CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 10 de diciembre de 1996 *

Indice

I — Observaciones preliminares ..... I - 1550

II — Marco jurídico ..... I - 1550

A — Disposiciones comunitarias ..... I - 1550

B — Legislación nacional ..... I - 1551

III — Hechos ..... I - 1553

IV — Cuestiones prejudiciales ..... I - 1554

V — Respuestas a las cuestiones prejudiciales ..... I - 1555

A — Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales ..... I - 1555

B — Sobre el fondo ..... I - 1556

1) En lo relativo a si SEPG constituye una empresa ..... I - 1557

a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ..... I - 1558

b) Carácter económico o no económico de la actividad ejercida por SEPG ..... I - 1562

c) La protección preventiva del medio ambiente como actividad de los poderes públicos ..... I - 1565

2) La cuestión de si SEPG infringió el artículo 86 y el apartado 2 del artículo 90 del Tratado ..... I - 1568

a) Respuesta a la primera cuestión prejudicial: sobre la delimitación del mercado de referencia y si SEPG ocupa una posición dominante ..... I - 1569

b) Respuesta a la segunda cuestión prejudicial: la explotación abusiva de posición dominante ..... I - 1572

i) Infracción de la letra a) del párrafo segundo del artículo 86 ..... I - 1573

ii) Infracción de la letra c) del párrafo segundo del artículo 86 ..... I - 1574

iii) Infracción de la letra d) del párrafo segundo del artículo 86 ..... I - 1574

* Lengua original: griego.

c) Respuesta a la tercera cuestión prejudicial: el perjuicio del comercio entre los Estados miembros ..... I - 1575

3) La cuestión de si SEPG es una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general ..... I - 1576

VI — Conclusión ..... I - 1579

I — Observaciones preliminares

1. El Tribunale di Genova ha planteado a este Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, varias cuestiones prejudiciales relativas a la compatibilidad con la legislación comunitaria del monopolio constituido por la autoridad portuaria, del que disfruta una empresa portuaria, en el ámbito de la prestación de servicios de vigilancia/intervención contra la contaminación del puerto de Génova.

2. El asunto presente exige examinar en qué medida son compatibles con el artículo 86 del Tratado los diversos servicios obligatorios que prestan los puertos de los Estados miembros. Asimismo, presenta determinadas semejanzas con la anterior petición de decisión prejudicial del mismo órgano jurisdiccional sobre la cual el Tribunal de Justicia dictó la sentencia de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova [1] (en lo sucesivo, «sentencia Merci»), por lo que respecta tanto al marco jurídico nacional como a la organización de las actividades en el puerto de Génova.

3. Por otra parte, tiene importancia ya que, a mi juicio, da al Tribunal de Justicia una oportunidad para dilucidar hasta qué punto la protección del medio ambiente constituye una actividad comprendida en el núcleo de las actividades de los poderes públicos y, por tanto, hasta qué punto un organismo cuya atribución básica es la prevención de la contaminación ejerce una actividad que constituye también una misión del Estado.

II — Marco jurídico

A — *Disposiciones comunitarias*

4. En el artículo 86 del Tratado se prohíbe, por ser incompatible con el mercado común, la explotación abusiva de posiciones dominantes, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Su tenor es el siguiente:

«Será incompatible con el mercado común y quedará 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.

1 — Asunto C-179/90, Rec. p. I-5889.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) [...]

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

5. El artículo 90 del Tratado dispone lo siguiente:

«1. 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 presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente 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. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. [...]»

B — *Legislación nacional*

6. La gestión del puerto de Génova la realiza un organismo público, el Consorzio autonomo del porto [2] (en lo sucesivo, «CAP»), al que se confiaron, por disposición legal, funciones tanto administrativas como económicas inherentes a la gestión de dicho puerto.

7. Mediante Resolución (ordinanza) nº 14, de 1 de julio de 1986, el Presidente del CAP

2 — A partir del 30 de diciembre de 1994, el CAP fue sustituido, con arreglo a la Ley nº 84, de 28 de enero de 1994, de modificación de la legislación portuaria, por la Autorità portuale (Autoridad Portuaria).

aprobó el Reglamento de Policía Portuaria y de Seguridad del Porto petroli di Genova-Multedo, es decir, de la terminal petrolera del puerto de Génova (en lo sucesivo, «Porto petroli»).

8. La Resolución (ordinanza) nº 32 del Presidente del CAP, de 23 de julio de 1991, modificó dicho Reglamento, creando un servicio obligatorio de vigilancia e intervención rápida destinado a proteger el dominio marítimo del puerto contra la eventual contaminación como consecuencia de vertidos de hidrocarburos.

9. Mediante Resolución (decreto) nº 1186 del Presidente del CAP, de 30 de agosto de 1991, dicho servicio fue encomendado, mediante concesión exclusiva, a la empresa Servizi ecologici porto di Genova SpA (en lo sucesivo, «SEPG»).

10. De conformidad con el artículo 1 de la Resolución nº 32 del Presidente del CAP, a SEPG le fueron atribuidas las siguientes competencias:

a) la vigilancia continua de las aguas, con ocasión del atraque y arribada de buques cisterna en los muelles, con objeto de detectar inmediatamente los eventuales riesgos de vertidos de hidrocarburos y otras sustancias contaminantes derivados de comportamientos dolosos o culposos.

b) en caso de contaminación, sea procedente de un buque o de tierra firme, acaecida durante la carga y descarga o en cualquier otra circunstancia posible:

1) la denuncia inmediata del hecho a las autoridades competentes, acompañada de la comunicación de toda la información útil para la apreciación del suceso;

2) la ejecución oportuna, por cuenta del responsable de la contaminación, de todas las intervenciones necesarias o convenientes para contener los vertidos y los riesgos inherentes a los mismos y para proceder a la retirada y/o neutralización de las sustancias vertidas, así como al saneamiento completo de las aguas afectadas.

11. Mediante Resolución (decreto) nº 1191 del Presidente del CAP, de 30 de agosto de 1991, se aprobó la tarifa aplicable por parte de SEPG en la prestación de los servicios de que se trata a los buques que hagan uso de las instalaciones del Porto petroli, en función de su arqueo y de las cantidades transportadas, así como de la duración exigida de las intervenciones, siempre que efectivamente se lleven a cabo. De conformidad con dicha resolución, se impuso a todo buque, con ocasión de la utilización de la terminal del Porto petroli para la carga o descarga de productos petrolíferos y petroquímicos, con independencia de su lugar de procedencia y nacionalidad, la obligación de pago de los importes cargados en las facturas que expide SEPG en concepto de los servicios de prevención de la contaminación/anticontaminación.

12. Sin embargo, las mencionadas resoluciones del Presidente del CAP no contemplaban la aplicación de la tarifa a la empresa portuaria SpA Porto petroli, encargada por el CAP de la realización de las operaciones técnicas de carga y descarga de productos petrolíferos, químicos y petroquímicos en el Porto petroli.

III — Hechos

13. La sociedad italiana Diego Calì & Figli Srl (en lo sucesivo, «Calì»), dedicada al transporte marítimo de productos petroquímicos por cuenta de terceros mediante buques cisterna, utilizó en diversas ocasiones, entre 1992 y 1994, los muelles Oeste 2 y Oeste 3 del Porto petroli, [3] para efectuar operaciones de descarga de acetona. [4]

14. En el área del Golfo de Liguria no existen otras terminales para la carga y descarga de productos químicos y petroquímicos. [5]

15. Las operaciones materiales de carga y descarga no las llevó a cabo Calì, sino la empresa portuaria SpA Porto petroli di Genova. No obstante, los buques de Calì estaban equipados con sus propios instrumentos y sistemas anticontaminación.

16. SEPG envió a Calì facturas por un importe total de 8.708.928 LIT, en concepto de retribución de los «servicios prestados» por la primera a la segunda. Calì se negó a pagar los importes justificados, argumentando que en ningún momento había solicitado a SEPG la prestación de servicio anticontaminación alguno en el puerto de Génova.

3 — El órgano jurisdiccional remitente explica que los muelles Oeste 2 y Oeste 3 están exclusivamente destinados a la carga y descarga de productos petroquímicos y químicos, mientras que los muelles Alfa, Beta, Gama y Delta del Porto petroli se destinan a los productos petrolíferos.

4 — Como explica la Comisión (apartado 9 de sus observaciones escritas presentadas a este Tribunal), la acetona, de conformidad con la normativa comunitaria pertinente, es un producto químico peligroso, en razón de su inflamabilidad, aunque no contaminante para el medio marino.

5 — Como destaca la Comisión (apartado 7 de sus observaciones escritas), el Porto petroli de Génova, debido a su situación estratégica y a su gran tráfico de productos, por su proximidad a la importante zona industrial del noroeste de Italia, es el principal puerto italiano. De acuerdo con los datos que cita la Comisión, durante el año 1993, su tráfico de productos petrolíferos y químicos representó más del 50 % de los movimientos comerciales registrados en el Golfo de Génova. En concreto, ascendió a 23.830.000 toneladas de un total de 43.225.000 toneladas. La Comisión detalla que el volumen del tráfico de productos del puerto de Génova superó sensiblemente el volumen total del tráfico de productos del mismo sector registrado, en conjunto, en los puertos de La Spezia, Livorno y Savona. Por último, subraya que el Porto petroli de Génova es el primer puerto italiano por su volumen de tráfico de productos petrolíferos, que representa el 15 % del volumen total de productos petrolíferos que circulan en el mercado nacional. Según Calì, en 1995, más del 50 % del tráfico de productos del Golfo de Génova estuvo constituido por productos petrolíferos, químicos y petroquímicos. Más concretamente, circularon 27.417.550 toneladas de productos petrolíferos y 1.387 toneladas de los correspondientes residuos, así como 745.553 y 622 toneladas, respectivamente, de productos y residuos químicos.

17. El 22 de diciembre de 1994, SEPG obtuvo del Presidente del Tribunale di Genova una resolución judicial contra Calì, por el que se le ordenaba pagar los importes antes mencionados.

IV — Cuestiones prejudiciales

18. En el marco del procedimiento de oposición a dicho mandamiento de pago, iniciado por la sociedad Calì, el Tribunale di Genova, mediante resolución de 12 de octubre de 1995, presentó al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, tres cuestiones:

«1) ¿Existe una "posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo" en caso de que una sociedad anónima, constituida por iniciativa de una Autoridad Portuaria nacional, reciba el encargo de desarrollar y efectivamente desarrolle, sobre la base de una concesión administrativa otorgada por dicha Autoridad, la tarea de gestionar en exclusiva, en el ámbito de un sector operativo portuario especializado en la carga y descarga de productos petrolíferos, un servicio de "vigilancia anticontaminación", aplicando a los usuarios de dicho servicio, es decir, a los buques que atracan en los muelles para efectuar dichas operaciones, la correspondiente tarifa, determinada unilateralmente por la Autoridad Portuaria en función del arqueo del buque y de la cantidad de producto desembarcado o embarcado?

