CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIAL FENNELLY
presentadas el 9 de octubre de 1997 *

Indice

I. Introducción ..... I - 536

II. Marco jurídico ..... I - 536

A. El marco legal anterior a la sentencia Porto di Genova ..... I - 536

B. El asunto Porto di Genova ..... I - 538

C. La normativa general italiana en materia de colocación de trabajadores ..... I - 539

D. La normativa italiana pertinente en materia de puertos ..... I - 540

III. Hechos y procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional ..... I - 543

IV. Observaciones ..... I - 545

V. Examen de la primera cuestión ..... I - 545

A. La aplicación *prima facie* del artículo 59 del Tratado ..... I - 545

B. La posible aplicación de los artículos 30 y 48 del Tratado ..... I - 549

C. La restricción de la libre prestación de servicios de operador de terminal ..... I - 550

i) Observaciones de las partes y de los Estados miembros ..... I - 550

ii) Análisis ..... I - 551

D. Justificación ..... I - 553

i) Discriminación por razón de la nacionalidad ..... I - 553

ii) Justificación de la restricción indistintamente aplicable ..... I - 554

VI. Las cuestiones segunda y tercera ..... I - 556

A. Introducción ..... I - 556

B. La tercera cuestión ..... I - 557

* Lengua original: inglés.

i) La aplicación en principio del artículo 86 ..... I - 557

ii) La responsabilidad del Estado miembro y las exigencias del apartado 1 del artículo 90 ..... I - 559

iii) El comportamiento abusivo alegado en el presente caso ..... I - 564

C. La segunda cuestión ..... I - 567

VII. Conclusión ..... I - 568

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial obliga al Tribunal de Justicia a examinar una vez más la compatibilidad con el Derecho comunitario de algunos aspectos de la normativa que regula las actividades de los puertos italianos. En la sentencia Merci Convenzionali Porto di Genova, [1] el Tribunal declaró que el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CE, en relación con los artículos 30, 48 y 86 del Tratado, se oponía a una normativa que confiere a empresas establecidas en Italia el derecho exclusivo a organizar las operaciones portuarias en los puertos italianos, y las obliga a recurrir, para la realización de dichas operaciones, a compañías portuarias compuestas exclusivamente de trabajadores de nacionalidad italiana. La presente petición de decisión prejudicial versa sobre la conformidad con el Derecho comunitario de un nuevo derecho exclusivo conferido a una versión transformada de aquellas compañías portuarias por lo que respecta únicamente a la puesta a disposición de trabajadores portuarios temporales.

1 — Sentencia de 10 de diciembre de 1991 (C-179/90, Rec. p. I-5889; en lo sucesivo, «sentencia Porto di Genova»).

II. Marco jurídico

2. Las disposiciones legales nacionales son complejas. Con el fin de facilitar la comprensión de la actual legislación sobre puertos, expondré, en primer lugar, las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia Porto di Genova; a continuación, examinaré con algún detalle los aspectos pertinentes de la sentencia del Tribunal en aquel asunto, para después describir la normativa nacional general en materia de colocación. Por último, resumiré las disposiciones pertinentes de la nueva legislación sobre puertos, adoptada por la República Italiana en buena parte en respuesta a la sentencia Porto di Genova.

A. *El marco legal anterior a la sentencia Porto di Genova*

3. Las características más destacadas de la legislación anterior a la sentencia Porto di Genova pueden describirse del siguiente modo. En primer lugar, tal y como se deduce del informe para la vista en el asunto Porto

di Genova, los puertos marítimos italianos estaban (y siguen estando) administrados y regulados por autoridades portuarias públicas. [2] En segundo lugar, con arreglo al artículo 110 del Codice della Navigazione [3] (Código de la Navegación; en lo sucesivo, «Código»), el personal empleado en las operaciones portuarias se constituía en compañías o grupos (compagnie portuali; en lo sucesivo, «compañías portuarias») con personalidad jurídica propia pero sometidos a la supervisión de la autoridad portuaria. Con arreglo al artículo 110 del Código, todas las operaciones de «embarque, desembarque, transbordo, almacenamiento y manipulación en general de mercancías o de cualesquiera otros materiales [...]» estaban reservadas a dichas compañías portuarias. Este monopolio estaba reforzado por el artículo 1172 del Código, que imponía sanciones penales a cualquier persona que utilizara trabajadores no afiliados a una compañía portuaria para la realización de operaciones portuarias. [4] En tercer lugar, los artículos 150, 152 y 156 del Regolamento per la Navigazione Marittima (Reglamento de Navegación Marítima), [5] establecían la inscripción obligatoria de los trabajadores portuarios integrados en compañías portuarias en los registros temporales o permanentes correspondientes, para lo cual era requisito previo estar en posesión de la nacionalidad italiana.

