20 de noviembre de 2003 (C-126/01, Rec. pp. I-13769 y ss., especialmente p. I-13772); conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs de 30 de abril de 2002.

91 — Puntos 20 a 24 de las conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Ferring, citada en la nota 86 *supra*.

92 — Véanse, en particular, los puntos 35 a 48 de sus conclusiones, citadas en la nota 90 *supra*.

93 — A este respecto, véanse los puntos 177 y ss. *infra*.

— crea una ventaja unilateral para determinadas empresas o producciones,

— la ventaja se concede directa o indirectamente mediante fondos estatales,

— la ventaja falsea o amenaza falsear la competencia, y

— la medida puede afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

131. En el presente caso, está claro que no se discute que las AMM son *empresas* a efectos del Derecho de la competencia. [94]

132. La transferencia de una parte de los ingresos recaudados con una tasa portuaria tampoco beneficia a todas las empresas portuarias de Italia, sino que sólo se concede a las AMM constituidas en seis puertos italianos, de modo que la medida también se caracteriza por un cierto grado de *selectividad.* [95]

133. Esta transferencia también constituye una *transferencia de fondos estatales,* ya que se concede directamente con cargo a los ingresos recaudados con la tasa portuaria percibida por la Administración tributaria del Estado. Por consiguiente, se trata de una prestación positiva del Estado, lo que también distingue el presente caso del asunto PreussenElektra. [96]

134. En relación con la cuestión del *falseamiento de la competencia* y del *perjuicio de los intercambios comerciales intracomunitarios,* procede señalar que, cuando «una ventaja concedida por un Estado miembro refuerza la posición de una categoría de empresas con relación a otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios, debe considerarse que estas últimas se ven influidas [léase éstos últimos se ven influidos] por la citada ventaja». [97]

135. En el presente caso, la medida de que se trata seguramente podría afectar al comercio internacional de mercancías, en la medida en que guarda relación con los servicio portuarios. En consecuencia, hay que suponer que, en los puertos de que se trata, se manipulaban mercancías procedentes de otros Estados miembros, de modo que, sin perjuicio de un examen definitivo por parte del órgano jurisdiccional nacional, parece lógico considerar que afectaba a los intercambios comerciales intracomunitarios.

94 — A este respecto, véanse ya los puntos 35 y 36 *supra.*

95 — Sobre el requisito de la selectividad, véase, en particular, la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y otros (C-143/99, Rec. p. I-8365), apartados 34 y 35.

96 — Sentencia citada en la nota 14 *supra.*

97 — Sentencia Ferring, citada en la nota 86 *supra,* apartado 21, que se remite a la sentencia de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris (730/79, Rec. p. 2671), apartado 11.

136. Asimismo, procede considerar que las AMM se encontraban, en el sector de la manipulación de carga, en una situación de competencia con empresas de otros Estados miembros y, en particular, con aquellas que realizan con sus propios medios la manipulación de la carga, de modo que parece lógico considerar que existe el riesgo de un falseamiento de la competencia.

137. Por último, cabe preguntarse, sobre todo, si la medida de que se trata tiene un *efecto beneficioso*. El Gobierno italiano lo niega, remitiéndose a este respecto a la compensación por servicios de interés económico general.

b) Pagos compensatorios estatales por servicios de interés económico general: estado de la cuestión

138. El tratamiento de los pagos compensatorios estatales por servicios de interés económico general en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia [98] ha provocado debates en la doctrina, [99] pero también entre los Abogados Generales, [100] toda vez que dichos servicios atraen un gran interés político. [101]

139. Habida cuenta de las objeciones que ya he planteado [102] a la posibilidad de una justificación de la normativa de que se trata con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2, si entro aquí en este debate es únicamente con carácter subsidiario, a saber, para el caso de que el Tribunal de Justicia estime pertinente examinar la medida nacional a la luz ante todo del Derecho en materia de ayudas.

i) La sentencia Ferring [103] a la luz de la jurisprudencia anterior y de la práctica de la Comisión

140. En el asunto Ferring se trataba, fundamentalmente, sobre la cuestión de si una exención tributaria está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho en materia de ayudas cuando tiene por objeto compensar las cargas específicas impuestas a una empresa por el hecho de confiarle servicios de interés económico general.

98 — Véase, en particular, la sentencia Ferring, citada en la nota 86 *supra*, pero también la sentencia Adria-Wien Pipeline, citada en la nota 95 *supra*.