2) Habida cuenta de la situación descrita en la primera cuestión y ante una situación de posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, ¿constituye explotación abusiva de dicha "posición dominante", con arreglo al artículo 86 y, en particular, a las letras a), c), d) y a las correspondientes "prácticas", la imposición, por parte de una empresa que tiene la concesión exclusiva del servicio (aunque con arreglo a disposiciones del ente concedente), de tarifas:

— obligatorias e independientes de la prestación de un servicio efectivo de vigilancia y/o intervención, por el mero hecho de atracar en un amarre del puerto petrolero y de efectuar operaciones de carga y descarga de productos tanto petrolíferos como químicos y petroquímicos según lo dispuesto en el contrato regulador;

— cuyo importe se calcula exclusivamente en función del arqueo de los buques y de las cantidades transportadas, así como, para las intervenciones en sentido estricto, de la duración de las mismas, pero no en función de la naturaleza, calidad y capacidad contaminante del producto;

— que, por gravar exclusivamente el buque (sujeto pasivo de la carga y descarga), afectan a un sujeto distinto de aquellos a quienes corresponde ejecutar las operaciones técnicas necesarias (en este caso, SpA Porto Petroli di Genova y los

expedidores-destinatarios de los productos), con la consiguiente e inevitable separación entre la responsabilidad por la eventual contaminación y la asunción del coste del servicio anticontaminación;

— que corresponden a un servicio innecesario para el buque, debido a la naturaleza del producto transportado y/o al hecho de estar dotado el buque de instrumentos y sistemas anticontaminación propios, adecuados al tipo de producto que se carga o descarga;

— que imponen al buque la carga de una prestación patrimonial y el correspondiente coste adicional respecto a aquellos previstos por el contrato de atraque celebrado entre el transportista y la sociedad que gestione el muelle, y que no tiene ningún nexo funcional con el objeto del propio contrato?

3) En el caso de que los supuestos descritos en las cuestiones primera y segunda constituyan explotación abusiva de una posición dominante por parte de una empresa con arreglo al artículo 86 del Tratado, ¿puede tal situación afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión?»

V — Respuestas a las cuestiones prejudiciales

A — *Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*

19. En el marco del procedimiento de oposición contra el mandamiento de pago, Calì sostuvo que la respuesta a su pretensión se basaba en dos supuestos alternativos, el segundo de los cuales hacía necesario proceder a la interpretación del artículo 86 del Tratado.

20. En concreto, según Calì, si el Tribunale admitiese que las disposiciones del CAP han de ser interpretadas en el sentido de que se aplican exclusivamente a los buques que realizan operaciones de carga y descarga de productos petrolíferos en el Porto petroli, y que no se refieren a los buques que realizan operaciones análogas con productos petroquímicos, la remisión de las cuestiones prejudiciales no sería necesaria para la solución del litigio pendiente. Por el contrario, ello sería indispensable si el Tribunale admitiese que la tarifa relativa a la prestación de servicios por SEPG a los buques que utilizan las instalaciones del Porto petroli se aplica, indiscriminadamente, a todos los buques que atracan en el mismo, ya realicen operaciones de carga y descarga de productos petrolíferos, ya de productos petroquímicos.

21. Asimismo, el Gobierno del Reino Unido sostiene que si el Juez nacional no resolviera dicha importante cuestión referente al Derecho nacional, no sería necesaria la remisión a

este Tribunal de Justicia, ya que ello significaría que el Tribunal de Justicia debería pronunciarse sobre un problema de naturaleza hipotética, en relación con lo cual se invoca la jurisprudencia Meilicke. [6]

22. Según mi parecer, no cabe acoger los argumentos esgrimidos por Calì y el Gobierno del Reino Unido. Puesto que, conforme a una jurisprudencia reiterada, los órganos jurisdiccionales nacionales, que son los únicos que tienen conocimiento directo de los hechos del asunto, están en condiciones de apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una resolución prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia. [7] Asimismo, este Tribunal ha destacado repetidamente que la facultad de apreciación de que dispone el órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al artículo 177 del Tratado, «abarca asimismo la cuestión de determinar en qué fase del procedimiento debe remitirse al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial». [8]

23. Habida cuenta de la jurisprudencia antes referida y dado que el Tribunal debe «disponer de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas», [9] las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale no pueden considerarse carentes, de manera obvia, de importancia para la solución del litigio del que conoce. [10] En consecuencia, «siempre que la invocación del texto de que se trate no sea manifiestamente errónea», el Tribunal debe proceder al examen de las cuestiones prejudiciales. [11]

B — *Sobre el fondo*

24. Mediante las cuestiones planteadas con carácter prejudicial, el Juez nacional solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si, con arreglo al artículo 86 del Tratado, SEPG está incursa en explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, que pueda afectar al comercio intracomunitario.

25. La primera cuestión que debe dilucidarse es, sin duda, la que versa sobre si SEPG es, en efecto, una empresa, conforme a las normas comunitarias sobre la competencia, y, si la respuesta a la misma fuese afirmativa, a continuación, deberá determinarse el mercado en el cual procede examinar si SEPG ocupa una posición dominante.

6 — Sentencia de 16 de julio de 1992 (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartados 29 a 32.

7 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, Rec. p. I-4785), apartado 25. Véanse, asimismo, las sentencias de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Rec. p. 2347), apartado 25, y de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), apartado 10.

8 — Véanse, a título indicativo, la sentencia de 27 de junio de 1991, Mecanarte (C-348/89, Rec. p. I-3277), apartado 48, y las anteriores sentencias de 10 de marzo de 1981, Irish Creamery y otros (asuntos acumulados 36/80 y 71/80, Rec. p. 735), apartados 5 y ss., y de 21 de abril de 1988, Pardini (338/85, Rec. p. 2041), apartado 8.

9 — Sentencia Meilicke, citada en la nota 6 *supra*, apartado 32.

10 — Véase, asimismo, la sentencia de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X (14/86, Rec. p. 2545), apartado 16.

11 — Sentencia de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. pp. 661 y ss., especialmente p. 672).

1) *En lo relativo a si SEPG constituye una empresa*

26. Según el Gobierno alemán y Calì, SEPG es una empresa que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, con arreglo a la jurisprudencia Merci [12] y Corsica Ferries. [13]

27. Calì sostiene que la relación entre CAP, organismo público que otorgó la concesión, y SEPG es de carácter administrativo, mientras que la existente entre esta última y los usuarios del Porto petroli constituye un contrato forzoso puesto que se debe no a la libre voluntad de las partes contratantes sino a una orden de la autoridad portuaria, el CAP, que obliga al transportista contratante a recurrir a los servicios de vigilancia para la prevención de la contaminación prestados por SEPG.

28. Según el Gobierno italiano, la finalidad y el objeto del servicio gestionado en régimen de concesión exclusiva por SEPG demuestran que se trata de una actividad totalmente diferente de los servicios portuarios que condujeron al planteamiento de las cuestiones remitidas en los asuntos Merci y Corsica Ferries, puesto que se refiere a la vigilancia anticontaminación y persigue la seguridad del puerto, a fin de proteger el medio marino (apartado 3 de sus observaciones escritas).

29. SEPG sostiene que, con los servicios de vigilancia y prevención de la contaminación en el Porto petroli, de los que disfrutan todos los buques que atracan en el mismo, se encarga de la seguridad «pasiva», como la define, del puerto, así como de la seguridad de la región de Génova, densamente poblada y próxima al mismo, y la de las regiones limítrofes, en las que existe un desarrollado sector turístico. Por otra parte, cabe interponer un recurso administrativo contra los actos por los que se determinan las cantidades obligatoriamente exigidas, mediante la expedición de las correspondientes facturas, a los buques que atracan en el puerto. Por lo que respecta a la prestación, en caso de accidente, de servicios concretos para hacer frente a la contaminación, se afirma que no concurre la obligatoriedad, debido a que dichos servicios pueden confiarse a la empresa que lo desee, por cuenta de los causantes de la contaminación, cuando sean conocidos.

30. Por tanto, es necesario esclarecer si SEPG, en lo referente a la actividad de prevención anticontaminación en el Porto petroli, que constituye su actividad fundamental, de cuyo ejercicio, con la expedición de las correspondientes facturas, trae causa el presente litigio, ejerce una actividad económica y, en consecuencia, está sometida, como sostienen el Gobierno alemán, la Comisión y Calì, a las normas sobre la competencia. La otra posibilidad consistiría en considerar que la referida actividad de SEPG está relacionada con el ejercicio de prerrogativas de la autoridad pública, como señalan en sus

12 — Sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*.

13 — Sentencia de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783).

observaciones el Gobierno francés y SEPG, posibilidad que, por lo demás, tampoco omitió señalar la Comisión en sus observaciones escritas.

31. En primer lugar, examinaré la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia referente a qué entidades constituyen empresas, según el Derecho comunitario de la competencia, y, acto seguido, pasaré a examinar el fondo de la cuestión relativa a si SEPG es o no una empresa.

a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

32. La cuestión de qué entidades están comprendidas en el concepto de empresa, de modo tal que queden sujetas a las normas comunitarias sobre la competencia, ha ocupado en bastantes ocasiones a este Tribunal de Justicia. Así, ha declarado que «el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». [14] Es decir, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, el concepto de empresa se interpreta siempre de forma amplia. En consecuencia, constituye una *conditio sine qua non* dilucidar si la actividad de un organismo o administración representa el ejercicio de la autoridad pública o de una actividad económica de carácter industrial o comercial, que puede «ejercerse, al menos en principio, por una empresa privada y con ánimo de lucro». [15]

33. Los ejemplos existentes en la jurisprudencia son bastantes. Así, en el asunto Höfner y Elser, el Tribunal de Justicia consideró que el Bundesanstalt für Arbeit alemán era una empresa, debido a que dicha oficina pública ejerce, como entidad separada, una actividad económica en el ámbito de la colocación. [16]

34. En el asunto Merci, [17] referente a la organización, por cuenta de terceros, de las operaciones portuarias en lo que respecta a las mercancías convencionales en el puerto de Génova por parte de una empresa portuaria concreta, y a la ejecución de dichas operaciones por parte de una compañía de trabajadores portuarios concreta, no se puso en tela de juicio que se trataba de entidades que ejercían una actividad económica. El Tribunal de Justicia declaró que las entidades de referencia debían ser consideradas como empresas a las que el Estado ha concedido derechos exclusivos, en el sentido del apartado 1 del artículo 90 del Tratado. Asimismo, declaró

14 — Véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21.

