CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 19 de septiembre de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El presente asunto se refiere a una petición planteada por el Tribunale di Genova (Italia) para obtener una decisión prejudicial, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, relativa a la interpretación de los artículos 7, 30, 85, 86 y 90 del Tratado CEE. Las cuestiones sometidas al Tribunal de Justicia se suscitaron en el marco de un litigio entre Merci convenzionali porto di Genova SpA (en lo sucesivo, «Merci») y Siderurgica Gabrielli SpA (en lo sucesivo, «Siderurgica») a propósito de la indemnización del perjuicio sufrido por la demora en la entrega de un lote de acero y del reembolso de sumas consideradas injustas, pagadas por prestaciones de servicios en el puerto de Génova. En dicho litigio, el órgano jurisdiccional remitente se encuentra ante la cuestión de si la regulación de las operaciones portuarias en los puertos italianos, prevista por la legislación italiana, es compatible con el Tratado CEE y si las disposiciones aplicables del Tratado tienen efecto directo.

Contexto jurídico y de hecho

2. El artículo 110 del «Codice della Navigazione» (Código italiano de Navegación; en lo sucesivo, «Código de Navegación») prevé que todas las operaciones portuarias [1] en los puertos italianos están reservadas a las «compagnie portuali», o sea a compañías de trabajadores portuarios (en lo sucesivo, «las compañías portuarias»).

Este monopolio está garantizado por el artículo 1172 del Código de Navegación, que prevé sanciones penales contra cualquier persona que, para operaciones portuarias, recurra a trabajadores portuarios que no estén afiliados a una compañía portuaria. De conformidad con los artículos 152 y 156 del «Regolamento Navigazione Marittima» (Reglamento italiano de Navegación Marítima; en lo sucesivo, «Reglamento de Navegación Marítima»), relativos a la inscripción en el registro de los miembros de las compañías portuarias y a la cancelación de dicho registro, los trabajadores portuarios deben reunir determinados requisitos entre los que figura la necesidad de poseer la nacionalidad italiana. [2]

El artículo 111 del Código de Navegación concede la organización de operaciones portuarias por cuenta de terceros en los puertos italianos a «imprese portuali», o sea, a sociedades de Derecho privado que están totalmente o en gran parte en manos de las

* Lengua original: neerlandés.

1 — Según el artículo 108 del Código de Navegación, éstas comprenden las «operaciones de carga, descarga, transbordo, almacenamiento y movimiento en general de mercancías o de cualquier material en el puerto».

2 — Apartado 2 del artículo 152 y apartado 6 del artículo 156. Este requisito vale también para los trabajadores portuarios temporales: veánse el artículo 194 del Reglamento de Navegación Marítima.

autoridades portuarias (en lo sucesivo, «empresas portuarias»). Es importante señalar que, en virtud del último apartado del artículo 111 del Código de Navegación, y de conformidad con las disposiciones mencionadas, dichas empresas no pueden, para las operaciones portuarias que organizan por cuenta de terceros, recurrir más que a las referidas compañías portuarias y a los trabajadores afiliados a ellas.

Según el artículo 112 del Código de Navegación y los artículos 202 y 203 del Reglamento de Navegación Marítima, las autoridades portuarias establecen las tarifas y otras condiciones relativas tanto a la realización de operaciones portuarias por dichas compañías, como a la organización de tales operaciones por cuenta de terceros por las empresas portuarias.

3. El 2 de diciembre de 1988, Siderurgica, parte demandada en el litigio principal, compró en Hamburgo un lote de acero brasileño de un valor de alrededor de 6.000 millones de LIT y expidió por barco ese lote de acero con destino a Génova. Al llegar al puerto de Génova, el 22 y el 23 de diciembre de 1988, de conformidad con la legislación italiana mencionada, la tripulación del buque no fue autorizada a descargar ella misma, a pesar de que el buque en el que había sido expedido el acero estaba equipado para ese fin. En virtud del citado artículo 111 del Código de Navegación, Siderurgica estaba obligada a recurrir a Merci, la empresa portuaria a la que había sido concedida la organización por cuenta de terceros de operaciones portuarias relativas al flete ordinario en el puerto de Génova. Además, con arreglo al último párrafo del artículo que se acaba de citar, Merci recurrió, para la realización propiamente dicha de las operaciones portuarias, descarga y ulterior transporte en el puerto del referido lote de acero, a la compañía portuaria del puerto de Génova, la Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova (en lo sucesivo, «Compagnia») y a los trabajadores portuarios afiliados a ella.

Sin embargo, después de la descarga del lote de acero, Merci se abstuvo, durante meses, de entregar el acero a Siderurgica, impidiéndole, además, que fuera ella misma a buscarlo.

4. El 10 de abril de 1989, a instancia de Siderurgica, el Presidente del Tribunale di Genova acordó una medida cautelar por la que se ordenaba a Merci que procediese inmediatamente a la entrega del lote de acero. El 28 de abril de 1989, Merci formuló oposición contra dicha medida ante el Tribunale di Genova, el órgano jurisdiccional remitente, y, en el marco de ese procedimiento, Siderurgica reclamó daños y perjuicios por el perjuicio que había sufrido, así como el reembolso de las cantidades que alega haber pagado indebidamente por las prestaciones de servicios de los trabajadores portuarios que no había pedido y que le habían sido impuestas.[3] Por lo que respecta al perjuicio, Siderurgica mantuvo que, por no haberle sido entregado el lote de acero, había tenido que parar momentáneamente su producción y no había podido entregar a sus clientes los productos manufacturados que habían pedido. Además, había sufrido un perjuicio grave a causa de la inmovilización, durante meses, del contravalor del precio de compra del acero. Dado que mientras tanto Merci entregó el acero a Siderurgica, el litigio principal ya no se refiere, en el momento actual, a la orden de proceder a la entrega,

3 — En efecto, se había denegado a Siderurgica el derecho a descargar ella misma el acero utilizando la tripulación y las grúas de a bordo.

sino sólo a la demanda de daños y perjuicios y de reembolso presentada por Siderurgica.

5. En su defensa ante el órgano jurisdiccional remitente, Merci mantiene que no ejerce su actividad con personal propio, sino que, de conformidad con la legislación italiana, está obligada a recurrir a la mano de obra puesta a su disposición por Compagnia, que es la única facultada para transportar mercancías en el puerto de Génova. Además, afirma, y ello no ha sido discutido, que no pudo efectuar la entrega del acero a Siderurgica a consecuencia de una larga serie de huelgas del personal de la compañía portuaria mencionada. Así pues, se encontraba en la imposibilidad momentánea de respetar su compromiso y, por este motivo, no era responsable del perjuicio resultante del retraso en la entrega. Además, continúa Merci en su defensa, tampoco puede hacérsele responsable de las sumas, que Siderurgica considera injustas, cargadas en cuenta por las operaciones portuarias realizadas, por la razón de que esas sumas se habían calculado basándose en las tarifas fijadas por las autoridades portuarias que ella, como empresa portuaria, estaba obligada a aplicar con arreglo al artículo 112 del Código de Navegación y al artículo 203 del Reglamento de Navegación Marítima.