4. El artículo 111 del Código facultaba a las autoridades portuarias competentes para otorgar en concesión a «empresas portuarias la realización de operaciones portuarias por cuenta de terceros [...]». Por regla general, las empresas que recibían dichas concesiones eran empresas privadas [«imprese portuali»; en lo sucesivo, «empresas portuarias»), que organizaban, por cuenta de terceros usuarios de los puertos, la prestación de servicios en los puertos italianos, entre ellos las operaciones portuarias. [6] Las empresas portuarias sólo podían utilizar trabajadores puestos a su disposición por las compañías portuarias. [7] De acuerdo con el artículo 112 del Código y el artículo 203 del Reglamento, las tarifas y el resto de las normas que regían los servicios prestados por las compañías portuarias las fijaban las autoridades portuarias competentes. [8]

5. En el asunto Porto di Genova se impugnó la compatibilidad con el Derecho comunitario del referido régimen normativo.

2 — Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5891. La regulación pública de los puertos es un fenómeno que comparten la mayoría de los Estados miembros, si no todos, y en sí misma no puede considerarse incompatible con el Derecho comunitario.

3 — Real Decreto nº 337, de 30 de marzo de 1942.

4 — Véase el punto 2 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven (Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5905).

5 — Decreto del Presidente de la República nº 328, de 15 de febrero de 1952; (en lo sucesivo, «Reglamento»).

6 — De la explicación de la legislación italiana proporcionada por el órgano jurisdiccional nacional en la nota informativa adjunta a la resolución de remisión (en lo sucesivo, «nota informativa») se desprende claramente que las autoridades portuarias podían autorizar a otras empresas a realizar actividades en los puertos bajo la supervisión del capitán del puerto. De la respuesta a una pregunta formulada en la vista se deduce que dichas autorizaciones se otorgaban de conformidad con el artículo 68 del mismo Código, y que cada una de las empresas representadas por los otros inculpados en el procedimiento principal, además del Sr. Raso, contaba con una autorización de este tipo.

7 — La obligación de los concesionarios con arreglo al artículo 111 del Código parece haberse aplicado únicamente a las prestaciones de trabajo o de servicios con un alto contenido de mano de obra.

8 — Procede observar que, en la época del asunto Porto di Genova, la compañía portuaria del puerto de Genova era íntegramente propiedad de la autoridad pública que administraba el puerto. En consecuencia, en la práctica la autoridad fijaba las tarifas que cobraba su propia filial (véase el punto 2 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven, Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5906).

B. *El asunto Porto di Genova*

6. En el asunto Porto di Genova, una sociedad italiana, Siderurgica, importó de Alemania una remesa de acero en un buque fletado al efecto. [9] A pesar de que el buque estaba equipado para que su propia tripulación efectuara el desembarque, el Código reservaba dicha operación portuaria a la compañía portuaria del puerto de Génova, es decir, a la Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del Porto di Genova (en lo sucesivo, «Compagnia»). [10] En consecuencia, Siderurgica estaba obligada, de conformidad con el Código, a recurrir a Merci Convenzionali Porto di Genova, la empresa portuaria de dicho puerto (en lo sucesivo, «Merci») para organizar la descarga de su acero. Merci, a su vez, estaba obligada a recurrir a los servicios de la Compagnia.

7. Sin embargo, la entrega de las mercancías se retrasó debido a una serie de huelgas del personal de la Compagnia. Al final, Siderurgica reclamó una indemnización por daños y el reembolso de las cantidades abonadas por la utilización obligatoria pero no solicitada de los servicios de los trabajadores portuarios de la Compagnia. El Tribunale di Genova estimó que el litigio [11] suscitaba un problema de compatibilidad de la normativa italiana con el Derecho comunitario, por lo que sometió dos cuestiones al Tribunal de Justicia.

8. La sentencia del Tribunal combina dos elementos. En primer lugar, que el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que figura en el artículo 7 del Tratado CEE (actualmente en el artículo 6 del Tratado CE) se aplica específicamente a los trabajadores en el artículo 48 del Tratado. A tales efectos, el Tribunal interpretó que el concepto de «trabajador» comprende a una persona que «[...] sin dejar de encontrarse en una relación de subordinación con respecto a la empresa, esté vinculad[a] a los demás trabajadores de la misma por una relación de asociación». [12] En segundo lugar, consideró que Merci y la Compagnia ocupaban una posición dominante en el mercado de «la organización de operaciones portuarias por cuenta de terceros [...] y el de la realización de dichas operaciones» en el puerto de Génova, que, a efectos del caso de que se trataba, «puede considerarse que [...] constituye una parte sustancial del mercado común». [13] Con respecto al posible abuso de dicha posición dominante, el Tribunal, tras remitirse a sus dos sentencias anteriores Höfner y Elser [14] y ERT [15] y al tenor de las letras a), b)

9 — Véase el informe para la vista (Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5892).