15 — Véase el punto 9 de las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43).

16 — En particular, en dicha sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 14 *supra*, relativa a un organismo público de empleo que ejerce actividades de intermediación en el sector de la colocación de personal, el Tribunal de Justicia admitió que dicho organismo puede calificarse como empresa y precisó que, en el contexto del Derecho de la competencia, «la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica». Explicó (apartado 22): «La circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de estas actividades. Las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos.» Concluyó (apartado 23) que semejante entidad «puede calificarse de empresa a efectos de aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia.»

17 — Asunto C-179/90, citado en la nota 1 *supra*.

que dichas empresas y/o compañías no pueden considerarse «encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado. [18]

35. En la sentencia Corsica Ferries, [19] referente al mercado de servicios obligatorios de práctico en el Porto petroli de Génova, servicios garantizados por la Corporación de prácticos del puerto de Génova (Corporazione dei piloti del porto di Genova), cuyo carácter de empresa no se discutió, el Tribunal de Justicia declaró, al igual que en la sentencia Merci, que «los poderes públicos [habían] conferido a la Corporación [...] el derecho en exclusiva a prestar los servicios obligatorios de práctico en el Puerto de Génova», [20] a efectos del apartado 1 del artículo 90.

36. En el asunto SAT Fluggesellschaft, [21] el Tribunal de Justicia, con objeto de apreciar si las actividades de dicha organización, a la que se encomendó, en particular, la organización de los servicios de navegación aérea en el espacio aéreo de las partes contratantes, constituían actividades a efectos de los artículos 86 y 90 del Tratado, tras examinar la naturaleza, el objeto y las normas por las que se rigen sus actividades, [22] llegó a la conclusión de que no constituía una empresa a efectos de los mencionados artículos.

37. El Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: [23] «Tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado.» [24] Asimismo, consideró que la percepción de las tarifas de ruta estaba comprendida en el mismo conjunto de las restantes actividades de Eurocontrol. [25] No entró a examinar si, exclusivamente en el marco de la actividad de percepción de las tarifas de ruta, que dio

18 — Sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*, apartado 28.

19 — Citada en la nota 13 *supra*.

20 — Apartados 39 y 42.

21 — Citado en la nota 15 *supra*. El litigio al que se refería dicho asunto fue entablado por Eurocontrol ante los órganos jurisdiccionales belgas y se refería a la recaudación de las tarifas de ruta adeudadas por una compañía de navegación aérea (SAT Fluggesellschaft) por los vuelos que habían efectuado durante un determinado período de tiempo.

22 — Entre las funciones que le habían sido encomendadas se encontraba también, en particular, la percepción de las tarifas que deben abonar los usuarios de los servicios de la navegación aérea, por cuenta de las partes contratantes y de los Estados terceros que se adhirieron al Acuerdo de que se trataba (el Convenio firmado en Bruselas el 13 de diciembre de 1960, modificado), incluso necesariamente, utilizando para ello los medios adecuados, de conformidad con el Acuerdo multilateral relativo a las tarifas de ruta. El objeto del Acuerdo era, precisamente, la creación de un sistema común de definición de criterios y de percepción de las tarifas de ruta debidas por los vuelos realizados en el espacio aéreo de los Estados contratantes.

23 — Sentencia SAT Fluggesellschaft, citada en la nota 15 *supra*, apartado 30.

24 — Por otra parte, si bien el Tribunal de Justicia no dio una definición del concepto de poder público o autoridad pública, sigue siendo clásica la definición que dio el Abogado General Sr. Henri Mayras en sus conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 21 de junio de 1974, Jean Reyners (2/74, Rec. pp. 317 y ss., especialmente p. 339), a saber: «La autoridad pública es aquella que deriva de la soberanía, del *imperium* del Estado; implica, para quien la ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público, poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos. Por tanto, el desempeño de actividades que estén relacionadas con el ejercicio de esta autoridad sólo puede proceder del mismo Estado, directamente o por delegación a favor de determinadas personas, incluso ajenas a la Administración pública.» Véanse, asimismo, los puntos 22 y 23 de las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Höfner y Elser, citado en la nota 14 *supra*.

25 — Apartado 28; véase, asimismo, el apartado 30.

lugar al procedimiento principal, Eurocontrol era una empresa con carácter de monopolio fiscal a efectos del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. [26]

38. Procede señalar que en el asunto antes mencionado (SAT Fluggesellschaft) el Tribunal de Justicia se atuvo a las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro, quien destacó que «el ejercicio de funciones que implican el ejercicio de la autoridad pública por parte de una entidad sólo puede evitar la aplicación de las normas sobre competencia al conjunto de las actividades ejercidas por dicha entidad cuando tales funciones constituyen un elemento inseparable del conjunto de la actividad de que se trate», concluyendo que «en el caso de autos los servicios prestados (control, radar, informaciones meteorológicas, servicios de alerta) constituyen un todo indisociable». Asimismo, añadió que «la actividad de control aéreo constituye un monopolio natural en el espacio en el que se ejerce, respecto a la cual una competencia entre dos organismos no sólo es no deseable sino que de hecho tampoco sería posible». [27] Por otra parte, señaló [28] que es incompatible con la calificación de una entidad como empresa el ejercicio de una actividad que implica el ejercicio de prerrogativas del poder público, con la consecuencia de que una entidad que actúa investida de la autoridad pública no está sometida a las normas sobre la competencia del Tratado. Y concluyó que se trata «de un servicio público que es ajeno a cualquier idea de explotación comercial con fin lucrativo: lo cual no es incompatible, en su caso, y con la misma eficacia, con el propósito de una gestión económica de la actividad de que se trata».

39. Por otra parte, en la sentencia Poucet, [29] el Tribunal de Justicia declaró que las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social no ejercen una actividad económica sino una «función de carácter exclusivamente social», debido a que dicha actividad está sujeta al control del Estado, [30] «se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa». Además, «las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones». [31] Destacó que dichos regímenes de Seguridad Social «se basan en un sistema de afiliación obligatoria, que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes». [32] Asimismo, declaró que, en el desempeño de su misión, las referidas entidades «se limitan a aplicar la ley y, por lo tanto, no tienen

26 — A este respecto, véase, asimismo, la anterior sentencia de 14 de octubre de 1976, LTU (29/76, Rec. p. 1541), apartados 4 y 5.

27 — Punto 13 de las conclusiones en el asunto SAT Fluggesellschaft, citado en la nota 15 *supra*.

28 — Punto 9 de sus conclusiones.

29 — Sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637; en lo sucesivo, «Poucet»).

30 — Apartado 14. Algo similar señaló asimismo el Abogado General Sr. Jacobs en el punto 64 de sus conclusiones en los asuntos en los que recayó la sentencia de 14 de diciembre de 1995, van Schijndel y van Veen (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), referentes a la calificación jurídica como empresa de un fondo profesional de pensiones, si bien el Tribunal no se pronunció finalmente sobre dicha cuestión.

31 — Sentencia Poucet, citada en la nota 29 *supra*, apartado 18; véase, asimismo, el apartado 8. En la sentencia de 16 de noviembre de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance y otros (C-244/94, Rec. p. I-4013), el Tribunal de Justicia consideró que es una empresa a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado una entidad encargada de la gestión de un régimen complementario de Seguro de Vejez que funciona de acuerdo con el principio de capitalización, ya que las cotizaciones se invierten en el mercado monetario, abonándose posteriormente las prestaciones en forma de renta vitalicia, y no de capital. En efecto, el Tribunal de Justicia (apartado 12) declaró que dicha entidad, aun cuando no persiga fines lucrativos, que gestiona un régimen establecido por la ley con carácter voluntario y funciona con sujeción a normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, presenta determinados elementos de solidaridad (apartados 19 y 20), mientras que las prestaciones que concede dependen exclusivamente de la cuantía de las cotizaciones, es una empresa a efectos de los artículos 85 y ss. del Tratado.

32 — Sentencia Poucet, citada en la nota 29 *supra*, apartado 13.

ninguna posibilidad de influir en la cuantía de las cotizaciones, la utilización de los fondos o la determinación del nivel de las prestaciones». [33]

40. Procede señalar que este Tribunal de Justicia, a la hora de pronunciarse sobre si una actividad es o no económica, analiza su naturaleza, con independencia de la entidad que la ejerza. Así, se admite que [34] «el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado», [35] y que para calificar una actividad como empresa pública es irrelevante la falta de personalidad jurídica distinta de la del Estado. Por otra parte, el Tribunal de Justicia aclaró que «con objeto de poder efectuar una distinción semejante, es necesario pues, en cada caso, examinar las actividades ejercidas por el Estado, y determinar a qué categoría corresponden dichas actividades». [36]

41. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, principalmente, de las sentencias Eurocontrol y Poucet se desprende que no constituyen empresas y, por tanto, quedan plenamente fuera del ámbito del Derecho comunitario de la competencia, determinadas entidades, órganos de una política de interés público (general), que ejercen prerrogativas de los poderes públicos, es decir, que ejercen una actividad específica de la autoridad pública o funciones de carácter exclusivamente social.

42. Para llegar a dichas conclusiones, el Tribunal de Justicia examinó, básicamente, la naturaleza de las actividades ejercidas, es decir, si son económicas o no, y si pueden ser realizadas, en principio, por una empresa privada con ánimo de lucro. Asimismo, examinó su objeto y las normas por las que se rigen. [37] Por otra parte, el Tribunal de Justicia apreció simultáneamente una serie, un haz de indicios que, por sí solos, no bastan para excluir el carácter económico de una actividad y su no sujeción a las normas sobre la competencia. En concreto, el Tribunal de Justicia apreció al mismo tiempo en qué medida la entidad cuyas actividades se examinan funciona con sujeción a las normas establecidas por las autoridades administrativas, si, en particular, posee la potestad de influir en el nivel de las contraprestaciones exigidas a cambio de los servicios prestados a los usuarios, y en qué medida tiene fines lucrativos.

33 — Sentencia Poucet, citada en la nota 29 *supra*, apartado 15.

34 — Véase la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (118/85, Rec. p. 2599), apartado 7, en la que el Tribunal de Justicia declaró que constituía una empresa pública la Administración Autónoma de Monopolios del Estado italiano (amministrazione autonoma dei monopoli di Stato), la cual, pese a carecer de personalidad jurídica distinta de la del Estado, participaba en la actividad económica mediante la oferta, en el sector de los tabacos manufacturados, de bienes y servicios en el mercado.

35 — Por ejemplo, en la sentencia de 11 de julio de 1985, Comisión/Alemania (107/84, Rec. p. 2655), especialmente apartados 14 y 15, el Tribunal de Justicia señaló que sólo una parte de las actividades postales ejercidas por organismos de Derecho público pueden considerarse actividades de la autoridad pública en el sentido estricto de dicho término.