Siderurgica afirma, en cambio, que la legislación italiana invocada por Merci para justificar su actitud es contraria a los artículos 90, 86, 85 y 37 del Tratado CEE y que el órgano jurisdiccional está obligado a excluir la aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico interno que sean contrarias al Derecho comunitario. En el presente asunto, este punto de vista llevaría a la conclusión de que Merci es, de todos modos, responsable del retraso en la entrega de las mercancías y del perjuicio causado por dicho retraso, así como del reembolso de las sumas indebidamente pagadas por las operaciones portuarias.

6. A pesar de que, para justificar su actitud, Merci invoca la legislación italiana aplicable, está de acuerdo con Siderurgica en que, en la medida en que dicha legislación prevé un monopolio en beneficio de las compañías portuarias (artículo 110 del Código de Navegación), es incompatible con el Derecho comunitario.[4] No obstante, Merci mantiene que, en su opinión, dicha incompatibilidad justificaría (por lo menos en teoría) la demanda de daños y perjuicios por retraso en la entrega, pero *no* la demanda de reembolso de las cantidades pagadas por Siderurgica por prestaciones de servicios portuarios no solicitadas que, no obstante, le fueron impuestas, ya que ella misma —Merci— no obtuvo ningún lucro mediante esas prestaciones de servicios.

Las cuestiones prejudiciales y la competencia del Tribunal de Justicia

7. Ante este litigio, el Tribunale di Genova plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 7, 30, 85, 86 y 90 del Tratado CEE:

«1) En el actual estado del Derecho comunitario, en caso de importación por vía

4 — Hay que señalar, sin embargo, que, según Merci, el artículo 111 del Código de Navegación, en virtud del cual le ha sido otorgada una concesión para la organización de operaciones portuarias por cuenta de terceros, no se cuestiona en el presente asunto. Véase el punto 9 de las presentes conclusiones.

marítima, en el territorio de un Estado miembro de la CEE, de mercancías procedentes de otro Estado miembro de la misma Comunidad, las disposiciones del artículo 90 del Tratado constitutivo de la CEE y las prohibiciones establecidas por los artículos 7, 30, 85 y 86 del mismo Tratado, ¿atribuyen a los sujetos del ordenamiento jurídico comunitario derechos que los Estados miembros están obligados a respetar, en el supuesto de que una empresa y/o compañía portuaria, que cuenta exclusivamente con trabajadores de su propia nacionalidad, tenga reservada en exclusiva con tarifas fijadas imperativamente la realización de las operaciones de carga y descarga de mercancías en los puertos nacionales, aun en el caso de que dichas operaciones puedan efectuarse con los medios y personal de a bordo?

2) O bien, una empresa y/o compañía portuaria, que dispone exclusivamente de trabajadores de su propia nacionalidad y tiene reservada en exclusiva con tarifas fijadas imperativamente la realización de las operaciones de carga y descarga de mercancías en los puertos nacionales, ¿constituye una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado constitutivo de la CEE, respecto a la cual la aplicación de las disposiciones del apartado 1 del mismo artículo 90 y de las prohibiciones impuestas por los artículos 7, 30, 85 y 86 del citado Tratado pueda impedir el cumplimiento por la misma de la misión específica a ella confiada?»

8. Antes de referirme a estas cuestiones, me gustaría, a título incidental, señalar que, aunque, como ya se ha dicho anteriormente, las partes del litigio principal estén fundamentalmente de acuerdo en cuanto a la incompatibilidad de la referida legislación italiana con el Derecho comunitario, [5] el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas de conformidad con el artículo 177 del Tratado CEE. En efecto, corresponde al Juez nacional determinar la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas por el litigio y la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar una resolución. [6] El Tribunal de Justicia sólo podría declararse incompetente si ya no hubiese litigio principal [7] o si las cuestiones planteadas no tuvieran ninguna relación con la realidad o el objeto del litigio. [8] Ahora bien, en el presente asunto, es evidente que existe un litigio principal y las cuestiones están relacionadas con la realidad y el objeto del litigio. El hecho de que las partes estén de acuerdo sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas no significa que el órgano jurisdiccional remitente no pueda tener dudas en cuanto a la interpretación correcta del Derecho comunitario y que, por tanto, no haya necesidad de que el Tribunal de Justicia dé una interpretación. [9]

5 — Sólo existe desacuerdo sobre los efectos de esa incompatibilidad para Merci en cuanto a la devolución de las sumas pagadas por Siderurgica por servicios portuarios.

6 — Sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello (244/80, Rec. p. 3045), apartados 14 y 15, y de 21 de abril de 1988, Pardini (338/85, Rec. p. 2041), apartado 8; véase también el auto del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 1990, Falciola (C-286/88, Rec. p. I-191), apartado 7.

7 — Véase el apartado 9 de la sentencia Pardini, citada en la nota 6.

8 — Sentencia de 16 de junio de 1981, Salonia/Poidomani y Giglio (126/80, Rec. p. 1563), apartado 6, y auto Falciola, citado en la nota 6, apartado 8.

9 — Como se desprende de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, también la Comisión estima que la legislación italiana de que se trata es contraria al Derecho comunitario. No está claro por qué motivo la Comisión no recurrió al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, en relación con esta legislación. Como indica el Abogado General Sr. Darmon en sus conclusiones en el asunto Leclerc/Au blé vert, un procedimiento con arreglo al artículo 169 habría permitido un examen *in concreto* de la legislación de que se trata, y no un control de abstracta conformidad en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 177 (Rec. 1985, pp. 1 y ss., especialmente p. 16).

9. El órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que interprete, por una parte, las disposiciones de los artículos 7, 30, 85 y 86 del Tratado CEE, relacionados unos con otros, y, por otra parte, las del artículo 90. Efectivamente, no puede negarse que la legislación italiana [10] confiere derechos exclusivos, en el sentido del apartado 1 del artículo 90, tanto a la compañía portuaria Compagnia como a la empresa portuaria Merci. En sus observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, Merci señala que el monopolio de las actividades portuarias, previsto en el artículo 110 del mencionado Código de Navegación, se concede a compañías portuarias y no a empresas portuarias tales como ella misma. Por el contrario, las empresas portuarias tienen que «sufrir» dicho monopolio en virtud del último párrafo del mencionado artículo 111 del Código de Navegación.

No pretendo cuestionar este último punto. En contra de lo que afirma Merci [11] y de lo que, sobre este punto, podrían hacer creer los términos insuficientemente precisos de las cuestiones prejudiciales, [12] no hay que olvidar que en el presente asunto no se trata sólo del monopolio del artículo 110 del Código de Navegación, otorgado a Compagnia, sino también de la concesión otorgada, con arreglo al artículo 111 del Código de Navegación, a Merci, y sólo a ella, en materia de organización, por cuenta de terceros, de operaciones portuarias relativas al flete ordinario. [13] En otras palabras, existen dos monopolios estrechamente vinculados: uno en el caso de la compañía portuaria Compagnia, que se refiere a la *realización* efectiva de operaciones portuarias y que, en la medida en que se trata de operaciones portuarias relativas al flete ordinario, Merci es la única en «sufrir», y otro en el caso de la empresa portuaria Merci, relativo a la *organización por cuenta de terceros* de las mencionadas operaciones portuarias, realizadas por Compagnia, a las que están sujetos los usuarios del puerto de Génova. En el presente asunto, hay que tener en cuenta necesariamente estos dos monopolios.