10 — Véase el punto 3 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven, Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5906.

11 — De hecho, las partes estaban de acuerdo en cuanto a la incompatibilidad de la legislación italiana con el Derecho comunitario. Tal como señaló el Abogado General Sr. Van Gerven en la nota 5 de sus conclusiones, sólo existía desacuerdo entre las partes sobre «los efectos de esa incompatibilidad para Merci en cuanto a la devolución de las sumas pagadas por Siderurgica por servicios portuarios» (véase Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5906).

12 — Sentencia Porto di Genova, apartado 13.

13 — *Ibidem*, apartado 15.

14 — Sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).

15 — Sentencia de 18 de junio de 1991 (C-260/89, Rec. p. I-2925).

y c) del párrafo segundo del artículo 86, declaró que resultaba «de las circunstancias descritas por el órgano jurisdiccional nacional y discutidas ante este Tribunal de Justicia [...] que las empresas a las que se han conferido, según las modalidades definidas por la normativa nacional en cuestión, derechos exclusivos son inducidas, por ello, a exigir el pago de servicios no solicitados, o a facturar precios desproporcionados, o a negarse a utilizar la tecnología moderna, lo que da lugar a un incremento del coste de las operaciones y a una prolongación de los plazos de realización de éstas, o a conceder reducciones de precio a determinados usuarios, con la correspondiente compensación de dichas reducciones mediante un aumento de los precios facturados a otros usuarios». [16] En consecuencia, el Tribunal concluyó «[...] que un Estado miembro crea una situación contraria al artículo 86 del Tratado cuando adopta una normativa del tipo de la controvertida ante el órgano jurisdiccional remitente, normativa que puede afectar al comercio entre Estados miembros [...]». [17] Por consiguiente, respondió al órgano jurisdiccional nacional que: [18]

«El apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE, en relación con los artículos 30, 48 y 86 de dicho Tratado, se opone a una normativa de un Estado miembro que confiere a una empresa establecida en ese Estado el derecho exclusivo a organizar operaciones portuarias y la obliga a recurrir, para la realización de dichas operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente por trabajadores nacionales.»

16 — Sentencia Porto di Genova, apartado 19.

17 — Véase el apartado 20.

18 — Véase el apartado 24.

C. *La normativa general italiana en materia de colocación de trabajadores*

9. En Italia, el mercado de colocación de trabajadores está sujeto a un sistema obligatorio de colocación administrado por agencias públicas de empleo (sezioni circoscrizionali per l'impiego) reguladas fundamentalmente mediante la Ley nº 264, de 29 de abril de 1949 (en lo sucesivo, «Ley de 1949»); el apartado 1 de su artículo 11 prohíbe a cualquier otra persona actuar como intermediario en las prestaciones de trabajo. Los apartados 1 y 2 del artículo 1 de la Ley nº 1369, de 23 de octubre de 1960 (en lo sucesivo, «Ley de 1960») prohíbe a cualquier empresario, so pena de sanciones penales, contratar con intermediarios o subcontratistas la puesta a disposición de mano de obra o encargar la ejecución de tareas concretas a dichas personas o a terceros. Estas normas «[...] obedecen a la necesidad de proteger a los trabajadores contra la explotación y el menoscabo de sus derechos que pudiera derivarse de la existencia de una dicotomía entre el empresario efectivo y la persona formalmente calificada como empresario, pero que, en realidad, no es más que un intermediario». [19] El presente caso tiene por objeto las normas específicas de colocación aplicables en el sector portuario. No obstante, el incumplimiento de dichas normas puede hacer incurrir a los responsables en las sanciones impuestas mediante la Ley de 1960.

19 — Véase el punto 3 de las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de octubre de 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. 1995, p. I-3361). En el punto 39 de sus ulteriores conclusiones presentadas el 15 de mayo de 1997 en el asunto Job Centre (C-55/96, Rec. 1997, p. I-3361; en lo sucesivo, «Job Centre II»), en el que se suscitó la cuestión de la compatibilidad del sistema establecido mediante las Leyes de 1949 y de 1960 con diversas disposiciones del Tratado, el Abogado General Sr. Elmer afirma que es lógico considerar que la prohibición de la puesta a disposición de mano de obra temporal establecida en la Ley de 1960 forma parte integrante del monopolio general en favor de la colocación pública establecido mediante la Ley de 1949, aunque admite que corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre los verdaderos objetivos de las Leyes nacionales.