99 — Véanse, en particular, Nettesheim: *Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, EWS 2002, p. 253; Gundel: «Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht», RIW 2002, p. 222; Ruge: EuZW, 2002, p. 50.

100 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Altmark Trans (C-280/00, sentencia de 24 de julio de 2003, Rec. pp. I-7747 y ss., especialmente p. I-7751), y del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto GEMO, citado en la nota 90 *supra*.

101 — Véanse los documentos citados por el Abogado General Sr. Jacobs en la nota 50 de sus conclusiones en el asunto C-126/01. Véanse también, posteriormente, la Comunicación de la Comisión relativa a una nota metodológica para la evaluación horizontal de servicios de interés económico general [COM(2002) 331 final] y el dictamen exploratorio del Comité Económico y Social Europeo de 17 de julio de 2002 sobre los servicios de interés general, nº 860-2002. En este contexto, procede remitirse también al artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales: «La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.»

102 — Véanse los puntos 92 y ss. *supra*.

103 — Citada en la nota 86 *supra*.

141. El punto de partida de las consideraciones del Tribunal de Justicia lo constituyó la afirmación según la cual «la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado [actualmente artículo 87 CE, apartado 1] no puede deducirse automáticamente de la diferencia de trato de que son objeto las empresas de que se trate». [104] De ello se desprende que no existe tal ventaja «si la citada diferencia de trato está justificada por razones relativas a la lógica del sistema». [105]

142. El hecho de que determinadas empresas estén exentas del tributo de que allí se trataba puede considerarse, en opinión del Tribunal de Justicia, como contrapartida por las prestaciones efectuadas en cumplimiento de sus obligaciones de servicio público y no constituyen ayudas de Estado, en la medida en que los costes adicionales que se derivan para la empresa de dichas prestaciones de servicio público se cubran con dicha exención. [106]

143. Así pues, en el caso de la compensación por parte del Estado de cargas derivadas del cumplimiento de obligaciones de servicio público no concurre el supuesto de hecho característico de una ayuda si dicha compensación no excede de los costes efectivamente soportados, ya que en esa medida no existe una ventaja económica.

144. Este tratamiento de los pagos compensatorios basado en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda llama la atención por el hecho de que, con él, el Tribunal de Justicia se apartó de su propia jurisprudencia [107] y de la práctica de la Comisión [108] sin entrar a analizar las consecuencias de dicha modificación.

145. No obstante, el criterio por el que optó el Tribunal de Justicia en la sentencia Ferring no se diferencia fundamentalmente de su postura en el asunto ADBHU. [109] En efecto, en él había sostenido que la compensación prevista en la Directiva 75/439/CEE del Consejo, [110] financiada de acuerdo con el principio de quien contamina paga —y concretamente, en su caso, mediante un canon percibido sobre los productos que después de su uso se transformarán en aceites usados, y que no debe superar los costes anuales efectivos—, no debía calificarse como ayuda, sino como contrapartida por las prestaciones efectuadas por las empresas de recogida y tratamiento.

104 — *Ibidem*, apartado 17.

105 — Véase la formulación similar que se hace en la sentencia Adria-Wien Pipeline, citada en la nota 95 *supra*, apartado 42: «Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida que encuentre justificación en la naturaleza o en la economía general del sistema en el que se inscribe, no reúne el requisito de selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario.»

106 — *Ibidem*, apartado 27.

107 — Véase la jurisprudencia citada en las notas 112 y 113 *infra*. Sobre el estado de la jurisprudencia con anterioridad a la sentencia Ferring, véanse Koenig/Kühling/Ritter: *EG-Beihilfenrecht*, p. 33.

108 — En relación con esta práctica decisoria, véase Chérot, J.-Y.: *Financement des obligations de service public et aides d'État*, Europe 2000, p. 4. Como ejemplo de la aplicación del enfoque de la justificación por parte de la Comisión, puede servir la Decisión 1999/133/CE, de 10 de junio de 1998, en el asunto CELF (DO L 44, p. 37): la Comisión examinó la compensación de que se trataba en aquel asunto en el marco de un régimen francés de promoción de la exportación de libros a la luz del artículo 87 CE, apartado 1, y del artículo 87 CE, apartado 3, letra d). Puesto que consideró aplicable esta última disposición, no fue necesario proceder a un examen del artículo 86 CE, apartado 2.

109 — Sentencia de 7 de febrero de 1985 (240/83, Rec. p. 531), apartado 18.