36 — Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, citada en la nota 34 *supra*, apartado 7. Véase, asimismo, la sentencia de 27 de octubre de 1993, Taillandier (C-92/91, Rec. p. I-5383), apartado 14. Además, en la sentencia de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (41/83, Rec. p. 873), apartado 20, este Tribunal de Justicia consideró que las normas adoptadas por British Telecom, haciendo uso de la potestad reglamentaria que le había sido reconocida por disposición legal, deben considerarse parte integrante de su actividad empresarial.

37 — Véanse la sentencia SAT Fluggesellschaft, citada en la nota 15 *supra*, apartado 30, y la sentencia Poucet, citada en la nota 29 *supra*, apartado 18.

b) Carácter económico o no económico de la actividad ejercida por SEPG

43. Para empezar, es necesaria una aclaración. A mi entender, el cobro de las cantidades por SEPG, que dio origen al litigio pendiente, forma parte del conjunto de sus actividades de vigilancia de la zona marítima del puerto; por esta razón, pasaré a examinar conjuntamente en qué medida constituye, en relación con dichas actividades, una empresa con arreglo al Derecho comunitario de la competencia. [38]

44. Por lo que respecta a si la actividad ejercida por SEPG tiene o no carácter económico, tanto el Juez nacional en la resolución de remisión como SEPG, el Gobierno italiano y el Gobierno francés consideran que el fin básico de las actividades de SEPG para la prevención de la contaminación es la seguridad de los usuarios del Porto petroli, de los barrios próximos al puerto, densamente poblados, y, en general, de las zonas de Génova que lindan con el puerto y tienen un gran desarrollo turístico, así como la protección del medio ambiente del puerto y, en última instancia, la buena conservación del dominio público.

45. En mi opinión, la actividad de vigilancia anticontaminación en la zona del Porto petroli ejercida por SEPG no puede considerarse de carácter económico, lo que significa que dicha sociedad no puede considerarse una empresa con arreglo al Derecho comunitario de la competencia.

46. En concreto, el análisis de la naturaleza y objeto de las actividades de SEPG, conforme se establecen en el artículo 1 de la Resolución nº 32 del Presidente del CAP, consistentes en la vigilancia anticontaminación, es decir, la protección del medio ambiente del puerto y de la zona colindante con el mismo, conduce a clasificarlas en diversas categorías, en función de su objeto. Se trata, en primer lugar, de la protección de la zona marítima del Porto petroli, es decir, de la protección del dominio público, en interés del Estado y de sus ciudadanos; en segundo lugar, de la protección de los usuarios del Porto petroli frente a los eventuales riesgos de accidentes y, en tercer lugar, de la protección de las zonas próximas al Porto petroli, de sus habitantes y de las empresas establecidas en ellas,

38 — Por lo que respecta a la vertiente de las actividades de SEPG consistentes en efectuar intervenciones para neutralizar las consecuencias de eventuales contaminaciones del Porto petroli, caso de producirse un accidente ecológico, en especial debido al vertido de productos petrolíferos, químicos o petroquímicos, considero que la actividad de descontaminación de las aguas contaminadas es idónea para ser ejercida por un agente económico con personal especializado y medios adecuados. Es decir, tiene un marcado carácter económico y se rige por el principio «quien contamina paga», siempre y cuando se conozca su identidad.

que tienen un interés directo en que se evite cualquier eventual accidente ecológico debido al atraque de buques cisterna.

47. La actividad de vigilancia anticontaminación en el Porto petroli que ejerce SEPG responde a la necesidad esencial de seguridad tanto de los usuarios del Porto petroli como de los habitantes de las zonas que lindan con el mismo. Dicha actividad, además de tener por objeto la protección del medio ambiente, cuestión esta de la que me ocuparé a continuación, está directamente relacionada con la policía de la zona marítima del Porto petroli, cuando no equivale a la misma, y, a mi juicio, esa función debe ser ejercida por una autoridad pública, con independencia de la forma jurídica que elija para su organización y gestión. Por consiguiente, la entidad jurídica a la que se encomendaron dichas funciones no puede considerarse una empresa, con arreglo al artículo 86, y huelga pues examinar la cuestión de si se trata de una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, a efectos del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. [39]

48. Además de lo que antecede, en mi opinión, este Tribunal de Justicia debe reconocer expresamente que el ejercicio por SEPG de las funciones antes referidas, a saber, la protección preventiva del medio ambiente, constituye una misión esencial del Estado. Es decir, una actividad consistente en la protección del medio marino (para evitar su contaminación), o, lo que es lo mismo, en la protección del medio ambiente, no puede constituir una actividad empresarial, sino que está comprendida en el núcleo de las actividades estatales.

49. A la luz del análisis precedente, soy del parecer de que no se concibe que la actividad de SEPG, relativa a la protección anticontaminación del Porto petroli, pueda ser ejercida en régimen de competencia, ya que ello pondría en peligro, o incluso anularía, la eficacia del mecanismo de protección tanto del medio ambiente del puerto como de la seguridad de los usuarios y los habitantes de las zonas próximas. Es decir, se trata de un servicio público sin relación alguna con cualquier idea de explotación comercial con ánimo de lucro. Además, el hecho de que se trata de un servicio prestado en interés de la colectividad se pone asimismo de manifiesto por la circunstancia de que dicha vigilancia ha de efectuarse, necesariamente, con independencia del pago por un buque concreto de los importes adeudados.

50. Otro elemento que me lleva a la conclusión de que la actividad de SEPG no tiene carácter económico reside en la circunstancia de que su gestión se inspira en principios de funcionamiento que no corresponden a los de una empresa privada, dado que, de conformidad con la Resolución nº 1191 del Presidente del CAP, el CAP aprueba unilateralmente las tarifas que debe aplicar SEPG por la prestación de sus servicios a los buques

39 — Ciertamente, que la prestación de dichos servicios entraña efectos favorables también desde el punto de vista económico. Como destaca el Gobierno italiano, incluso la mera creación de dicho servicio tuvo la consecuencia de permitir a los navieros conseguir mejores condiciones y primas más favorables de sus entidades aseguradoras.

que utilizan la terminal del Porto petroli. Es decir, SEPG no tiene la posibilidad de tomar decisiones autónomas, con independencia de la voluntad del CAP, y actúa, en efecto, por cuenta del mismo, sin verdaderas facultades de influir en la aprobación de las tarifas fijadas, [40] limitándose a determinar la cantidad adeudada en cada ocasión y al cobro de la misma.

51. Por último, según mi parecer, procede subrayar que, desde el momento en que se considera que el servicio pagado carece de carácter económico, debe también reconocerse el idéntico carácter a la actividad de cobro del mismo.

52. SEPG sostiene que la existencia de vínculo contractual entre ella misma y la sociedad Calì no es necesaria para exigir a esta última el pago de la factura, y que su obligación constituye la consecuencia última de la potestad tributaria del CAP. SEPG añade que debe reconocerse el carácter estrictamente fiscal de las cantidades fijadas en dichas facturas, expedidas, en concepto de los servicios de prevención de la contaminación que presta SEPG, a cargo de cada buque que utiliza las instalaciones del Porto petroli, y cuya percepción está comprendida en el ámbito de sus competencias.

53. Por otra parte, como expuso en la vista el representante del Gobierno italiano, dicha característica del servicio de prevención de la contaminación excluye la posibilidad de considerar que estemos en presencia de un mercado, ya que falta el elemento de la oferta y la demanda, puesto que el referido servicio se presta, con carácter general, en el Porto petroli, con independencia de la prestación de servicios concretos a los buques que atracan en el mismo, protege la pureza del medio acuático y proporciona vigilancia con el fin de evitar los riesgos de contaminación del mismo. En efecto, debe recordarse que SEPG no responde de un eventual accidente ante el buque, sino exclusivamente ante las autoridades portuarias de Génova. Esta circunstancia, según el Gobierno italiano, marca la diferencia entre el presente litigio y el caso de los servicios de práctico de puerto obligatorios, en el que, por el contrario, el práctico responde ante el buque de los eventuales accidentes que haya provocado como consecuencia de maniobras incorrectas.

54. A este respecto, desearía subrayar que en el caso concreto de las cantidades percibidas por SEPG en concepto de protección contra la contaminación de la zona marítima del Porto petroli, debe considerarse que

40 — En la sentencia SAT Fluggesellschaft, citada en la nota 15 *supra*, este Tribunal de Justicia destacó, por un lado, que dicha organización internacional «actúa [...] por cuenta de los Estados contratantes sin que verdaderamente pueda influir en el importe de las tarifas de ruta» (apartado 29) y, por otro, que: «Las tarifas se perciben por cuenta de los Estados, a quienes luego se les abonan, una vez deducida una fracción de la recaudación correspondiente a la aplicación de un "tipo administrativo" y destinada a cubrir los gastos de percepción de las tarifas» (apartado 23). En el asunto Poucet, citado en la nota 30 *supra*, el Tribunal de Justicia destacó asimismo que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social no tienen ninguna posibilidad de influir en la cuantía de las cotizaciones, la utilización de los fondos o la determinación del nivel de las prestaciones (apartado 15).

constituyen una carga fiscal, que adeuda el particular por la ventaja que ha recibido como consecuencia de una actividad administrativa ejercida principalmente en interés de la colectividad. [41]

c) La protección preventiva del medio ambiente como actividad de los poderes públicos

55. La concienciación acerca de los riesgos que en la actualidad amenazan al medio ambiente y las gravísimas catástrofes ecológicas que, ocasionalmente, se producen [42] en todo el planeta han sensibilizado y movilizado en todo el mundo no sólo a los ciudadanos, sino también a las entidades públicas y privadas, y a los propios Gobiernos, conduciendo a acciones concretadas en la adopción de medidas para la protección eficaz del mismo. Ello pone de manifiesto que la prevención de los accidentes ecológicos tiene, en efecto, una importancia fundamental, puesto que protege el interés general no sólo de las generaciones presentes sino también de las futuras. [43] En consecuencia, cabe sostener que el objetivo de protección del medio ambiente tiene un valor esencialmente preventivo. [44]

56. Del análisis del Tratado y del Derecho comunitario derivado se sigue, a mi juicio, la conclusión de que la protección del medio ambiente, especialmente en su forma preventiva, constituye una actividad de los poderes públicos, [45] que no cabe concebir fuera del núcleo de las actividades estatales. [46]

57. En el artículo 2 del Tratado se dispone expresamente que la Comunidad tendrá por misión promover, entre otros objetivos, un «crecimiento [...] que respete el medio ambiente». A tenor de la letra k) del artículo 3 del Tratado, para alcanzar sus fines, la acción de la Comunidad implicará «una política en el ámbito del medio ambiente». No

41 — Véase, asimismo, la argumentación análoga contenida en el punto 14 de las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto SAT Fluggesellschaft, citado en la nota 15 *supra*.