10. De la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, Sacchi, [14] y de nuevo de las recientes sentencias de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, [15] y de 18 de junio de 1991, ERT, [16] se desprende ya que un monopolio concedido por un Estado miembro a una empresa, en el sentido del apartado 1 del artículo 90, sólo es compatible con el Tratado si «las modalidades de organización y el ejercicio de dicho monopolio no infringen las disposiciones del Tratado» *(traducción provisional)*. Por tanto, procede examinar a continuación si las modalidades de organización y de ejercicio de los monopolios concedidos a Compagnia y a Merci infringen los artículos mencionados en la cuestión prejudicial (los artículos 7, 30, 85 y 86) o, juntamente con esos artículos, otros artículos del Tratado (los artículos 48, 52 y 59). A este respecto, examinaré en primer lugar los artículos 7, 48, 52 y 59, en relación con una posible discriminación por razón de la nacionalidad, después los artículos 85 y 86, en relación con una posible vio-

10 — Véanse los artículos 110, 111, 112 y 1172 del Código de Navegación, antes citados.

11 — Véase la nota 4.

12 — En efecto, las cuestiones sólo mencionan expresamente el monopolio de las operaciones de carga y descarga de las mercancías, o sea, el monopolio otorgado a Compagnia. No obstante, en mi opinión, del resto de la resolución de remisión se deduce claramente que en el caso de autos no se trata únicamente del monopolio otorgado a Compagnia.

13 — Ciertamente, consta que, con arreglo al artículo 111 del Código de Navegación, la organización por cuenta de terceros de operaciones portuarias es concedida a varias empresas. No obstante, no se discute que Merci es la única empresa que, en el puerto de Génova, ha recibido tal concesión para el *flete ordinario*. En lo que respecta, por ejemplo, a los contenedores, existe otro monopolio que ha sido otorgado a la empresa portuaria Terminal contenitori di Genova.

14 — Sentencia 155/73 (Rec. p. 409), apartado 14.

15 — Sentencia C-202/88 (Rec. p. I-1223), apartado 22.

16 — Sentencia C-260/89 (Rec. p. I-2925), apartado 12.

lación de las normas de competencia y, por último, el artículo 30, en relación con una posible restricción al comercio intracomunitario.

Violación del principio que prohíbe la discriminación basada en la nacionalidad

11. Como ya se ha mencionado, los artículos 152 y 156 del Reglamento de Navegación Marítima relativos a las compañías portuarias, tales como Compagnia, exigen la posesión de la nacionalidad italiana para poder ser miembro de dichas compañías portuarias y, en lo que respecta a las empresas portuarias, como Merci, el último párrafo del artículo 111 del Código de Navegación prevé que, para realizar operaciones portuarias, dichas empresas sólo pueden recurrir a los miembros de las mencionadas compañías portuarias. ¿Es compatible con el Tratado este requisito de nacionalidad?

Como señala la Comisión acertadamente, no es posible, basándose en los documentos que constan en autos, determinar si la realización de prestaciones de servicios por trabajadores portuarios en el marco de una compañía portuaria debe considerarse como una actividad laboral por cuenta ajena o como una actividad autónoma. [17] No obstante, en el presente asunto esto tiene poca importancia, ya que un requisito de nacionalidad como el previsto en la referida legislación italiana es incompatible con el Derecho comunitario, tanto si los trabajadores portuarios son trabajadores en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE, como si, en su calidad de miembros de la compañía portuaria, son independientes que, en el sentido del artículo 52 del Tratado CEE, se establecen en un Estado miembro o, en el sentido del artículo 59 del Tratado CEE, vienen al mismo para la prestación de servicios. En efecto, el artículo 7 del Tratado CEE prohíbe, en el ámbito de aplicación del Tratado, toda discriminación por razón de la nacionalidad y esta prohibición se concreta, para los trabajadores, en el apartado 2 del artículo 48 del Tratado CEE y, para los independientes, en los artículos 52 y 59 del mismo Tratado, y se confirma como una de las disposiciones fundamentales de éste. Ahora bien, en el caso de autos, el requisito de nacionalidad impide a los nacionales de otros Estados miembros realizar operaciones portuarias en el puerto de Génova, en calidad de trabajadores o de independientes.

Como se desprende de los hechos del litigio principal, este requisito impide también a los prestadores de servicios de otros Estados miembros, que no sean trabajadores portuarios, realizar operaciones portuarias en los puertos italianos. En el presente asunto, el armador alemán que, por cuenta de Siderurgica, había expedido el lote de acero de Hamburgo a Génova, no podía descargar él mismo dicho lote, a pesar de que el buque estaba equipado para ello. Esto es también contrario al artículo 59 del Tratado CEE.

12. En virtud de los artículos 48, apartado 3, y 56, apartado 1, así como de las disposiciones de los artículos 66 y 56, apartado 1, consideradas conjuntamente, las restricciones discriminatorias, aplicadas respectivamente a la libre circulación de los trabajadores, al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios, pueden estar

17 — Merci señala que los trabajadores portuarios no son trabajadores asalariados, sino miembros de las compañías portuarias; no obstante, no excluye la posibilidad de que dichas compañías empleen también a trabajadores asalariados.

justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Además, los artículos 48, apartado 4, y 55, párrafo primero, así como las disposiciones de los artículos 66 y 55, párrafo primero, consideradas conjuntamente, del Tratado CEE, prevén que las disposiciones relativas, respectivamente, a la libre circulación de los trabajadores, al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios no son aplicables a los empleos en la administración pública o a las actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público.

Sin embargo, el requisito de nacionalidad previsto en la legislación mencionada no tiene como objetivo la protección del orden público, de la seguridad o de la salud públicas. Su finalidad no es el interés general, sino sólo la promoción de los intereses individuales de los trabajadores portuarios italianos y, por tanto, no puede estar justificado por las razones citadas. Habida cuenta de la estricta manera en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpreta estos conceptos, tampoco se trata de empleos en la administración pública, en el sentido del apartado 4 del artículo 48, [18] o de actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público, en el sentido del artículo 55. [19]

13. Por último, en cuanto a la violación del principio de no discriminación, debe mencionarse que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que todas las disposiciones citadas más arriba tienen efecto directo. [20] Considerado en relación con dichas disposiciones dotadas de efecto directo, el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE también produce efecto directo. [21]

Infracción de las disposiciones del Tratado relativas a la competencia

14. Si bien, los artículos 85 y 86 del Tratado CEE se refieren a la conducta de las empresas y no a las medidas legales o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, éstos están obligados, en virtud del párrafo segundo del artículo 5 del Tratado «a no perjudicar mediante su legislación nacional a la aplicación total y uniforme del Derecho comunitario y a no adoptar o mantener en vigor medidas que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empre-

18 — Véase, por ejemplo, en cuanto al concepto de «empleos en la administración pública», la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881), apartados 9 y ss., de la que se desprende que se trata de un número limitado de empleos «que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas» (apartado 10; *traducción provisional*).