110 — Directiva relativa a la gestión de aceites usados (DO L 194, p. 23; EE 15/01, p. 91).

146. Esta postura fue criticada en una sentencia del Tribunal de Primera Instancia, [111] que se remitió, en particular, al hecho de que el concepto de ayuda debe interpretarse de manera objetiva —es decir, sin tener en cuenta los objetivos de la transferencia de fondos—, de modo que la cuestión de si la ventaja concedida sirve para compensar una ayuda debe inscribirse en el marco de la problemática relativa a su justificación. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal de Justicia —aunque sin entrar en el examen de la cuestión de si ni siquiera desde un punto de vista conceptual existía una ayuda— mediante un auto. [112]

147. A su vez, en la sentencia Banco Exterior de España [113] el Tribunal de Justicia declaró, en relación con una exención tributaria otorgada en España a los bancos públicos, que debía considerarse como una ayuda, por lo que no se planteaba la aplicación del artículo 86 CE, apartado 2, en tanto la Comisión no hubiera declarado la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común.

ii) Las críticas a la sentencia Ferring

148. En sus conclusiones en el asunto Altmark Trans, [114] el Abogado General Sr. Léger se pronunció a favor de rechazar del modelo del supuesto de hecho en el que se había inspirado la sentencia Ferring.

149. El Abogado General Sr. Léger argumentó fundamentalmente a partir de tres elementos:

— la condición del concepto de ayuda como un concepto objetivo;

— la posibilidad de que la solución basada en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda prive de eficacia al artículo 86 CE, apartado 2, ya que dicha disposición ya no se aplicaría a aquellos casos en los cuales la compensación concedida no supere los costes derivados de la obligación de servicio público (en los demás casos, dicha disposición podría no resultar tampoco pertinente, ya que una compensación que exceda de esos costes que llevara a considerar que existe una ayuda en tales casos no puede considerarse necesaria en el sentido de dicha disposición);

— la reducción del papel de la Comisión en el examen de las medidas de financiación de los servicios públicos que conllevaría el enfoque basado en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda.

111 — Sentencia de 27 de febrero de 1997, FFSA y otros/Comisión (T-106/95, Rec. p. II-229). La postura del Tribunal de Primera Instancia fue confirmada en su sentencia de 10 de mayo de 2000, SIC (T-46/97, Rec. p. II-2125).

112 — Auto de 25 de marzo de 1998, FFSA y otros/Comisión (C-174/97 P, Rec. p. I-1303).

113 — Sentencia de 15 de marzo de 1994 (C-387/92, Rec. p. I-877). Véase también expresamente la sentencia de 22 de junio de 2000, CELF (C-332/98, Rec. p. I-4833), apartados 31 y ss.

114 — Véase la nota 100 *supra*.

150. En sus conclusiones en el asunto GEMO, [115] por último, el Abogado General Sr. Jacobs analizó tanto la sentencia Ferring como los argumentos formulados por el Abogado General Sr. Léger.

151. Su conclusión es que ni el enfoque basado en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda (enfoque de la contrapartida) ni el enfoque basado en la justificación (enfoque de la ayuda de Estado) ofrecen una solución ideal en todos los casos. [116]

152. De forma resumida, el Abogado General Sr. Jacobs se pronuncia a favor de establecer una distinción i) basada en la naturaleza de la relación existente entre la financiación concedida y las obligaciones de interés general impuestas y ii) en la claridad con el que están definidas dichas obligaciones. [117] En consecuencia, se pronuncia a favor de la aplicación del enfoque de la contrapartida a aquellos casos «en los cuales las medidas de financiación tienen por objeto claramente servir de compensación a obligaciones de interés general claramente definidas». [118] Los demás casos deben seguir estando sujetos, a su entender, al control de la Comisión con arreglo al Derecho en materia de ayudas.

iii) Definición de postura y conclusión para el procedimiento principal

153. Si se parte de la base de que la apreciación de si una medida estatal constituye una ayuda presupone un examen de «si la empresa beneficiaria recibe una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado», [119] procede examinar, por tanto, si la empresa beneficiaria prestó un servicio que normalmente sólo puede esperarse recibir a cambio de una retribución y si la retribución concedida es adecuada a dicha prestación.