42 — Basta, a mi juicio, con recordar las gravísimas catástrofes ecológicas acaecidas ocasionalmente como consecuencia del vertido de productos petrolíferos, como, por ejemplo, en las costas de Bretaña y Escocia, fugas radioactivas (caso Chernóbil) o los vertidos de sustancias químicas peligrosas a la atmósfera (vertido de dioxina en Seveso).

43 — Esto fue destacado expresamente en la Declaración de Río de 1992 (principio 3) y, en 1987, en el Informe de la Comisión Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo, más conocido como informe Brundtland.

44 — Véase Mijail Declerí, vicepresidente del Consejo de Estado helénico, «Ο Δωδεκάδελτος του Περιβάλλοντος — Εγκόλπιο Βιωσίμου αναπτύξεως» («El dodecálogo del medio ambiente — Vademécum para un desarrollo viable»), publicado por A. N. Sácula, Atenas-Comotiní, 1996, en la serie «Νόμος και φύση — Βιβλιοθήκη Περιβαλλοντικού Δικαίου» (pp. 397 y ss.) (Derecho y Medio Ambiente — Biblioteca del Derecho del Medio Ambiente). El autor afirma que del conjunto de los textos relativos al medio ambiente, sean de Derecho internacional, comunitario o interno, se desprende un «principio del Orden Público Ecológico», como lo denomina, según el cual «el diseño, regulación y vigilancia del equilibrio entre los sistemas antropogénicos y los ecosistemas es, en principio, responsabilidad del Estado y se lleva a cabo bajo su responsabilidad» (pp. 67 y 119), «el mercado desempeña una función claramente complementaria» y la protección del medio ambiente «se proporciona con criterios científicos» (p. 119); por último, concluye que dicho principio «vincula a todos» (p. 67).

45 — A la misma conclusión se llega mediante el análisis de los textos internacionales en la materia y, en particular, de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente de 1972 (principios 17 y 18), la Declaración de Río de 1992 (principios *4*, *7* y 11), así como el Programa 21, de 1992, en la que se especificaron los principios de la Declaración de Río (véanse las orientaciones contenidas en el capítulo 8 [de la Sección 1], relativo a la integración orgánica de las cuestiones ambientales y de desarrollo en la adopción de decisiones); véase M. Declerís, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

46 — Ciertamente, ello no significa que la persecución duradera de dicho objetivo no exija la sensibilización y el acuerdo de todos los agentes interesados y de los ciudadanos.

considero concebible el respeto del medio ambiente y el diseño de una política en el ámbito del medio ambiente sin una vigilancia por parte de las autoridades competentes, que comprenda precisamente la prevención frente a eventuales agresiones con efectos nocivos para el medio ambiente.

58. El acrecentado interés en la protección del medio ambiente se pone asimismo de manifiesto por el hecho de que el Título XVI del Tratado (artículos 130 R a 130 T) esté integrado, en su totalidad, por disposiciones relativas al medio ambiente.

59. La disposición básica para la protección del medio ambiente es el artículo 130 R del Tratado, que tiene el siguiente tenor:

«[...]

2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los *principios de cautela y de acción preventiva,* en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

[...]» [47] (el subrayado es mío).

De conformidad con el artículo 130 T, las medidas de protección adoptadas por el Consejo en virtud del artículo 130 S «no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección», si bien deberán ser compatibles con el Tratado y notificarse a la Comisión. [48]

60. A mi entender, una serie de disposiciones del Derecho comunitario derivado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permiten sostener que la protección del medio ambiente y, en concreto, las actividades de supervisión y control de la aplicación efectiva de la legislación y las prácticas encaminadas a prevenir los accidentes que atentan contra el medio ambiente, constituyen actividades de los poderes públicos, es decir, de las autoridades públicas, dado que «la mejor política óptima (léase "la política óptima") de

47 — Los apartados 1 y 4 del artículo 130 R tienen el siguiente tenor:
«1. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:
— la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente;
— la protección de la salud de las personas;
— la utilización prudente y racional de los recursos naturales;
— el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.
[...]
4. En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes [...].
[...]»

48 — Es característico el apartado 1 del artículo 24 de la Constitución griega, en el que se dispone que «la protección del medio natural y del entorno cultural constituye una obligación del Estado. Para su preservación, el Estado está obligado a adoptar medidas específicas, tanto preventivas como represivas [...]».

medio ambiente ha de evitar, desde un principio, la creación de contaminación o de perturbaciones en vez de combatir sus efectos ulteriormente». [49]

61. Así, en relación con la Directiva 84/631/CEE del Consejo, [50] el Tribunal de Justicia ha declarado, [51] a propósito de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos, que «las autoridades nacionales afectadas tienen la facultad de formular objeciones y, por tanto, de prohibir un determinado traslado de residuos peligrosos [...], para hacer frente a los problemas relativos, por una parte, a la protección del medio ambiente y de la salud y, por otra parte, al orden y a la seguridad públicos». [52] Es decir, la protección del medio ambiente y la salud, así como el orden y la seguridad públicos, se invocan como razones legitimadoras de actividades específicas por parte de las autoridades nacionales. Por tanto, cabe considerar que se mencionan por ser actividades que corresponden a los poderes públicos. [53]

62. Otro argumento en apoyo de la tesis según la cual la prevención de los accidentes ecológicos se integra en las actividades de los poderes públicos se deduce del análisis de las disposiciones, por ejemplo, de la Directiva 93/75/CEE del Consejo. [54] Más concretamente, de conformidad con su tercer considerando, dicha Directiva creó un marco de información a las autoridades competentes, con objeto de que pudieran tomar las debidas precauciones con respecto a los buques que transportan mercancías peligrosas o contaminantes que entren o salgan de los puertos marítimos de la Comunidad. Del conjunto de las disposiciones de la mencionada Directiva 93/75 se desprende que la prevención de los riesgos de contaminación y del riesgo de accidentes graves como consecuencia del transporte marítimo de mercancías peligrosas o contaminantes forma parte

49 — Este es el primero de los principios generales de la política comunitaria en materia de medio ambiente que adoptó el Consejo, principios que fueron definidos por los Ministros de medio ambiente en su sesión celebrada en Bonn el 31 de octubre de 1972; véase el Título II del Anexo adjunto a la Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (DO C 112, p. 1; EE 15/01, p. 7).

50 — Directiva 84/631/CEE del Consejo, de 6 de diciembre de 1984, relativa al seguimiento y al control en la Comunidad de los traslados transfronterizos de residuos peligrosos (DO L 326, p. 31; EE 15/05, p. 122), modificada por la Directiva 86/279/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1986 (DO L 181, p. 13). Dicha Directiva estableció un sistema exhaustivo relativo, principalmente, a los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos para su eliminación en instalaciones específicamente determinadas, y se basa en la obligación de notificación detallada y previa por parte del poseedor de los residuos.

51 — Sentencia de 10 de mayo de 1995, Comisión/Alemania (C-422/92, Rec. p. I-1097), apartado 32.

52 — Véase el Reglamento (CEE) nº 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea (DO L 30, p. 1), que derogó la Directiva 84/631. Dicho Reglamento, como ha recordado este Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 15 de febrero de 1996, Buralux y otros/Consejo, C-209/94 P, Rec. p. I-615, apartado 5), «establece un régimen uniforme y completo relativo a los traslados de todo tipo de residuos, tanto peligrosos como no peligrosos, no sólo entre los Estados miembros, sino también entre la Comunidad y los países terceros». En efecto, contempla (artículo 30) la obligación de adoptar las medidas necesarias y, en particular, un sistema de realización de los controles por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros, de tal modo que se garantice el traslado de los residuos de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento.

53 — En el artículo 4 de la Directiva 78/319/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1978, relativa a los residuos tóxicos y peligrosos (DO L 84, p. 43; EE 15/02, p. 98), se estableció: «Los Estados miembros tomarán las medidas apropiadas para promover prioritariamente la prevención, el reciclaje y la transformación de los residuos tóxicos y peligrosos [...]» Asimismo, en el artículo 15 se estableció un sistema de control y vigilancia por parte de las autoridades competentes.

54 — Directiva 93/75/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, sobre las condiciones mínimas exigidas a los buques con destino a los puertos marítimos de la Comunidad o que salgan de los mismos y transporten mercancías peligrosas o contaminantes (DO L 247, p. 19). Mediante dicha Directiva se aplicaron los Convenios internacionales SOLAS y MARPOL, así como la Resolución nº A 648(16) de la Organización Marítima Internacional (OMI).

integrante del esfuerzo, más general, de vigilancia y seguridad dirigido a prevenir y limitar los daños que ocasionaría un eventual accidente en las aguas marinas, tanto dentro como fuera de los puertos. Es decir, la vigilancia y el control de la observancia de la legislación destinada a prevenir dichos accidentes constituyen actividades de los poderes públicos y se ejercen con el fin de atender intereses públicos apremiantes. [55]

63. Asimismo, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia se desprende que se ha reconocido que la protección del medio ambiente constituye un «objetivo de interés general», [56] que justifica el establecimiento de restricciones del libre ejercicio del comercio y de la libre competencia. [57]

64. Por último, otros textos comunitarios [58] sustentan la tesis según la cual la vigilancia, dirigida a la protección preventiva del medio ambiente, constituye una actividad de las autoridades públicas, que no puede considerarse de carácter económico.

2) *La cuestión de si SEPG infringió el artículo 86 y el apartado 2 del artículo 90 del Tratado*

65. De conformidad con la legislación italiana, SEPG disfruta de un derecho exclusivo

55 — Llama la atención el que la Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas (DO 1980, L 20, p. 43; EE 15/02, p. 162), como también lo ha declarado este Tribunal de Justicia, «tiende a garantizar una protección eficaz de las aguas subterráneas de la Comunidad y, para ello, obliga a los Estados miembros a adoptar, mediante disposiciones precisas y detalladas, un conjunto de prohibiciones, de regímenes de autorización y de procedimientos de control con el fin de impedir o de limitar los vertidos de determinadas sustancias», que se enumeran en dos Anexos; véase la sentencia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania (C-131/88, Rec. p. I-825), apartado 7.

56 — Véase la sentencia de 7 de febrero de 1985, ADBHU (240/83, Rec. p. 531), apartado 15.