19 — Véase, por ejemplo, en lo que respecta al concepto de «actividades relacionadas con el ejercicio del poder público», la sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners/Bélgica (2/74, Rec. p. 631), apartados 42 y ss., según la cual debe tratarse de actividades «que, por sí mismas, impliquen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público» (apartado 54; *(traducción provisional)*.

20 — En cuanto al artículo 7 del Tratado CEE, véanse, por ejemplo, las sentencias de 28 de junio de 1978, Patrick Christopher Kenny/Insurance Officer (1/78, Rec. p. 1489), apartado 12, y de 2 de febrero de 1988, Vincent Blaizot y otros/Universidad de Lieja y otros (24/86, Rec. p. 379), apartado 35. En cuanto al artículo 48 del Tratado CEE, véanse, por ejemplo, las sentencias de 4 de diciembre de 1974, Yvonne van Duyn/Home Office (41/74, Rec. p. 1337), apartados 4 a 8, y de 15 de octubre de 1986, Comisión/Italia (168/85, Rec. p. 2945), apartado 7. En cuanto al artículo 52 del Tratado CEE, véanse, por ejemplo, la sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners/Bélgica (2/74, Rec. p. 631), apartados 30 y 32, y de 27 de septiembre de 1988, The Queen/H. M. Treasury y Commissioners of Inland Revenue (81/87, Rec. p. 5483), apartado 15. En cuanto al artículo 59 del Tratado CEE, véanse, por ejemplo, las sentencias de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (33/74, Rec. p. 1299), apartados 18 a 27, y de 13 de diciembre de 1989, Société Corsica Ferries France/Direction générale des douanes françaises (C-49/89, Rec. p. 4441), apartado 10.

21 — El Tribunal de Justicia lo ha afirmado formalmente en la sentencia Sacchi (véase la nota 14) en cuanto a las disposiciones de los artículos 90 y 86, consideradas conjuntamente. No hay motivo para que esto no se aplique igualmente a otras disposiciones dotadas de efecto directo. Véase, por ejemplo, Wyatt, D., y Dashwood, A.: *The Substantive Law of the EEC*, Londres, 1987, p. 524. Véase también Waelbroeck, M.: «Le droit de la Communauté économique européenne», *Concurrence*, volumen 4, Bruselas, 1972, pp. 86 y 87.

sas». [22] Por lo que respecta a las empresas a las que los Estados miembros han concedido un monopolio, el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE constituye una aplicación especial del párrafo segundo del artículo 5 del Tratado CEE, antes citado. [23]

¿Se trata en el presente asunto de una legislación nacional que, infringiendo el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE, puede anular la eficacia de los artículos 85 y 86 de dicho Tratado?

15. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación, a las medidas de las autoridades públicas, de las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 en relación con las de los artículos 85 u 86, se desprende que el artículo 90 se refiere a cualquier intervención de los poderes públicos en lo que respecta a las empresas contempladas en ese artículo que, o bien haga obligatoria una práctica de empresa prohibida por el artículo 85 o el artículo 86, [24] o bien la favorezca [25] o la haga inevitable, [26] o incluso confiera a algunas empresas competencia para intervenir en lugar de los poderes públicos, a efectos de regulación de mercados. [27] La piedra angular de esta jurisprudencia consiste en la afirmación del punto de vista de que esa intervención de los poderes públicos, combinada con cualquiera de las prácticas de empresas (realmente aplicadas por las empresas de que se trate) contempladas en el artículo 85 o en el artículo 86, produce los mismos efectos sobre la estructura de la competencia en el mercado común que una práctica de empresa que no dependa de la intervención de los poderes públicos. Además, según la jurisprudencia, la práctica de empresa que se requiere como «factor de conexión» para dar lugar a la aplicabilidad de las disposiciones del apartado 1 del artículo 90, juntamente con las del artículo 85 o con las del artículo 86, no debe necesariamente preceder a la intervención de los poderes públicos, sino que puede seguirla, ser su corolario o su efecto inevitable. [28]

16. Examinaré en primer lugar, en el contexto del artículo 86, la cuestión de si la legislación nacional de que se trata en el presente asunto impone dicha práctica restrictiva de la competencia, la favorece o la hace inevitable. [29] Para ello, hay que examinar dos puntos: en primer lugar, si Merci y/o Compagnia han realizado actos que, aun independientemente de cualquier intervención del Estado, constituyan un abuso de posición dominante en una parte esencial del mercado común, capaz de afectar al comercio entre Estados miembros y, en segundo lugar, si la referida legislación nacional fa-

22 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de noviembre de 1977, GB-Inno-BM/ATAB (13/77, Rec. p. 2115), apartado 33; de 29 de enero de 1985, Cullet/Leclerc (231/83, Rec. p. 305), apartado 16; de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16; de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed (66/86, Rec. p. 803), apartado 48, y la sentencia ERT, antes citada en la nota 16, apartado 35.

23 — Véanse, por ejemplo, las sentencias, citadas en la nota anterior, GB-Inno-BM/ATAB, apartado 32, Ahmed Saeed, apartado 50, y ERT, apartado 36.

24 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de mayo de 1988, Bodson/SA Pompes funèbres (30/87, Rec. p. 2479), que establece que una autoridad municipal que obligase a empresas que ocupan una posición dominante a practicar precios especialmente altos para sus prestaciones de servicios infringiría el apartado 1 del artículo 90.

25 — Véase, por ejemplo, la sentencia Ahmed Saeed (véase la nota 22) que establece que el hecho de que la autoridad pública apruebe acuerdos sobre tarifas que sean contrarios al apartado 1 del artículo 85 infringe el artículo 5 y, dado el caso, el artículo 90.

26 — Véase, por ejemplo, la sentencia ERT (véase la nota 16), que establece que un Estado miembro infringe las disposiciones del artículo 90 en relación con las del artículo 86 del Tratado CEE cuando concede un derecho exclusivo a una empresa y crea así una situación que lleva a esa empresa a infringir el artículo 86. La sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser/Macrotron (C-41/90, Rec. p. I-1979), se refiere también a esta categoría de medidas.

27 — Véase la sentencia Van Eycke (véase la nota 22) en la que el Tribunal de Justicia estimó, no obstante, que en aquel caso no se daba esta situación.

28 — Véanse, por ejemplo, las sentencias citadas en las notas 24, 26 y 27. Para más detalles, véanse mis conclusiones, fijadas para la audiencia del 16 de octubre de 1991, en los asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Países Bajos y Koniklijke PTT NV y PTT-Post BV/Comisión.

29 — Ya no volveré a tener en cuenta la situación especial en la que una legislación delega en empresas una competencia normativa.

vorece dicha práctica abusiva, la hace obligatoria o inevitable.

En cuanto al primer punto, quiero señalar, en primer lugar, que no puede negarse que tanto Merci como Compagnia son empresas en el sentido del artículo 86 (y del artículo 85) [30] y, dada la situación de hecho descrita en la primera cuestión prejudicial, tampoco puede negarse que las prácticas llevadas a cabo por Merci y Compagnia en el marco de la legislación italiana afectan al comercio entre Estados miembros.