154. Por tanto, una solución basada en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda como la elegida en la sentencia Ferring sólo se plantea si la prestación y la contraprestación pueden definirse con claridad. Con todo, en relación con los servicios de interés económico general procede observar que resulta difícil encontrar un criterio de apreciación del carácter adecuado de la compensación, en la medida en que, por regla general, los servicios de interés económico general encuentran su lugar «cuando las fuerzas del mercado no bastan por sí solas para prestar los servicios de forma satisfactoria». [120]

155. Una solución basada en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda debe excluirse en todo caso cuando las obligaciones de interés general no están claramente definidas. En efecto, en tales casos las cargas eventualmente derivadas de ellas, es decir, los costes, no pueden determinarse con suficiente precisión. En tales situaciones, está excluida la existencia —de acuerdo con la propuesta del Abogado General Sr. Jacobs— de una relación directa y manifiesta con las obligaciones asumidas.

115 — Citadas en la nota 90 *supra*.
116 — *Ibidem*, punto 117.
117 — *Ibidem*, punto 117.
118 — *Ibidem*, punto 119.
119 — Así se formula, en particular, en la sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartado 60.
120 — Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, Los servicios de interés general en Europa [COM(2000) 580 final, p. 3].

156. Por lo que respecta al asunto objeto del procedimiento principal, ya he expuesto que las eventuales obligaciones de interés general de las AMM no están, en mi opinión, definidas con suficiente claridad. [121] En consecuencia, esta razón me basta para descartar que deba excluirse la existencia de una ventaja económica ya en el marco del examen de la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda. A ello se añade el hecho de que, evidentemente, las cargas que eventualmente se derivan de los servicios de interés económico general se cubren mediante un gran número de fuentes de financiación, sin que esté clara la afectación de unas a otras. [122]

157. No puede discutirse que criterios como el carácter directo o el carácter manifiesto de una relación entre las cargas impuestas y su compensación tienen que ser llenados de contenido. Ahora bien, habida cuenta del «carácter evolutivo» de los servicios de interés económico general subrayado en los últimos tiempos por la Comisión, [123] ofrecen un criterio de apreciación flexible. En este contexto, procede observar que la exigencia de una relación directa y manifiesta entre las cargas impuestas y su compensación no excluye, en principio, que puedan confiarse servicios de interés económico general incluso al margen del procedimiento de licitación pública. Esto es algo que debe acogerse favorablemente, ya que la imposición de una obligación general de licitación es ajena al Derecho comunitario, y no puede excluirse que otras formas de confiar una misión —por ejemplo, haciendo uso de las posibilidades de negociación que existan en la práctica— garanticen una retribución adecuada de los servicios prestados al Estado.

158. En relación con el argumento según el cual la solución basada en la concurrencia del supuesto de hecho característico de una ayuda es incompatible con el carácter objetivo del concepto de ayuda, pienso que, cuando se examina ya en relación con la concurrencia del supuesto de hecho constituido por la concesión de una ventaja si la transferencia estatal se limita a compensar una desventaja o va más allá, únicamente se consideran los efectos de la transferencia de fondos. Los objetivos de esa transferencia de fondos se examinan únicamente en la medida en que ello sea necesario para comprobar que efectivamente se trata de servicios de interés económico general. [124]

159. En mi opinión, la eventual pérdida de importancia del artículo 86 CE, apartado 2, no debería llevar a una apreciación diferente. Aun cuando ello fuera cierto con respecto al artículo 87 CE, apartado 1, la importancia del artículo 86 CE, apartado 2, no se ve afectada por lo que respecta a la aplicación de las restantes normas sobre la competencia ni en el ámbito de las libertades fundamentales. En todo caso habría que lamentar sería la falta de paralelismo entre el Derecho en materia de ayudas y el resto del Derecho de la competencia por lo que respecta a la aplicación del artículo 86 CE, apartado 2. Ahora bien, este aspecto no debería resultar determinante. En efecto, hay otro aspecto en relación con el cual tampoco existe dicho paralelismo: así, en el marco del artículo 86 CE, apartado 2, las exigencias

121 — Véase el punto 106 *supra*, en el que me remito al punto 101 *supra*.

122 — Véase el punto 108 *supra*.

123 — Véase la Comunicación citada en la nota 101 *supra*, punto 3.1, letra a).