57 — Véase la sentencia de 14 de octubre de 1987, Comisión/Dinamarca (278/85, Rec. p. 4069), apartado 16. En la sentencia de 12 de mayo de 1987, Traen y otros (asuntos acumulados 372/85, 373/85 y 374/85, Rec. p. 2141), apartado 22, relativa a procesos penales iniciados contra tres responsables y un conductor de servicios de recogida de residuos sólidos, por haber depositado residuos en diversos terrenos sin la autorización previa de la autoridad competente prevista en la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DO L 194, p. 39; EE 15/01, p. 129), el Tribunal de Justicia declaró que el poder del que disponen los Estados miembros para organizar la vigilancia prevista «sin perjuicio de los límites habituales para el ejercicio de una facultad discrecional [...], sólo está limitado por la exigencia del respeto de los objetivos de dicha Directiva, es decir, la protección de la salud del hombre y del medio ambiente». De ello puede deducirse también, nuevamente, que la protección del medio ambiente constituye un objetivo de interés público, cuya persecución, a mi juicio, es una actividad vinculada al ejercicio del poder público. La sentencia Traen y otros reviste interés en la medida en que, al igual que sucede con SEPG en el caso presente, la autoridad competente para el ejercicio de dicha vigilancia de la eliminación de los residuos sólidos era una sociedad responsable de la depuración de aguas, que había sido creada por el Estado.

58 — Por ejemplo, en la Cumbre de Dublín de junio de 1990, los asistentes declararon que los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad tenían la intención de que «la acción de la Comunidad y de sus Estados miembros se desarrolle sobre una base coordinada y sobre los principios de un desarrollo sostenible y una *actuación preventiva* y precautoria [...]», entendiéndose por «desarrollo sostenible» «el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (el subrayado es mío). Véase, asimismo, la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de febrero de 1993, sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible (DO C 138, p. 1). El Consejo de Energía, reunido en Luxemburgo el 20 de junio de 1996, adoptó una «posición común» relativa a las normas y condiciones para la realización gradual del mercado interior de la electricidad. Lo importante es que, de acuerdo con dicha «posición común», destinada a ser remitida al Parlamento Europeo, la Directiva que se propone adoptar establece, entre otras cosas, que [véase el «Résumé de la "position commune" du Conseil (établi para le secrétariat du Conseil)» en *EUROPE/Documents*, nº 1993, 10 de julio de 1996]: Los Estados miembros podrán imponer a las compañías de electricidad *obligaciones de servicio público* de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la *protección del medio ambiente*. Es decir, se reconoce que la protección del medio ambiente constituye una obligación de servicio público y, por tanto, una misión de la autoridad pública. Por último, a título indicativo menciono el quinto «Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible», titulado «Hacia un desarrollo sostenible», que fue elaborado por la Comisión (DO 1993, C 138, p. 5). Es característico el que en el capítulo 3, titulado «Agentes», se confirme que, hasta entonces, los Programas comunitarios de medio ambiente se vinieron basando en gran medida en normas y controles en los que estaban involucrados los Gobiernos y la industria manufacturera. Se destaca que el concepto de responsabilidad compartida exige una participación más amplia y activa de todos los agentes económicos, incluidos los poderes públicos, las empresas públicas y privadas en todas sus formas y, sobre todo, el público en general como ciudadanos y consumidores. Asimismo, se enfatiza el papel que tienen las administraciones locales y regionales en cuestiones como, por ejemplo, la lucha contra la contaminación industrial.

de vigilancia (e intervención rápida) para la protección del medio marino frente a la eventual contaminación ocasionada por el vertido de productos petrolíferos. En consecuencia, disfruta de un derecho exclusivo a efectos del apartado 1 del artículo 90 del Tratado.

66. Este Tribunal de Justicia ha admitido reiteradamente que «el comportamiento de una empresa de las mencionadas en el apartado 1 del artículo 90 del Tratado debe apreciarse en relación con las disposiciones de los artículos 85 y 86 y del apartado 2 del artículo 90». [59] Así pues, si el Tribunal de Justicia considerase que SEPG es una empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia, según mi parecer, sería necesario, tras examinar su comportamiento a la luz del artículo 86, abordar la cuestión de en qué medida puede considerarse a SEPG una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general, a efectos del apartado 2 del artículo 90, y las consecuencias que de dicha calificación se derivarían.

a) Respuesta a la primera cuestión prejudicial: sobre la delimitación del mercado de referencia y si SEPG ocupa una posición dominante

67. El Gobierno del Reino Unido sostiene que, de conformidad con la jurisprudencia Merci, SEPG, que disfruta de un derecho exclusivo y se encarga de asegurar un servicio de prevención de la contaminación, ocupa una posición dominante en una parte sustancial del mercado común. Asimismo, afirma que los servicios prestados por SEPG no parecen constituir un servicio independiente destinado a la utilización del puerto, como en el asunto Merci, sino que están indisociablemente vinculados a las actividades del puerto. Explica que lo que comprende la vertiente «supervisora» de sus actividades es la vigilancia efectuada en el puerto con el fin de detectar a tiempo la contaminación producida. La intervención que se realiza en caso de contaminación no constituye un servicio prestado al buque contaminante, sino parte de la actividad del puerto, que se garantiza en interés de todos los usuarios del mismo y en aras del correcto uso de las instalaciones portuarias en general.

68. Según el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, la posición dominante la ocupa no SEPG sino la autoridad portuaria, el CAP en su conjunto, quien pone las instalaciones portuarias a disposición de los usuarios. Las cantidades que percibe SEPG forman parte del conjunto de las exacciones recaudadas por la utilización del Porto petroli.

69. La Comisión no pone en duda que las actividades de vigilancia para la prevención de la contaminación con ocasión de la carga y descarga de productos petrolíferos constituyen un servicio de interés público, de carácter económico. No obstante, habida cuenta de que en la época en que se produjeron los hechos de autos SEPG pertenecía al CAP, sostiene que el CAP y SEPG constituyen una unidad económica, de tal modo que

59 — Véanse, especialmente, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 28, y de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 33.

todo acto de SEPG debe atribuirse directamente al CAP. Recordando la jurisprudencia Merci, [60] considera que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que el CAP reúne todas las características exigidas para ser considerado una empresa a efectos del artículo 86 del Tratado.

70. La Comisión, por otra parte, aduce que, con objeto de dar respuesta a la cuestión relativa a la existencia de una posición dominante y a si las facturas expedidas por SEPG representan una prestación suplementaria injustificada y sin relación con el objeto del contrato, constitutiva de explotación abusiva de posición dominante, debe considerarse actividad de una empresa la puesta a disposición de los usuarios de instalaciones y equipos para la carga y descarga de productos petrolíferos, petroquímicos y químicos en el Porto petroli de Génova. Y ello porque, a juicio de la Comisión, dicha puesta a disposición de equipos fue solicitada por Calì y el referido servicio está vinculado a una obligación de hacer uso del servicio de vigilancia/intervención en caso de contaminación, prestado por SEPG.

71. No cabe acoger esa argumentación del Gobierno del Reino Unido y de la Comisión. Considero que es única y exclusivamente la naturaleza de las actividades ejercidas por la sociedad SEPG, y no el hecho de si constituye o no una sola unidad económica con el CAP, el elemento decisivo que ha de orientarnos a la hora de decidir si la actividad de SEPG es o no una actividad de una empresa, cuyo comportamiento deba examinarse a la luz de los artículos 86 y 90 del Tratado. [61] Por lo demás, eso es lo que nos ha preguntado el Juez nacional, y a mi juicio, para dar una respuesta útil, no es necesario examinar también hasta qué punto el CAP es una empresa con arreglo al artículo 86 y, en especial, una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general.

72. Al margen de las consideraciones que anteceden, procede señalar que de la sentencia Merci [62] se desprende que el Tribunal no se refiere, sin embargo, expresamente al CAP como «empresa» del Estado miembro, «cual es la compañía de trabajadores portuarios del puerto de Génova». [63] Es decir, no se pronunció sobre si, con arreglo al artículo 86, el CAP constituye una empresa, sino sobre si lo eran dos entidades concretas. [64] Precisamente el Tribunal de Justicia declaró, en relación con el mercado de la organización, por cuenta de terceros, de las operaciones portuarias relativas a las mercancías convencionales en el puerto de Génova por parte de

60 — En concreto, invoca el apartado 13 de la sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*, y el punto 16 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven en el mismo asunto.

61 — Véase la sentencia SAT Fluggesellschaft, citada en la nota 15 *supra*, apartados 19 y ss.

62 — Citada en la nota 1 *supra*, apartado 13.

63 — Por otra parte, también del punto 16 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven, citadas en la nota 60 *supra*, se desprende que el examen relativo a en qué medida se trataba de empresas se refería exclusivamente a dos empresas portuarias (Merci y Compagnia), y no al CAP en su conjunto.

64 — A mi juicio, el hecho de que en el apartado 27 de la sentencia Merci se afirme que «ni de los autos remitidos por el órgano jurisdiccional nacional, ni de las observaciones presentadas ante este Tribunal de Justicia resulta que las operaciones portuarias tienen un interés económico general que posea características específicas respecto al de otras actividades económicas», no excluye enteramente el que algunas actividades ejercidas en la zona del puerto reúnan dichas características; y, en todo caso, el Tribunal de Justicia no declaró que el CAP constituyera una empresa con arreglo al Derecho comunitario de la competencia.

una empresa portuaria concreta [65] y de la ejecución de dichas operaciones por una compañía concreta integrada por trabajadores portuarios, [66] que dicha empresa y/o compañía ocupaban una posición dominante, si bien no podían considerarse «encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, [67] sin examinar en qué medida el CAP en su conjunto constituía una empresa. [68]

73. Por otra parte, en el asunto Corsica Ferries, [69] el Tribunal de Justicia, a la hora de examinar si concurría una explotación abusiva de posición dominante en el caso de una empresa a la que se había concedido el derecho exclusivo de prestación de los servicios de práctico obligatorios en el puerto de Génova, delimitó el mercado definiéndolo como «el de los servicios de práctico en el puerto de Génova». [70] Es decir, una vez más, no examinó si el CAP era una empresa que ocupaba una posición dominante en un mercado concreto (el de las operaciones portuarias en su conjunto).

74. Según SEPG, a pesar de que este Tribunal de Justicia, en la sentencia Merci, definió el puerto de Génova como parte sustancial del mercado común, dicha solución no puede aplicarse en el caso concreto al Porto petroli, y ello debido a sus dimensiones (es una parte del puerto de Génova), a las clases de productos que integran el tráfico del mismo (petrolíferos y petroquímicos) y a las soluciones alternativas que ofrece el sistema portuario.