Tampoco cabe duda de que tanto la organización por cuenta de terceros, como la realización de operaciones portuarias, como las descritas en el artículo 108 del Código de Navegación, [31] entran en el ámbito de aplicación del artículo 86 (así como del artículo 85). En efecto, como ha expresado reiteradamente el Consejo, [32] procede hacer una distinción entre las actividades portuarias y los transportes marítimos propiamente dichos (aunque aquéllas sean el complemento de éstos), pero, incluso suponiendo que las actividades portuarias entren en el ámbito de los transportes marítimos, las normas generales sobre la competencia establecidas en los artículos 85 y 86 son aplicables desde antes de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) nº 4056/86, de 22 de diciembre de 1986. [33] [34]

30 — El concepto de empresas siempre ha tenido un alcance amplio, hasta el punto de que la sentencia Höfner y Elser, antes citada en la nota 26, considera al «Bundesanstalt für Arbeit» alemán (Instituto Federal de Empleo) como una empresa porque, como entidad separada, esta institución pública ejercía una actividad económica de colocación.

31 — Véase la nota 1.

32 — Véanse la comunicación de 19 de marzo de 1985 (DO C 212) y las exposiciones de motivos de los Reglamentos (CEE) nº 4056/86, de 22 de diciembre de 1986 (DO L 378), y (CEE) nº 3975/87, de 14 de diciembre de 1987 (DO L 374).

33 — Reglamento (CEE) nº 4056/86, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos (DO L 378, p. 4).

34 — Sobre la situación análoga del transporte aéreo, véanse los apartados 32 y 33 de la sentencia Ahmed Saeed, antes citada en la nota 22.

17. De conformidad con el artículo 86 del Tratado CEE, es incompatible con el mercado común y queda prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. En el caso de autos, por lo que respecta a Merci, el mercado de que se trata es el mercado de la organización por cuenta de terceros de operaciones portuarias relativas al flete ordinario en el puerto de Génova, mientras que, para Compagnia, el mercado en cuestión es el mercado de la realización efectiva de esas operaciones portuarias.

Naturalmente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si dichos mercados pueden considerarse como una parte sustancial del mercado común. No obstante, de los autos se desprende que, dada la *amplitud* de las actividades portuarias relativas al flete ordinario que se organizan por cuenta de terceros en el puerto de Génova y se realizan en él, éste es uno de los puertos más importantes de la Comunidad y el más importante de Italia y que, debido a su situación y a su infraestructura, muchas veces los usuarios de este puerto *no tienen más elección* que recurrir a él. En mi opinión, esto constituye un serio indicio de que los dos mercados mencionados, que, por otra parte, están estrechamente relacionados entre sí, dado que se refieren a las mismas operaciones portuarias, son suficientemente importantes para ser considerados como una parte sustancial del mercado común.

No se puede negar que Merci ocupa, en el mercado de las operaciones portuarias por cuenta de terceros, una posición dominante, es decir, una situación «que [le] faculta para

impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de que se trate, dándole la posibilidad de actuar con considerable independencia respecto de sus competidores, de sus clientes y, por último, de los consumidores» [35] *(traducción provisional).*

También es incuestionable el hecho de que Compagnia ocupa una posición dominante en el mercado de la realización efectiva de las operaciones portuarias. La circunstancia de que, como ocurre en el caso de autos, la falta de competencia en estos mercados esté creada o favorecida por disposiciones legales o reglamentarias no impide en absoluto la aplicación del artículo 86. [36] En la sentencia ERT, [37] el Tribunal de Justicia señaló que puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.

18. ¿Constituye la conducta de Merci y/o Compagnia un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86? Como ya he dicho, examinaré en primer lugar la conducta, en sí misma, de Merci y Compagnia, independientemente de la legislación nacional mencionada.

Según *la letra a) del párrafo segundo* del artículo 86, las prácticas abusivas de una posición dominante pueden consistir en imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas, entendiéndose que deben considerarse no equitativos unos precios y unas condiciones que son notablemente menos favorables para el usuario que los precios y las condiciones que éste habría podido negociar en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz. [38]

Una vez más, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si Compagnia y/o Merci impusieron, en cuanto a las referidas prestaciones portuarias, precios u otras condiciones contractuales no equitativas. Sin embargo, debe señalarse que este Tribunal de Justicia ha estimado reiteradamente que una empresa que disfrutaba de una situación de monopolio de hecho o de derecho había impuesto precios o condiciones no equitativos, [39] y en el caso de autos podría tratarse de precios o de otras condiciones contractuales no equitativas siempre y cuando una compañía portuaria hubiese cargado en cuenta a una empresa portuaria y/o una empresa portuaria hubiese cargado en cuenta a los usuarios del puerto prestaciones de servicio no solicitadas [40] o incluso prestaciones de servicio no realizadas, o siempre y cuando las tarifas sobre cuya base se calcu-

35 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelin (322/81, Rec. p. 3461), apartado 30, y de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), apartado 16.

36 — Véanse, especialmente, la sentencia de 13 de noviembre de 1975, General Motors (26/75, Rec. p. 1367), apartado 9, y las sentencias, antes citadas, GB-Inno-BM, apartado 34, y CBEM, apartado 16.

37 — Véase la nota 22.

38 — Véase la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207), apartado 249. Del apartado 12 de la sentencia General Motors, antes citada, se desprende que el Tribunal de Justicia considera que unos precios no son equitativos cuando son exagerados respecto al valor económico de la prestación realizada (véase también el apartado 250 de la sentencia United Brands).

39 — Véanse la sentencia Sacchi, antes citada en la nota 14, apartado 17, la sentencia General Motors, antes citada en la nota 36, apartados 11 y 12, y la sentencia de 11 de noviembre de 1986, British Leyland/Comisión (226/84, Rec. p. 3263), apartado 27, en la que este Tribunal se remite a la sentencia General Motors.

40 — Como se desprende de los hechos mencionados anteriormente (en el punto 3), las operaciones portuarias organizadas por Merci por cuenta de Siderurgica y efectuadas por Compagnia fueron, en realidad, impuestas a Siderurgica; en efecto, la propia Siderurgica había querido descargar el lote de acero y organizar ella misma su transporte.

len los precios sean totalmente desproporcionadas respecto a los servicios efectivamente prestados.[41] De los datos disponibles se deduce que las prestaciones de servicios portuarios de que se trata no sólo pueden realizarse igualmente a un precio más bajo que el cargado por Compagnia a Merci y por Merci a los usuarios del puerto, sino que incluso lo son, de hecho, en otros puertos europeos.[42] No obstante, la complejidad de las tarifas hace prácticamente imposible determinar los criterios utilizados para el cálculo del precio de una operación; este factor puede también constituir un indicio de la falta de conexión entre el coste real de la prestación de servicios y el precio facturado.[43]

Además, debe señalarse que, como se desprende de la sentencia Bodson, la imposición de precios no equitativos por parte de concesionarios va también en contra del artículo 86 del Tratado CEE, aun cuando las tarifas estén impuestas por los poderes públicos al otorgar la concesión.[44] No obstante, esta última circunstancia no podría implicar que las sanciones previstas en Derecho comunitario no se impongan a la empresa de que se trate.