124 — En este contexto, debe tenerse presente, sin embargo, que el control del Tribunal de Justicia es solamente limitado, ya que los Estados miembros gozan de una amplia potestad de apreciación discrecional por lo que respecta a la adjudicación de contratos de servicios.

relativas a la necesidad de que haya una medida restrictiva de la competencia son menores que las exigencias impuestas en relación con la necesidad de una compensación de las cargas en el marco del examen con arreglo al Derecho en materia de ayudas. [125]

160. Por último, debe analizarse el papel que desempeña la Comisión. La facultad de control de la Comisión —que es en todo caso limitada por lo que respecta a la legalidad de encomendar servicios— produce las consecuencias previstas en el artículo 88 CE, apartado 3, en particular la prohibición de ejecución. Ahora bien, precisamente esta prohibición no parece demasiado lógica en el caso de servicios de interés económico general. Las dudas sobre el enfoque de la justificación surgieron también precisamente por esta razón. [126] Si un pago compensatorio constituyera efectivamente una compensación excesiva, la Comisión siempre puede, en todo caso, iniciar un procedimiento por incumplimiento contra el Estado miembro de que se trate.

161. Como conclusión, procede señalar que la transferencia de una parte fundamental de los ingresos recaudados con una tasa portuaria a una empresa pública constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE cuando esta transferencia de fondos no guarda ninguna relación manifiesta y directa con las cargas derivadas de la prestación de servicios de interés económico general claramente identificables.

125 — Véase, en particular, la sentencia «Monopolios de la electricidad y el gas», citada en la nota 62 *supra*, apartado 59: tal necesidad debe afirmarse cuando la aplicación de las normas del Tratado impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de las obligaciones específicas. No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada.

126 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tizzano en el asunto en el que recayó la sentencia Ferring, citada en la nota 86 *supra*, puntos 77 y ss.

c) Sobre la función de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3

162. Mediante la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, fundamentalmente, si, en el caso de que exista una ayuda de Estado que no fue notificada a la Comisión, es posible u obligatoria la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3.

163. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales en el sistema de control de las ayudas de Estado se debe «al efecto directo reconocido a la prohibición de ejecución de los proyectos de ayuda establecida por el artículo 93, apartado 3, última frase [actualmente artículo 88 CE, apartado 3, tercera frase] [...] Los órganos jurisdiccionales nacionales *deben* garantizar a los justiciables que extraerán todas las consecuencias, conforme al Derecho nacional, de la violación de dicha disposición, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales» [127] (el subrayado es mío).

127 — Sentencia Adria-Wien Pipeline, citada en la nota 95 *supra*, apartados 26 y 27, que se remite a la sentencia de 21 de noviembre de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négotiants et transformateurs de saumon (C-354/90, Rec. p. I-5505), apartado 12.

164. Esta obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales existe en la medida en que se haya violado una prohibición contenida en el artículo 88 CE, apartado 3, tercera frase.

165. Así pues, en la medida en que la normativa nacional contenga una medida de ayuda que no fue comunicada a la Comisión, procede responder a la cuestión de la Corte Suprema di Cassazione que la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales es obligatoria.

d) Sobre la quinta cuestión prejudicial en la medida en que se refiere a las ayudas de Estado

166. Mediante la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere a las ayudas de Estado, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, fundamentalmente, si la calificación como ayuda de Estado se aplica a la tasa como un todo o únicamente a la parte transferida a la AMM.

167. Los tributos afectados a un determinado fin han sido calificados por el Tribunal de Justicia como «exacciones parafiscales». En el caso de tales exacciones, que se caracterizan por el hecho de que están destinadas ya en el momento de su percepción a contribuir a financiar una determinada transferencia de fondos, debe distinguirse, en el marco del examen con arreglo al Derecho en materia de ayudas, entre dos operaciones: la generación de los fondos estatales mediante la percepción de la exacción y la utilización de dichos fondos mediante la transferencia de los ingresos recaudados a un beneficiario. Debido a la afectación a un fin concreto, existe una cierta relación entre la percepción y la transferencia. [128]

168. Ahora bien, el hecho de que es posible efectuar una distinción entre la percepción de la exacción y la utilización de los ingresos recaudados se pone de manifiesto claramente en el caso de la normativa nacional de que se trata: desde 1963, existía una normativa general sobre la percepción de una tasa portuaria, que sólo a partir de 1973 fue completada introduciendo la afectación a un fin concreto de una parte considerable de la tasa.