75. Tal como se formula, no cabe acoger dicha argumentación de SEPG. En el caso presente, según mi parecer, la jurisprudencia es clara. Este Tribunal de Justicia, en la sentencia Merci, declaró lo siguiente: «Teniendo en cuenta, especialmente, el volumen del tráfico en dicho puerto y la importancia de éste en lo que se refiere a todas las actividades de importación y exportación marítimas en el Estado miembro de que se trata, puede considerarse que dicho mercado constituye una parte sustancial del mercado común.» [71]

76. El mercado de que se trata en el asunto presente es el de la prestación de servicios de prevención de la contaminación en una parte del puerto de Génova, donde, gracias a las especiales instalaciones que allí se encuentran, puede efectuarse la carga y descarga de productos petrolíferos, químicos y petroquímicos. De los datos sobre el volumen del tráfico de productos (petrolíferos, químicos y petroquímicos) relativos al Porto petroli de Génova, que representa un porcentaje sustancial del tráfico de mercancías total del puerto, datos que fueron aportados por los representantes de Diego Calì y de la Comisión durante la vista, se desprende que toda la región de Liguria es abastecida a través del Porto petroli de Génova. En efecto, su importancia estratégica es evidente, debido a su proximidad a las importantes zonas industriales del norte de Italia. Basándose en la

65 — Se trata de la sociedad Merci convenzionali porto di Genova.

66 — Se trata de la Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del Porto di Genova.

67 — Sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*, apartado 28.

68 — Lo cual, por otra parte, es improcedente desde el momento en que, de conformidad con la legislación nacional, al CAP le fueron encomendadas actividades tanto económicas como administrativas.

69 — Citada en la nota 13 *supra*.

70 — Apartado 41.

71 — Citada en la nota 1 *supra*, apartado 15.

jurisprudencia Merci, [72] el mercado en el que ejerce su actividad SEPG (el de la prestación de servicios de prevención de la contaminación en la zona del Porto petroli de Génova) debe considerarse parte sustancial del mercado común.

77. Dado que, tal como se desprende de la resolución de remisión y de la normativa italiana controvertida, SEPG disfruta del monopolio de las actividades de prevención de la contaminación (aunque también de las de intervención en caso de accidente ecológico) en una parte sustancial del mercado común, este dato, por sí solo, de conformidad con una reiterada jurisprudencia, [73] demuestra el carácter dominante de la mencionada empresa.

78. Por los motivos expuestos, soy del parecer de que la solución adoptada en el asunto Merci puede aplicarse asimismo al caso presente, es decir, que debe considerarse que, desde el punto de vista de sus actividades, que son las de una empresa que disfruta de un monopolio, SEPG ocupa una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, si bien es menester recordar que «el mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, no es, en sí mismo, incompatible con el artículo 86», como reiteradamente ha declarado este Tribunal de Justicia. [74]

b) Respuesta a la segunda cuestión prejudicial: la explotación abusiva de posición dominante

79. Dado que ante el Juez remitente se planteó la cuestión que versa sobre en qué medida SEPG es una empresa que explota de forma abusiva la posición dominante que ocupa en el Porto petroli, a riesgo de falsear la competencia en el comercio intracomunitario, circunstancia ésta que constituyó la causa del impago por Calì de las facturas expedidas por la utilización, por sus buques, de los muelles del Porto petroli, considero que dicha cuestión debe examinarse exclusivamente desde la perspectiva de las actividades de SEPG consistentes en la vigilancia anticontaminación. En consecuencia, no se requiere examinar qué sucedería en caso de que se produjera efectivamente un accidente con la consiguiente contaminación del medio ambiente del Porto petroli, cuestión que no ocupa al Juez nacional. De lo contrario, el Tribunal de Justicia daría una respuesta que carecería de utilidad para la solución del litigio pendiente, [75] es decir, formularía una opinión consultiva sobre una cuestión hipotética que no ocupa al órgano jurisdiccional nacional. [76] Por otra parte, este Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «no es competente para responder al órgano jurisdiccional remitente si las cuestiones que se le plantean no tienen ninguna relación con los hechos ni con el objeto del procedimiento

72 — Sentencia citada en la nota 1 *supra*, apartado 15. Véase, asimismo, la sentencia Corsica Ferries, citada en la nota 13 *supra*, apartado 41.

73 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Merci, apartado 14; Höfner y Elser, apartado 28, y Corsica Ferries, apartado 40, así como la sentencia ERT, citada en la nota 59 *supra*, apartado 31.

74 — Sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*, apartado 16. Véase, asimismo, la sentencia Corsica Ferries, citada en la nota 13 *supra*, apartado 42.

75 — Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045), apartado 21; de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartado 20; de 28 de marzo de 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Rec. p. I-615), apartado 24, y de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 60.

76 — Véanse la sentencia Foglia, apartados 18 y 20, y la sentencia de 3 de febrero de 1983, Robards (149/82, Rec. p. 171), apartado 19. Véase, asimismo, la sentencia de 15 de junio de 1995, Zabala Erasun y otros (asuntos acumulados C-422/93, C-423/93 y C-424/93, Rec. p. I-1567), apartado 29.

principal y no responden, por tanto, a una necesidad objetiva para la solución del litigio principal». [77]

80. Hecha esta aclaración preliminar, paso a examinar en qué medida la aprobación por el CAP de las tarifas para su utilización por parte de SEPG hace incurrir a ésta en los supuestos de explotación abusiva de su posición dominante contemplados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado.

i) Infracción de la letra a) del párrafo segundo del artículo 86

81. Según Calì, al margen de que, finalmente, SEPG no prestaba servicios concretos a los usuarios del puerto, el sistema tarifario que impuso el CAP, y que no tenía en cuenta el riesgo inherente a los productos transportados, sino únicamente el arqueo de los buques y las cantidades de productos transportadas, constituye una condición de transacción no equitativa, con arreglo a la letra a) del artículo 86. Asimismo, Calì sostiene que se exigen, a cargo de los usuarios del Porto petroli, retribuciones por servicios no solicitados, por los que se facturan precios desproporcionados.

82. Según SEPG, las tarifas que aplica no constituyen condiciones de transacción no equitativas, en la medida en que el transportista puede repercutirlas en el precio de transporte. Asimismo, en razón de la naturaleza de la actividad que ejerce, no cabe considerar que los criterios empleados para la determinación de las cantidades adeudadas, que son función del arqueo de los buques y de las cantidades del producto, constituyan una condición de transacción no equitativa. Como sostiene SEPG, dado que dichas cantidades se determinaron con posterioridad a un estudio específico y detallado realizado por expertos del sector y después de negociaciones con los usuarios del Porto petroli y, en todo caso, debido a su reducida cuantía, no pueden considerarse desproporcionadas.

83. Habida cuenta de la naturaleza de los servicios prestados por SEPG, [78] con carácter general, a todos los usuarios del Porto petroli, soy del parecer de que los criterios según los cuales se realiza la determinación de las cantidades adeudadas, que son función del arqueo de los buques y de las cantidades de productos transportadas, y no de la naturaleza, calidad y capacidad contaminante de los mismos, no pueden considerarse constitutivos de una condición de transacción no equitativa. Asimismo, según mi parecer, son criterios aceptables, puesto que son objetivos. A idéntico resultado llego tras examinar la cuantía de los importes adeudados, que es

77 — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883), apartado 45, y la sentencia Corsica Ferries, citada en la nota 13 *supra*, apartado 14.

78 — La carga y descarga de productos petrolíferos, químicos y petroquímicos entraña riesgos para el medio ambiente, que justifican la existencia de un servicio específico de vigilancia destinado a evitar la eventual contaminación.

considerablemente reducida, [79] por lo que difícilmente cabe, a mi juicio, concebir una infracción de la letra a) del artículo 86.

84. En cambio, podría considerarse incumplida la disposición de la letra a) del artículo 86 debido a que SEPG, la empresa poseedora de una posición dominante a la que se confirió, de conformidad con lo dispuesto en la normativa nacional controvertida, un derecho exclusivo, exigió, por ello, el pago de servicios no solicitados expresamente por Calì. [80] La cuestión es si dicha explotación «abusiva» de su posición dominante está justificada a la luz del apartado 2 del artículo 90, lo cual pasaré a examinar posteriormente [en la letra d)].

ii) Infracción de la letra c) del párrafo segundo del artículo 86

85. Según el Juez nacional, la facturación obligatoria por parte de SEPG, que, por gravar exclusivamente al buque que atraca en el puerto, afecta a un sujeto distinto de aquellos a quienes corresponde ejecutar las operaciones técnicas necesarias, [81] produce la consiguiente e inevitable separación entre la responsabilidad por la eventual contaminación y la asunción del coste del servicio anticontaminación. Es decir, fundamentalmente, el Juez remitente pide que se dilucide si estamos en presencia de una explotación abusiva de posición dominante, por la imposición de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, a efectos de la letra c) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado.

86. No cabe acoger dicha argumentación. Según mi parecer, no puede considerarse que, en el caso presente, se impusieran condiciones desiguales para prestaciones equivalentes entre SpA Porto petroli di Genova, quien realiza las operaciones de carga y descarga, y los expedidores/destinatarios del producto, por un lado, y los buques cisterna, por otro, ya que tan sólo es posible recaudar las cantidades adeudadas a los buques que utilizan las instalaciones portuarias y que, por cualquier causa, podrían provocar un accidente ecológico, y debido a que, en última instancia, dichos importes se cobran al empresario en interés del cual se efectúan el transporte y la referida carga y descarga.

iii) Infracción de la letra d) del párrafo segundo del artículo 86

87. En opinión de Calì, el servicio de vigilancia anticontaminación prestado por SEPG

79 — De la resolución de remisión se desprende que por los servicios prestados por SEPG a Calì se libró un mandamiento de pago de deudas por importe total de 8.708.928 LIT. La Comisión ha explicado que el referido importe corresponde a dieciocho facturas de SEPG, expedidas a cargo de Calì por la utilización de los amarraderos del Porto petroli entre el 31 de enero de 1992 y el 31 de enero de 1994.

80 — En la sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*, apartado 19, este Tribunal de Justicia admitió que existía un comportamiento abusivo debido a que las empresas poseedoras de una posición dominante, a las que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa nacional controvertida, se habían conferido derechos exclusivos, fueron inducidas, por ello, entre otras cosas, «a exigir el pago de servicios no solicitados, o a facturar precios desproporcionados».

81 — En concreto, se trata de SpA Porto petroli di Genova y los expedidores destinatarios del producto.

constituye una prestación suplementaria que no es indispensable en relación con el contrato de atraque celebrado por el transportista con el Porto petroli. A su juicio, se trata de un incremento de los costes que soporta el transportista injustificado y carente de utilidad, lo que es contrario a la letra d) del artículo 86 del Tratado.

88. Según la Comisión, el CAP, por mediación de su filial SEPG, incumple la letra d) del párrafo segundo del artículo 86 al imponer indistintamente a todos los buques atracados en el Porto petroli un servicio que, en razón de la naturaleza del producto transportado (en este caso, un producto que no contamina el medio ambiente), es inútil y carece de justificación.