D. *La normativa italiana pertinente en materia de puertos*

10. La nueva legislación nacional a la que se hace referencia en la resolución de remisión en el presente asunto comprende la Ley nº 84, de 28 de enero de 1994 (en lo sucesivo, «Ley de 1994»), por la que se adapta la legislación aplicable en materia portuaria. [20] Sin embargo, en respuesta a una pregunta formulada en la vista, el Abogado de los inculpados en el procedimiento principal afirmó, sin que el Agente de la República Italiana le contradijera a este respecto, que las modificaciones introducidas mediante la Ley de 1994 se limitaban a codificar las normas contenidas en determinados Decretos-ley adoptados por el Gobierno italiano en 1992 a raíz de la sentencia Porto di Genova y que, mediante sucesivas prórrogas, se habían aplicado hasta la entrada en vigor de la Ley de 1994. Aunque corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar el alcance temporal efectivo de las normas contenidas en la Ley de 1994, a los efectos del presente asunto prejudicial parece razonable suponer que durante la mayor parte del período al que se refieren las acusaciones objeto del procedimiento principal estuvieron vigentes normas equivalentes. [21]

11. Básicamente, las nuevas normas restringen el monopolio de las antiguas compañías portuarias a la puesta a disposición de mano de obra temporal. No obstante, del apartado 8 del artículo 27 de la Ley de 1994, parece derivarse que los monopolios preexistentes, establecidos mediante los artículos 110 y 111 del Código, sólo debían abolirse con efecto a 19 de marzo de 1995.

12. Normalmente, para la realización de «operaciones portuarias», definidas en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley de 1994 como «la carga, descarga, transbordo, almacenamiento y manipulación en general de mercancías y de cualesquiera otros materiales en el área portuaria [...]», se requiere una autorización de la autoridad portuaria. [22] De acuerdo con el apartado 6 del artículo 16, «la autorización tendrá una duración que dependerá del programa operativo presentado por la empresa o, cuando la empresa autorizada sea titular asimismo de una concesión a efectos del artículo 18, una duración idéntica a la de la propia concesión [...]». [23] En el apartado 7 del artículo 16 se dispone que el número de autorizaciones concedidas se determinará «teniendo en cuenta las exigencias de funcionalidad del puerto y del tráfico, asegurando, en todo caso, la máxima competencia en el sector».

13. En el artículo 18 se contempla la concesión a operadores individuales de autorizaciones temporales, en forma de concesiones exclusivas de las «áreas de dominio público y

20 — GURI nº 21, de 4 de febrero de 1994. Según la información proporcionada por la Comisión en sus observaciones escritas, la Ley de 1994 entró en vigor el 19 de abril de 1994.

21 — Véase el punto 17 *infra*.

22 — Sin embargo, resulta pertinente en el presente caso que las compañías portuarias transformadas están exentas de este requisito. Véase el punto 16 *infra*.

23 — Así, tanto las empresas que cuentan con una autorización de este tipo (en lo sucesivo, «operadores portuarios autorizados») como las empresas a las que se hayan otorgado concesiones para operar en determinados terminales portuarios con arreglo al artículo 18, de las que se tratará en el siguiente punto, deben inscribirse en el registro.

los muelles del área portuaria a las empresas a que se hace referencia en el párrafo tercero del artículo 16 para la realización de operaciones portuarias, excepto los inmuebles de dominio público utilizados por las Administraciones públicas para el ejercicio de funciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias [...]». [24] En el apartado 2 del artículo 18 se prevé la reserva «en el área portuaria, de zonas de trabajo para la realización de operaciones portuarias por otras empresas no concesionarias». En el apartado 6 del artículo 18 se establecen tres conjuntos de requisitos que debe cumplir una empresa para que se le otorgue una concesión con arreglo al apartado 1 del artículo 18, a saber: «[que] presente [...] a) junto con su solicitud, un programa de actividades, respaldado por las garantías apropiadas, incluso de tipo fiduciario, dirigido a incrementar el tráfico y la productividad del puerto; b) posea [...] un equipamiento técnico y organizativo adecuado, incluso desde el punto de vista de la seguridad, para atender las necesidades de un ciclo de producción y operativo continuado e integrado por cuenta propia y de terceros; c) disponga [...] de una plantilla adecuada al programa de actividades mencionado en la letra a)».