169. En la sentencia Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négotiants et transformateurs de saumon, [129] el Tribunal de Justicia trató el establecimiento

128 — Así, en su sentencia de 25 de junio de 1970, Francia/Comisión (47/69, Rec. p. 487), apartados 16 y 17, el Tribunal de Justicia vio en las exacciones mediante los cuales se pretende financiar una ayuda, «tanto por su forma de financiación como por la estrecha relación [...] que supedita la cuantía de la ayuda a los ingresos obtenidos de la exacción», una circunstancia que debía tenerse en cuenta para la apreciación de los efectos de la ayuda.

129 — Citada en la nota 127 *supra*.

de una exacción parafiscal sin diferenciar entre su percepción y su utilización. En cambio, en la sentencia Compagnie commerciale de l'Ouest y otros el Tribunal de Justicia diferenció entre la exacción como tal y su utilización, ya que «la exacción parafiscal de que se trata» puede «constituir una ayuda estatal, incompatible con el mercado común» dependiendo de «el destino dado a lo recaudado por ella». [130]

170. Esta distinción fue confirmada en una serie de sentencias sobre exacciones parafiscales, y aplicada también con modificaciones conceptuales, de modo que en algunos casos el Tribunal de Justicia calificó como ayuda de Estado la utilización de los ingresos recaudados con las exacciones, [131] y en otros la percepción de la exacción. [132]

171. La jurisprudencia no muestra de manera inequívoca si únicamente la afectación de la exacción, o también la propia percepción de la exacción, deben considerarse como ayudas. El Abogado General Sr. Tesauro abordó en profundidad esta cuestión en los asuntos Lornoy y otros, Demoor y otros y Claeys, en los que también calificó como ayuda la percepción de la exacción, lo que tiene como consecuencia que los sujetos pasivos de la exacción pueden impugnar su percepción o exigir su devolución ante los órganos jurisdiccionales nacionales si se cumplen los requisitos del artículo 88 CE, apartado 3, tercera frase. Con todo, también consideró una interpretación más restrictiva, con arreglo a la cual la ilegalidad con arreglo al Derecho comunitario de una ayuda únicamente tendría como consecuencia que no pueda concederse la ayuda, pero no afectaría a la legalidad de la percepción de la exacción. [133]

172. El perjuicio para la competencia se deriva en este caso de la afectación de los ingresos recaudados con la tasa por medio de la transferencia de fondos. Así pues, desde un punto de vista conceptual la ayuda sólo puede estar constituida por la transferencia de fondos. En consecuencia, procede responder a la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que se refiere a las ayudas de Estado, que la calificación como ayuda de Estado sólo se refiere a la parte transferida a la AMM.

173. En qué medida la infracción del artículo 88 CE, apartado 3, afecta a la

130 — Sentencia de 11 de marzo de 1992, Compagnie commerciale de l'Ouest y otros (asuntos acumulados C-78/90 a C-83/90, Rec. p. I-1847), apartado 32.

131 — Sentencia de 11 de junio de 1992, Sanders (asuntos acumulados C-149/91 y C-150/91, Rec. p. I-3899), apartado 24: «si bien dicha exacción queda comprendida bajo ciertos aspectos en el ámbito de aplicación ya sea del artículo 12 o del artículo 95 del Tratado, la afectación de su producto o los mecanismos de su devolución pueden no obstante constituir una ayuda de Estado, en su caso incompatible con el mercado común» y «la devolución de una exacción parafiscal como la del caso de autos o la afectación de su producto pueden constituir una ayuda de Estado incompatible con el mercado común».
Sentencia de 2 de agosto de 1993, Celbi (C-266/91, Rec. p. I-4337): «el destino del producto de una exacción parafiscal, como la del presente caso, puede constituir una ayuda estatal incompatible con el mercado común».
Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Lornoy y otros (C-17/91, Rec. p. I-6523), apartado 28: «si bien la exacción parafiscal de que se trata puede estar prohibida por los artículos 12 y 13 o por el artículo 95 del Tratado, el destino dado a lo recaudado por ella en beneficio de los productos nacionales puede, sin embargo, constituir una ayuda estatal, incompatible con el mercado común» y «tal exacción parafiscal puede constituir, en función del destino de su producto, una ayuda estatal incompatible con el mercado común».

132 — Sentencia de 27 de octubre de 1993, Scharbatke (C-72/92, Rec. p. I-5509): «La recaudación de una contribución, que constituye una exacción parafiscal, como la considerada en el asunto principal, puede constituir, en función de la afectación de sus rendimientos, una ayuda estatal incompatible con el mercado común.»