19. Con arreglo a la *letra b) del párrafo segundo* del artículo 86 del Tratado CEE, las prácticas de abuso de posición dominante también pueden consistir en limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. Como señalan la Comisión y Siderurgica, se trata ciertamente de tales abusos en el caso de que una compañía portuaria que disfruta del monopolio para la realización de las operaciones portuarias se niegue —aunque sea con fines de protección del empleo— a recurrir a la tecnología moderna y, de este modo, eleve considerablemente el coste de las operaciones portuarias para la empresa portuaria y, a través de ésta, para los usuarios del puerto, y ocasione largos períodos de espera antes de que puedan realizarse las operaciones.[45]

20. Por último, procede indicar que, de conformidad con *la letra c) del párrafo segundo* del artículo 86, una práctica de abuso de posición dominante también puede consistir en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.[46] Parece que eso es lo que ocurre en el presente asunto, ya que, previa

41 — A este respecto, Siderurgica se remite a un estudio de Lauria F., «Le Compagnie portuali nel diritto interno e comunitario», Edizione Giuffré, Milán, 1981, y a una declaración formulada por el «Comitato sezione lavoro» de la autoridad del puerto de Génova en un informe de 23 de julio de 1987, que decía lo siguiente: «[...] actualmente, fijando en 100 el valor del coste de base de la mano de obra, las sumas adicionales que hay que aplicar a dicho coste para obtener el coste final de la operación llegan hasta el 1.194,26 % [sic].» (citado en las observaciones de Siderurgica, p. 12).

42 — A este respecto, la Comisión se remite a un estudio de Marconsult SpA, de 1990, relativo a la organización y al coste del transbordo de *contenedores* en los principales puertos europeos. Según dicho estudio, el coste del transbordo de una unidad varía entre 110.000 y 116.000 LIT en el puerto de Amberes, entre 180.000 y 200.000 LIT en los puertos de Hamburgo, Marsella y Nápoles, y entre 230.000 y 250.000 LIT en los puertos de Venecia, Barcelona y Livorno, mientras que el coste del transbordo de una unidad asciende a 270.000 LIT en el puerto de Génova.

43 — En el informe de 23 de julio de 1987, mencionado en la nota 41, el «Comitato sezione lavoro» de la autoridad portuaria del puerto de Génova decía lo siguiente: «El sistema de tarifas aplicado en el puerto de Génova para las prestaciones de los servicios portuarios se caracteriza, y desde siempre es conocido desfavorablemente, por lo compleja y confusa que es su composición, así como por el carácter indeterminado del coste final de los servicios» (citado en las observaciones de Siderurgica, p. 12).

44 — Sentencia de 4 de mayo de 1988, citada en la nota 24.

45 — Véanse, a este respecto, las observaciones de la Comisión, p. 38, y las de Siderurgica, p. 15.

46 — Véase la sentencia Michelin/Comisión, citada en la nota 35, apartados 87 a 91, en la que el Tribunal de Justicia consideró que no había práctica abusiva en el sentido de la letra c) del párrafo segundo del artículo 86 porque no se había demostrado que las diferencias de trato entre diferentes revendedores eran resultado de la aplicación de criterios desiguales y que no estaban justificadas por consideraciones comerciales legítimas (apartado 90).

negociación y como «excepción» a las tarifas, se practica un precio ventajoso a determinados usuarios del puerto, reduciendo los costes adicionales y compensando esa reducción mediante un aumento de los costes cargados a los demás usuarios, sin que exista ninguna razón objetiva que lo justifique.[47] Esta práctica resulta facilitada por lo complejas y confusas que son las tarifas aplicables.

21. A mi juicio, de los datos mencionados pueden deducirse serios indicios que permiten al órgano jurisdiccional nacional llegar a la conclusión de que, al imponer precios de compra y condiciones contractuales no equitativos, tanto Merci como Compagnia han abusado de los monopolios que les concede la legislación italiana, en una parte sustancial del mercado común, de que Compagnia ha explotado de modo abusivo su posición dominante al negarse a utilizar la tecnología moderna y de que Merci ha explotado de modo abusivo su posición dominante al haber concedido a terceros contratantes condiciones desiguales respecto a las aplicadas a sus competidores.

22. En tales circunstancias, procede examinar ahora si la referida legislación nacional impone o favorece o hace inevitables esos abusos de posición dominante en el sentido del artículo 86, siempre y cuando se consideren probados por el órgano jurisdiccional nacional. Creo que hay pocas dudas a este respecto. Efectivamente, la legislación nacional aplicable ha hecho posibles, si no inevitables, las tarifas y otras condiciones contractuales supuestamente no equitativas aplicadas por Merci y por Compagnia, y las autoridades portuarias, en virtud de las competencias que les atribuye la legislación nacional, las favorecen, si no las hacen obligatorias.[48] Esta legislación ha hecho posibles también las otras prácticas abusivas. Sin el monopolio de la realización de las operaciones portuarias que le ha concedido la legislación italiana, es seguro que Compagnia no habría podido permitirse no recurrir a la tecnología moderna. Y por lo que respecta también a la desigualdad de trato de los terceros contratantes, resulta que semejante desigualdad de trato sólo era posible como consecuencia del monopolio concedido a Merci y de la complejidad y confusión de las normas aplicadas por los poderes públicos en materia de tarifas.

De todo lo expuesto se desprende que hay también, en el presente asunto, serios indicios que prueban que la legislación nacional de que se trata en el litigio principal adopta o mantiene en vigor medidas que son contrarias a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 90 juntamente con el artículo 86 del Tratado CEE. Dado que el apartado 1 del artículo 90, en relación con una disposición del Tratado que produzca efecto directo, como es el artículo 86, tiene efecto directo,[49] eso implica que, siempre y cuando el órgano jurisdiccional nacional esté de acuerdo con las consideraciones expuestas, los particulares pueden, en virtud de dichas disposiciones, invocar directamente derechos frente al Estado miembro de que se trate, como también pueden alegar directamente derechos contra Merci y Compagnia, por causa de prácticas abusivas realizadas por éstas.

47 — Esto se desprende del informe de 23 de julio de 1987 del «Comitato sezione lavoro» de las autoridades portuarias del puerto de Génova, ya mencionado (citado en las observaciones de Siderurgica, p. 13).

48 — Véase el punto 2 de las presentes conclusiones.

49 — Véase la sentencia Sacchi, citada en la nota 14, apartado 18.

23. La cuestión siguiente es si la legislación nacional controvertida es también contraria a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 90 juntamente con el artículo 85.