89. La referida argumentación descansa en una patente subestimación de la importancia que tiene la prevención para la protección del medio ambiente del puerto y el evitar, en interés de los usuarios del mismo, los accidentes ecológicos, y únicamente podría considerarse fundada, al menos a primera vista, si se pasa por alto enteramente la naturaleza de los servicios prestados a los usuarios del Porto petroli. Sin embargo, me cuesta trabajo admitir que el importe exigido por el servicio de vigilancia anticontaminación constituya un incremento inútil e injustificado de los costes soportados por el transportista, aun cuando su buque esté dotado de sus propios equipos anticontaminación, adecuados al tipo de producto que se carga o descarga. Una vez más, la cuestión estriba en dilucidar si dicha explotación «abusiva» de su posición dominante por parte de SEPG está justificada a la luz del apartado 2 del artículo 90, aspecto éste que examinaré más adelante [en la letra d)].

c) Respuesta a la tercera cuestión prejudicial: el perjuicio del comercio entre los Estados miembros

90. Según Calì, la facturación realizada por SEPG conduce a imponer una carga injustificada que recae sobre el coste del transporte, el cual se repercute en el coste de los productos importados o exportados. En su opinión, el monopolio de que disfruta SEPG implica una restricción de la competencia en detrimento de las restantes empresas, italianas o de otros Estados miembros, que pudieran desear ofrecer en el Porto petroli el mismo tipo de servicios.

91. Habida cuenta de la gran importancia que tiene el puerto de Génova en el comercio internacional y de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, [82] a tenor de la cual «el artículo 86 no exige que se demuestre que el comportamiento abusivo efectivamente afectó de forma sensible al comercio entre Estados miembros, sino que se demuestre que dicho comportamiento puede

82 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartado 104; de 11 de noviembre de 1986, British Leyland/Comisión (226/84, Rec. p. 3263), apartado 20, y de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, citada en la nota 14 *supra*, apartado 32.

tener ese efecto», según mi parecer, en el caso concreto considerado, cabría sostener que el comportamiento de SEPG, que constituye una explotación abusiva de posición dominante con arreglo al artículo 86, puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

3) *La cuestión de si SEPG es una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general*

92. Como subrayó el representante de la República Italiana tanto en sus observaciones escritas como en la vista, SEPG gestiona un servicio de interés público. De ello deduce que puede considerarse que es una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general, a efectos del apartado 2 del artículo 90, y que, en consecuencia, en el caso presente no se aplican las normas sobre la competencia.

93. En opinión del Gobierno del Reino Unido, a diferencia del punto de vista adoptado en la sentencia Merci, debe considerarse que la autoridad portuaria, con la que SEPG forma un todo unitario, presta un servicio de interés económico general con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Tratado.

94. La Comisión, por el contrario, sostiene que, de conformidad con la jurisprudencia Merci, las actividades portuarias, en las que considera comprendidas las de SEPG, no presentan particularidades respecto a las otras actividades económicas que justifiquen la aplicación, en el caso de autos, de la exención contemplada en el apartado 2 del artículo 90.

95. A tenor del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente 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». Dado que dicho concepto («empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general») introduce una excepción a las normas comunitarias sobre la competencia, el Tribunal de Justicia lo interpreta de forma estricta. [83] Este es el marco en el que pasaré a examinar en qué medida se aplican a SEPG las normas sobre la competencia.

96. Ciertamente, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico

83 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de marzo de 1974, BRT II (127/73, Rec. p. 313), apartado 20.

general, [84] ejercen «actividades que benefician directamente a la colectividad». [85] En este caso, según mi parecer, si se considera que SEPG es una empresa con arreglo al Derecho comunitario de la competencia, la actividad que ejerce debe definitivamente estimarse comprendida en dicha categoría de empresas, en razón de su naturaleza.

97. Es decir, en el caso presente, en mi opinión, debe aceptarse que de los autos remitidos por el órgano jurisdiccional nacional y de las observaciones escritas presentadas ante este Tribunal de Justicia se desprende que las actividades de SEPG, en la medida en que se consideren de naturaleza económica, tienen interés económico general. A mi juicio, debe considerarse que la vigilancia continua destinada a evitar la contaminación de las instalaciones portuarias con objeto de conservarlas en condiciones que hagan posible, sin riesgos ni para los usuarios del Porto petroli ni para los habitantes y empresas de las proximidades de dicha zona, la arribada, carga y descarga sin contratiempos de los buques cisterna, constituye la gestión de un servicio de interés económico general. [86]

98. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que se plantee una cuestión de aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, la gestión del servicio de interés económico general debe haber sido confiada a una determinada empresa mediante un «acto de los poderes públicos». [87] En el caso presente, constituyen un «acto de los poderes públicos», a los efectos precedentes, por el que se encomendó la gestión de un servicio de interés económico general a una determinada empresa o se establecieron, más concretamente, las obligaciones que incumben a la empresa en el ejercicio de dicha actividad, las resoluciones del Presidente del CAP mediante las cuales se confió a SEPG, en exclusiva, la prestación de los servicios de vigilancia anticontaminación en el puerto de Génova.

99. Así pues, la cuestión que se plantea es la de si las restricciones de la competencia son necesarias para el cumplimiento por parte de SEPG de la misión específica que le fue confiada.

100. El Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de establecer restricciones a la competencia de otros operadores económicos, [88] si bien sólo «en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para

84 — El Tribunal de Justicia, en diversas ocasiones, ha considerado actividades de interés económico general, por ejemplo, la conservación de la navegabilidad de un importante curso de agua (sentencia de 14 de julio de 1971, Muller y otros, 10/71, Rec. p. 723); la prestación de servicios en el sector de las telecomunicaciones (sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409); la explotación de líneas aéreas no rentables desde el punto de vista comercial (sentencia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y otros, 66/86, Rec. p. 803), y los servicios postales (sentencia de 19 de mayo de 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533).

85 — Así lo afirmó el Abogado General Sr. Van Gerven en el punto 27 de sus conclusiones en el asunto Merci, citado en la nota 1 *supra*. Véase, asimismo, el punto 137 de las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en el asunto Almelo y otros, citado en la nota 59 *supra*.

86 — Véase el mismo razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Merci, citada en la nota 1 *supra*, apartado 27.

87 — Véanse las sentencias BRT (citada en la nota 83 *supra*), apartado 20 y Ahmed Saeed Flugreisen y otros (citada en la nota 84 *supra*), apartado 55, así como la sentencia de 14 de julio de 1981, Züchner (172/80, Rec. p. 2021), apartado 7.

88 — Véase la sentencia Almelo y otros, citada en la nota 59 *supra*, apartado 49, relativa a una empresa a la que se había confiado, mediante concesión exclusiva de Derecho público, la misión de garantizar el suministro de energía eléctrica en una parte del territorio nacional.

permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida». Asimismo, [89] se admite que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la restricción de la competencia es necesaria para permitir a la empresa encargada de la misión de interés general cumplir esa misión. [90]

101. Habida cuenta de los elementos obrantes en autos y de las observaciones escritas presentadas ante este Tribunal de Justicia, soy del parecer de que la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado podría impedir a SEPG el cumplimiento de su misión. En concreto, aparte de que no cabe concebir, en la práctica, el ejercicio de las actividades de vigilancia anticontaminación por parte de un conjunto de agentes en competencia que, por esa misma razón, adolecerían de ineficacia, si se autorizara a empresarios privados a hacer la competencia al titular de los derechos exclusivos en los sectores, elegidos por los primeros, correspondientes a dichos derechos, podrían concentrarse exclusivamente en las actividades económicamente rentables, relativas, por ejemplo, a la vigilancia de la carga y descarga sólo de los buques cisterna de determinadas empresas, y ofrecer precios más ventajosos que los practicados por el titular del derecho exclusivo, dado que, a diferencia de este último, los empresarios privados no están económicamente obligados a efectuar una compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables. [91] Sin embargo, dicha solución implicaría infravalorar la necesidad de protección permanente y eficaz del medio ambiente, cuyo respeto es misión de la Comunidad y de los Estados miembros.

102. En resumen, exclusivamente si el Tribunal de Justicia considerase que SEPG es una empresa conforme al Derecho comunitario de la competencia, en tal caso, en razón de la naturaleza de las funciones que tiene encomendadas (protección contra la contaminación del medio ambiente), llegaría a la conclusión de que se trata de una empresa encargada de una misión de interés económico general, a efectos del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. En consecuencia, corresponde al Juez nacional apreciar, con base en los elementos que le proporcione SEPG, la sociedad interesada, cuáles son los intereses públicos que necesariamente han de satisfacerse y que le obligan a actuar vulnerando lo dispuesto en el artículo 86 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado. [92]

89 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Almelo y otros, citada en la nota 59 *supra*, apartado 50, y Corbeau, citada en la nota 84 *supra*, apartados 16 a 19.

90 — Véanse asimismo, por ejemplo, las citadas sentencias Almelo y otros, apartado 50, y Corbeau, apartado 20. Véase también la sentencia Ahmed Saeed Flugreisen y otros, citada en la nota 84 *supra*, apartados 55 a 57.

91 — Véase, en relación con una cuestión análoga, la sentencia Corbeau, citada en la nota 84 *supra*, apartado 18.

92 — Ciertamente, si el órgano jurisdiccional nacional llegase a la conclusión de que, en efecto, concurren los requisitos complementarios contemplados en el apartado 2 del artículo 90, podría, en especial por lo que respecta a la cuestión que versa sobre si la misión confiada por el Estado miembro y su cumplimiento no entrañan una forma de ejercicio del comercio contraria al interés de la Comunidad, acudir a la Comisión, si lo desea, a la hora de dar respuesta a dicha cuestión, con el fin de obtener los datos económicos y jurídicos con base en los cuales pudiera dar una respuesta pertinente. Ello es así, sin duda, por analogía con lo aceptado por el Tribunal de Justicia en relación con la aplicación de los artículos 85 y 86, por ejemplo, en la sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 53, y en el anterior auto de 13 de julio de 1990, Zwartveld y otros (C-2/88 Imm., Rec. p. I-3365), apartado 18. Asimismo, véase el punto 28 de las conclusiones del Abogado General en el asunto Merci, citado en la nota 1 *supra*.

VI — Conclusión

103. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo que se responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas, con carácter prejudicial, por el Tribunale di Genova:

«Una sociedad portuaria a la que le ha sido confiada la protección/vigilancia contra la contaminación del medio acuático de un puerto, como la descrita en la resolución de remisión, no es una empresa con arreglo a los artículos 86 y 90 del Tratado.»