133 — Conclusiones conjuntas de 25 de junio de 1992 en los asuntos en los que recayeron las sentencias Lornoy y otros, citada en la nota 131 *supra*, de 16 de diciembre de 1992, Demoor y otros (asuntos acumulados C-144/91 y C-145/91, Rec. p. I-6613), y de 16 de diciembre de 1992, Claeys (C-114/91, Rec. p. I-6559).

legalidad de la percepción de la tasa es una cuestión que debe analizarse por separado. Del fallo de la sentencia en el asunto Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négotiants et transformateurs de saumon [134] cabe deducir que el artículo 88 CE, apartado 3, tercera frase, «impone a las autoridades de los Estados miembros una obligación cuyo incumplimiento afecta a la validez de los actos de ejecución de las medidas de ayudas». En los fundamentos de Derecho de la sentencia, el Tribunal de Justicia declaró, a este respecto, que «los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar a los justiciables que puedan alegar este incumplimiento que los tribunales extraerán de este hecho todas las consecuencias, conforme al Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales». [135]

174. De ello se desprende, en mi opinión, que la cuestión de qué medida nacional se ve afectada por la invalidez se rige única y exclusivamente por el Derecho nacional, con la salvedad habitual de los principios de equivalencia y de efectividad. [136]

134 — Citada en la nota 127 *supra*.

135 — Apartado 12 de la sentencia.

136 — En este sentido, véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs citadas en la nota 90 *supra*, punto 44: «Con arreglo al principio de la autonomía procesal, corresponde entonces, en mi opinión, al ordenamiento jurídico nacional determinar de manera precisa qué medidas nacionales se ven afectadas por esa invalidez y qué consecuencias tiene dicha invalidez, por ejemplo, para la devolución de las exacciones recaudadas con base en las medidas de que se trate. Las únicas limitaciones a dicha autonomía procesal son el principio de equivalencia y el principio de efectividad.»

VI. Sobre la cuarta cuestión prejudicial: la trasferencia desde el punto de vista de la libre circulación de mercancías, como exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana o como tributo interno discriminatorio (artículos 28 CE, 25 CE y 90 CE)

A. *Alegaciones de las partes*

175. *Enirisorse* alega que la normativa de que se trata en el presente caso infringe los artículos 28 CE, 25 CE y 90 CE. Esto afecta, a su entender, a toda la normativa relativa a la tasa.

176. La *Comisión* excluye la aplicación del artículo 28 CE en el presente caso, por tratarse de una medida de carácter tributario. Tampoco ve en ella una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana en el sentido del artículo 25 CE. Según la Comisión, la medida debe examinarse como tributo interno con arreglo al artículo 90 CE. Afecta indistintamente a las mercancías nacionales e importadas, de modo que puede excluirse que se trate de un tributo interno discriminatorio.

177. El *Gobierno italiano* considera que la normativa de que se trata no incurre en ninguna violación de la libre circulación de mercancías, no es una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana ni tampoco un tributo interno que infrinja el artículo 90 CE.

B. *Apreciación*

178. Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, fundamentalmente, si la normativa de que se trata es compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, con la prohibición de las exacciones de efecto equivalente a un derecho de aduana y con el principio de igualdad de trato por lo que respecta a los tributos internos.

179. Es cierto que en la cuarta cuestión prejudicial se menciona «la afectación [...] desde un primer momento, de una parte considerable de los ingresos recaudados con un tributo» y no la propia percepción del tributo. Para poder dar una respuesta útil a esta cuestión prejudicial, hay que entenderla, sin embargo, en el sentido de que debe examinarse la compatibilidad de la normativa tributaria con las citadas disposiciones del Tratado.

1. Sobre la libre circulación de mercancías

180. Con arreglo a una reiterada jurisprudencia, «el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado [actualmente artículo 28 CE, tras su modificación] no incluye los obstáculos contemplados por otras disposiciones específicas del Tratado y los obstáculos de naturaleza fiscal o de efecto equivalente a los derechos de aduana que se contemplan en los artículos 9 a 16 y 95 del Tratado [actualmente artículos 23 CE a 25 CE y 90 CE, tras su modificación] quedan fuera de la prohibición que establece el artículo 30 [actualmente artículo 28 CE, tras su modificación]». [137]

181. En consecuencia, la normativa relativa a la percepción de las tasas portuarias de que se trata debe apreciarse con arreglo a los artículos 25 CE y 90 CE.