Según el *artículo 85,* son incompatibles con el mercado común y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Como ya he señalado anteriormente (en el punto 16), no cabe duda de que Merci y Compagnia son empresas en el sentido del artículo 85, de que este artículo es aplicable a la realización y a la organización de operaciones portuarias, ni de que en el presente asunto, como se desprende de las cuestiones prejudiciales, el comercio entre Estados miembros puede resultar afectado por la legislación considerada y por los actos que se basan en dicha legislación. No obstante, en la sentencia ERT, el Tribunal de Justicia recalcó que, para la aplicación del artículo 85, debe tratarse absolutamente de un acuerdo que restrinja la competencia o, mejor, de una práctica colusoria entre empresas. [50]

24. Los datos de que dispone este Tribunal de Justicia no revelan que se hayan celebrado acuerdos entre la empresa portuaria Merci y la compañía portuaria Compagnia. En cambio, no puede excluirse sin más, muy por el contrario, que entre ellas existen prácticas concertadas que la legislación nacional aplicable ha suscitado, favorecido o hecho inevitables. El Tribunal de Justicia, efectivamente, ha definido la práctica concertada como «una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado hasta la celebración de un acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas» *(traducción provisional).* Según este Tribunal, «si bien una conducta paralela no puede identificarse por sí sola con una práctica concertada, puede constituir un serio indicio de ésta si da lugar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado» [51] *(traducción provisional).*

Estos asuntos trataban de empresas que se encontraban en competencia directa. No obstante, ha quedado establecido que las prácticas colusorias verticales, es decir, las prácticas colusorias entre empresas que no se hacen una competencia directa, y por tanto también las prácticas concertadas entre tales empresas, están igualmente contempladas por el artículo 85 en la medida en que restringen el juego de la competencia respecto a terceros. En este contexto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si Merci y Compagnia realizaron conscientemente prácticas concertadas que, como se ha visto anteriormente al examinar la conducta abusiva de las empresas consideradas por separado, restringen el juego de la competencia. La circunstancia de que la legislación nacional de que se trata haya inspirado o hecho imperativas dichas prácticas

50 — Véase el apartado 29 de la sentencia ERT, citada en la nota 16. Véase también el punto 32 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 23 de enero de 1991 en el mencionado asunto (Rec. p. I-2939).

51 — Sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, Rec. p. 619), apartados 64 y 66; véase también la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 191.

concertadas no constituye una excusa en el presente asunto (esta circunstancia constituye, sin embargo, un factor que puede tenerse en cuenta para la aplicación de multas). Dicha circunstancia hace, en cambio, que los particulares puedan, en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 90, en relación con las del artículo 85, impugnar la legislación nacional. Efectivamente, consideradas en relación con lo dispuesto en el artículo 85, las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 producen efecto directo.

Violación de la prohibición establecida en el artículo 30 del Tratado CEE

25. Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que toda normativa comercial que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario, constituye una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado.[52] ¿Es esto lo que ocurre en el caso de los monopolios de las operaciones portuarias de que se trata en el presente asunto? Según la Comisión, el artículo 30 no es pertinente en el caso de autos, ya que, por lo menos a la luz de los datos puestos en su conocimiento, dichos monopolios no producen el efecto de obstaculizar la comercialización en el mercado italiano de productos importados respecto a los productos nacionales. En cambio, según Siderurgica, los monopolios y los precios no equitativos de las prestaciones de servicio portuarias que los acompañan tienen sobre todo una repercusión en los productos importados y, por tanto, dichos monopolios deben ser considerados como normativas comerciales en el sentido del artículo 30.

52 — Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

De los datos sometidos al Tribunal de Justicia puede desprenderse que los monopolios concedidos a Merci y a Compagnia dan lugar, efectivamente, a precios no equitativos y a prestaciones de servicio deficientes y que las importaciones de productos procedentes de otros Estados miembros se han hecho por ello más caras y más difíciles, lo que es suficiente para dar lugar a la aplicación del artículo 30. No obstante, estimo que tal resultado no puede imputarse a la legislación nacional en sí misma, sino a los actos realizados por Merci y Compagnia, con arreglo a dicha legislación, en el marco de los monopolios que les han sido concedidos. De ello resulta, en mi opinión, que las disposiciones del artículo 90, más que las del artículo 30, constituyen, en relación con los artículos 85 y 86, las disposiciones aplicables en lo que respecta a la referida legislación nacional.

El apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE

26. El apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE dispone que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedan sometidas a las normas del Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, *en la medida en que* la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. Esta excepción, en beneficio de determinadas empresas, a la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado no se aplica, sin embargo, si el desarrollo de los intercambios queda afectado de una forma que sea contraria al interés de la Comunidad.

Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente quiere que se determine si Merci y Compagnia son em-

presas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general y, en caso afirmativo, si la aplicación, en particular, de los artículos 7, 85 y 86 del Tratado CEE impediría el cumplimiento de su misión específica. Si fuese así y si se reuniesen también los demás requisitos del apartado 2 del artículo 90, procedería, en mi opinión, admitir, por lo que respecta a los puntos tratados hasta ahora en las presentes conclusiones, que una legislación nacional que hace obligatoria, favorece o hace inevitable una práctica de empresas que, en este supuesto, *está autorizada en virtud del apartado 2 del artículo 90,* no es contraria a lo dispuesto en el apartado 1 del mismo artículo, en relación con otras disposiciones del Tratado.

27. En primer lugar, debe señalarse que el concepto de «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» tiene una acepción comunitaria específica. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que siempre ha afirmado que dicho concepto debería interpretarse de manera estricta,[53] es preciso que los poderes públicos hayan confiado a la empresa las actividades que ésta ejerce[54] y que tales actividades sean necesarias por razones de interés general.[55] Según la referida legislación nacional, tanto las empresas como las compañías portuarias están encargadas por los poderes públicos de las actividades que ejercen. No obstante, este dato no implica, por sí solo, que esas actividades tengan un interés económico general en el sentido del apartado 2 del artículo 90. Si bien el acondicionamiento de un puerto es indudablemente, como tal, una actividad de interés económico general, no puede decirse lo mismo, en mi opinión, de las actividades de las compañías y empresas portuarias que consisten en realizar operaciones portuarias o en organizarlas por cuenta de terceros. En efecto, las operaciones portuarias incluyen las operaciones de carga, descarga, transbordo y almacenamiento de las mercancías. Si tales operaciones también entran en el concepto de servicios de interés general, dicho concepto puede abarcar prácticamente todas las actividades económicas.[56] En mi opinión, como también se desprende de las sentencias citadas en la nota 55, sólo entran en este concepto las actividades que benefician directamente a la colectividad.

Aun admitiendo que las operaciones portuarias mencionadas deban considerarse como servicios de interés económico general, ello no basta para demostrar que la observancia de las normas del Tratado citadas y, en particular, de los artículos 7, 85 y 86, es incompatible con el ejercicio de la misión pública; en otras palabras, que para el ejercicio de dicha misión es inevitable infringir las normas del Tratado.[57] Además, también debe ser manifiesto que el hecho de aplicar la excepción a las normas del Tratado no es contrario al interés de la Comunidad.

53 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de marzo de 1974, BRT/SABAM (127/73, Rec. p. 313), apartado 19.

54 — Véanse la sentencia BRT/SABAM, citada en la nota anterior, apartado 20, la sentencia de 2 de marzo de 1983, GVL/Comisión (7/82, Rec. p. 483), apartados 29 a 32, y la sentencia Ahmed Saeed, citada en la nota 22, apartado 55.