2. Sobre la exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana

182. En primer lugar, procede recordar que «según reiterada jurisprudencia [...], las disposiciones relativas a las exacciones de efecto equivalente y las relativas a los tributos internos discriminatorios no son aplicables acumulativamente, de modo que, en el régimen del Tratado, un mismo tributo no puede pertenecer simultáneamente a ambas categorías». [138] Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que «la

137 — Sentencia Lornoy y otros, citada en la nota 131 *supra*, apartado 14, que se remite a las sentencias de 22 de marzo de 1977, Iannelli (74/76, Rec. p. 577), y Compagnie Commerciale de l'Ouest y otros, citada en la nota 130 *supra*.

138 — Sentencia de 17 de julio de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. p. I-4085), apartado 19, que se remite a la sentencia Celbi, citada en la nota 131 *supra*, apartado 9.

característica esencial de una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana y que la distingue de un tributo interior reside en que la primera grava exclusivamente el producto importado en cuanto tal, mientras que el segundo grava al mismo tiempo productos importados y nacionales, recayendo sistemáticamente sobre categorías de productos según criterios objetivos aplicados con independencia del origen de los productos». [139]

183. De la resolución de remisión cabe deducir que la normativa sobre la tasa de que se trata grava indistintamente las mercancías importadas y extranjeras y, por ende, no establece el origen de los productos en otros Estados (miembros) como requisito para incurrir en la obligación de pago de la tasa. Esta apreciación sobre el fondo no se ve afectada tampoco por el hecho de que, según las indicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente, la tasa portuaria controvertida deba equipararse, con arreglo al Derecho nacional, a un «diritto doganale» (derecho de aduana). En consecuencia, no se trata de una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana.

3. Sobre el tributo interno

184. Con arreglo al artículo 90 CE, los Estados miembros tienen prohibido gravar directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos superiores a los que graven los productos nacionales similares o con tributos que puedan proteger indirectamente a otras producciones nacionales. «Es indudable, por tanto, que la aplicación a los productos importados de una tasa de un importe superior al que grava los productos nacionales o la aplicación, únicamente a los productos importados, de un recargo sobre la tasa aplicable a los productos nacionales e importados, es contraria» [140] a dicha prohibición de discriminación establecida en el artículo 90 CE.

185. La resolución de remisión no contiene ningún indicio de que la normativa de que se trata sea contraria a dicha prohibición de discriminación.

186. En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el tributo estatal percibido con ocasión de la carga o descarga de mercancías en los puertos no constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana de importación prohibida con arreglo al artículo 12 CE, no es un tributo interno que grava los productos de los demás Estados miembros superior a los que gravan los productos nacionales similares en el sentido del artículo 90 CE y no constituye un obstáculo a la importación prohibido con arreglo al artículo 28 CE.

139 — Sentencia de 19 de febrero de 1998, Chevassus-Marche (C-212/96, Rec. p. I-743), apartado 20, que se remite a la sentencia de 3 de febrero de 1981, Comisión/Francia (90/79, Rec. p. 283), apartados 12 a 14.

140 — Sentencia Haahr Petroleum, citada en la nota 137 *supra*, apartado 27.

VII. Conclusión

187. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por la Corte Suprema di Cassazione:

«La transferencia a una empresa pública que opera en el mercado de manipulación de carga de una parte considerable de un tributo abonado al Estado por operadores con motivo de la carga o descarga de mercancías en determinados puertos:

1) Puede constituir una medida contraria al artículo 82 CE, en relación con el artículo 86 CE, apartado 1, si la empresa beneficiaria ocupa una posición dominante en el mercado de referencia que debe determinar el juez nacional y éste constituye una parte sustancial del mercado común. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar, en función de las circunstancias, si se cumplen estos requisitos. En el caso de que el juez nacional declare la existencia de una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, la incompatibilidad con el Derecho comunitario se extendería únicamente a aquella parte de los ingresos recaudados con la tasa transferida a dicha empresa.

2) Constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, que, si se cumplen los requisitos del artículo 88 CE, apartado 3, obliga a intervenir al órgano jurisdiccional nacional. La cuestión de qué medida nacional se ve afectada por dicha invalidez se rige por el Derecho nacional.

3) No constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana de importación prohibida con arreglo al artículo 25 CE, no es un tributo interno que grava los productos de los demás Estados miembros superior a los que gravan los productos nacionales similares en el sentido del artículo 90 CE y no constituye un obstáculo a la importación prohibido con arreglo al artículo 28 CE.»