55 — Véase la sentencia Ahmed Saeed, citada en la nota 22, apartado 55. El Tribunal de Justicia ha considerado hasta ahora como actividades de interés económico general, entre otras, las actividades siguientes: el mantenimiento de la navegabilidad de un curso de agua importante (sentencia Muller/Luxemburgo, 10/71, Rec. 1971, p. 723), la distribución de agua (sentencia IAZ International Belgium/Comisión, 96/82, Rec. 1983, p. 3369), la prestación de servicios de telecomunicación (sentencia Italia/Comisión, 41/83, Rec. 1985, p. 873) y las emisiones de televisión (sentencia Sacchi/Italia, 155/73, Rec. 1974, p. 409).

56 — Esta parece ser también la opinión del Tribunal amministrativo regionale, el cual, en una resolución de 21 de diciembre de 1988 relativa a las compañías portuarias, declaró: «En efecto, debe excluirse la posibilidad de que la normativa nacional del sector de las compañías portuarias haya querido delegar un servicio de interés general» (*Foro It.* 89, parte 3, p. 98).

57 — Véase la sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 26, apartado 24, así como la sentencia CBEM, citada en la nota 35, apartado 17.

28. Por lo que respecta al apartado 2 del artículo 90, en una sentencia de 14 de julio de 1971, el Tribunal de Justicia declaró que esta disposición no produce efecto directo, dado el hecho de que «la aplicación de esta disposición implica la apreciación de las exigencias inherentes, por un lado, al cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas de que se trate y, por otro lado, a la protección del interés de la Comunidad» [58] *(traducción provisional)*. Sin embargo, esto no ha impedido al Tribunal de Justicia declarar, en sentencias posteriores, en el contexto del primer criterio de apreciación mencionado en esa cita, que corresponde al Juez nacional comprobar si una empresa que invoca lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 para no aplicar las disposiciones del Tratado, está realmente encargada de la gestión de servicios de interés económico general, [59] cosa improbable en el presente asunto, como se ha señalado más arriba. Incluso si se admitiera que en el caso de autos las empresas están encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general, éstas sólo podrían invocar la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90 si lograran demostrar ante el Juez nacional cuál es la naturaleza exacta de las referidas necesidades de interés económico general y cuál puede ser su repercusión en la actitud de las empresas de que se trate. [60] Esto no es así, por ejemplo, en lo que respecta a las tarifas aprobadas por las autoridades públicas, cuando la estructura de dichas tarifas no es transparente, circunstancia que, como ya se ha indicado, parece también darse en el presente asunto. [61]

Así pues, esta jurisprudencia me lleva a la conclusión de que corresponde al Juez nacional examinar si una empresa que invoca la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90 ha sido, efectivamente, encargada de un servicio de interés económico general, en el sentido que esta expresión tiene en Derecho comunitario, y, en caso afirmativo, si y hasta qué punto exactamente las necesidades de interés general obligan a dicha empresa a actuar en contra de disposiciones del Tratado tales como los artículos 7, 85 u 86. Esto implica que la carga de la prueba incumbe a las empresas interesadas y que éstas tienen que demostrar ante el Juez nacional que se reúnen los requisitos adicionales previstos en el apartado 2 del artículo 90.

Si el Juez nacional llega a la conclusión de que dichos requisitos adicionales se reúnen efectivamente (lo que me parece muy improbable en el presente asunto), aún dispone, si lo desea, de la facultad, en lo que respecta al segundo criterio de apreciación mencionado en la cita recogida al principio del presente punto (es decir, la cuestión de si la misión confiada por el Estado miembro y su realización no dan lugar a un desarrollo de los intercambios que sea contrario al interés de la Comunidad), de ponerse en contacto con la Comisión, y ello por analogía con lo que el Tribunal de Justicia ha admitido respecto a la aplicación de los artículos 85 y 86, [62] con el fin de obtener los datos jurídicos y económicos que puedan dar una respuesta a dicha cuestión.

58 — Véase la sentencia Muller, citada en la nota 55, apartados 13 a 16.

59 — Véanse las sentencias Sacchi, citada en la nota 14, apartado 18; BRT/SABAM, citada en la nota 53, apartado 22; CBEM, citada en la nota 35, apartado 17, y Ahmed Saeed, citada en la nota 22, apartados 55 a 57.

60 — Véase la sentencia Ahmed Saeed, citada en la nota 22, apartado 56.

61 — *Ibidem*, apartado 57.

62 — Véase la sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis/Henninger Bräu (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 53.

Conclusión

29. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales planteadas:

«1) a) Una legislación nacional que impone a las empresas contempladas en el apartado 1 del artículo 90, encargadas de la realización o de la organización de operaciones portuarias, la obligación de recurrir, para dichas operaciones, a trabajadores portuarios que posean la nacionalidad del Estado miembro de que se trate, es incompatible con las disposiciones del apartado 1 del artículo 90, consideradas en relación con las de los artículos 7 y 48, o con las de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y no puede estar justificada ni por razones de orden público o de seguridad pública, ni en virtud de empleos en la administración pública o del ejercicio del poder público. Las disposiciones del apartado 1 del artículo 90, en relación con las disposiciones citadas del Tratado, poseen efecto directo.

b) Una legislación nacional que incita, obliga o conduce inevitablemente a una empresa contemplada en el apartado 1 del artículo 90 a explotar de manera abusiva una posición dominante que ocupa en una parte sustancial del mercado común, o a ejercer una práctica concertada con otra empresa, abuso o práctica que consiste, por lo que respecta a operaciones portuarias solicitadas o no, y a veces ni siquiera realizadas, en aplicar precios u otras condiciones no equitativas, o en restringir los mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los usuarios, o también en aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en detrimento de terceros contratantes, es incompatible con las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 en relación con las de los artículos 86 u 85 del Tratado CEE.

Consideradas en relación con estas disposiciones, las del apartado 1 del artículo 90 tienen efecto directo.

2) Las empresas encargadas de la realización o de la organización de operaciones portuarias, por las que se entiende las operaciones de carga, descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías en el puerto, normalmente no pueden considerarse como empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE, es decir, de servicios que benefician directamente a la colectividad. Corresponde al Juez nacional determinarlo concretamente. En caso de que el

Juez nacional llegase a una conclusión diferente, incumbe a las empresas interesadas demostrar ante el Juez nacional, si pretenden invocar la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90, cuál es la naturaleza exacta de las necesidades de interés general que les obliga a actuar en contra de los artículos 7, 85 y 86 del Tratado CEE. Sólo cuando este último dato puede ser demostrado ante el Juez nacional y cuando además puede demostrarse, llegado el caso tras haber contactado a la Comisión, que también se cumple el requisito mencionado en la última frase del apartado 2 del artículo 90, procede considerar que una legislación nacional, como la descrita más arriba en las letras a) y b) del punto 1, no es, a pesar de todo, contraria al apartado 1 del artículo 90 en relación con alguna de las disposiciones del Tratado mencionadas más arriba en las letras a) y b) del punto 1.»