14. En definitiva, tal y como se indica en la nota informativa del órgano jurisdiccional nacional, la nueva normativa «continúa permitiendo la presencia simultánea de empresas autorizadas y empresas concesionarias que, en teoría, operan en las mismas zonas portuarias». Sin embargo, a los operadores de terminales ya no sólo se les permite utilizar su propio personal, sino que, de hecho, se les exige que cuenten con una plantilla «adecuada al programa de actividades» por el cual se les ha otorgado la concesión. No se permite utilizar los servicios de los trabajadores portuarios de los operadores portuarios autorizados.

15. La excepción expresa a la prohibición general de colocación privada de trabajadores establecida en la Ley de 1960, a la que se hace referencia en la resolución de remisión, figura en el artículo 17 de la Ley de 1994, que debe interpretarse en relación con el apartado 1 del artículo 21 y el apartado 3 del artículo 23 de la misma. El apartado 1 del artículo 17 establece lo siguiente:

«Cuando el personal dependiente [de los operadores portuarios autorizados] a que se hace referencia en el artículo 16, comprendido el personal empleado en régimen de movilidad temporal [movilitá temporanea] a efectos del párrafo tercero del artículo 23, [25] no sea suficiente para hacer frente a las necesidades operativas, dichas empresas podrán solicitar a las sociedades o cooperativas a que se hace referencia en la letra b) del párrafo primero del artículo 21 de la presente Ley, como excepción al artículo 1 de la Ley nº 1369,

24 — Por razones de comodidad, en lo sucesivo se denominará a los titulares de dichas concesiones «operadores de terminales».

25 — Al parecer, aquellos empleados de las compañías portuarias que no sean necesarios tras la transformación de dichas compañías con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, y que no sean empleados de algún otro modo por los operadores portuarios autorizados y los operadores de terminales, seguirán al servicio de las compañías transformadas en régimen de empleo temporal. Las condiciones de aplicación de este régimen deberán definirse por decreto, si bien no se ha remitido al Tribunal de Justicia a ningún decreto a tal efecto.

de 23 de octubre de 1960, el personal necesario para efectuar simples prestaciones de trabajo.» [26]

El artículo 21 de la Ley de 1994 obligaba a las compañías portuarias que anteriormente disfrutaban de un monopolio con arreglo al artículo 110 del Código [27] a transformarse, antes del 18 de marzo de 1995, en alguna de las dos formas de empresa siguientes: [28]

«a) en una sociedad o en una cooperativa acorde con los tipos de sociedad previstos en los Títulos V y VI del Libro 5 del Código Civil para la realización de las operaciones portuarias en condiciones de competencia; o bien

b) en una sociedad o en una cooperativa acorde con los tipos de sociedad previstos en los Títulos V y VI del Libro 5 del Código Civil para la prestación de servicios, incluyendo, como excepción al artículo 1 de la Ley nº 1369, de 23 de octubre de 1960, las simples prestaciones de trabajo, hasta el 31 de diciembre de 1995». [29]

16. De las observaciones formuladas ante este Tribunal y, en particular, de las respuestas del Agente de la República Italiana a las preguntas formuladas en la vista se desprende que ambas formas de compañía transformada con arreglo al apartado 1 del artículo 21 de la Ley de 1994 pueden realizar operaciones portuarias para las cuales otras empresas cuentan con autorizaciones otorgadas con arreglo al artículo 16 de dicha Ley (o al artículo 68 del Código). En consecuencia, una compañía transformada, como la que actualmente opera en el puerto de La Spezia, de conformidad con la letra b) del apartado 1 del artículo 21, puede a la vez competir con

26 — En los puertos en los que no se haya transformado ninguna compañía o cooperativa con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 21 de la Ley de 1994 (a la cual se hará referencia de inmediato), mediante el apartado 2 del artículo 17 se faculta a las autoridades portuarias competentes, tal y como señaló la Comisión en sus observaciones escritas, a promover la constitución, una vez más como excepción al artículo 1 de la Ley de 1960, de una asociación laboral portuaria (associazione del lavoro) para hacer frente a las fluctuaciones del tráfico y garantizar la máxima eficiencia de las actividades portuarias, y a la que los operadores de terminales pueden solicitar la puesta a disposición de mano de obra temporal. No obstante, el presente asunto prejudicial, referido al puerto de La Spezia, tiene por objeto una situación en la que, en particular según la información proporcionada al Tribunal de Justicia durante la vista, parece que se transformó una compañía portuaria con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 21. Desde luego, la omisión expresa, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de cualquier referencia al tenor del apartado 2 del artículo 17 en su nota informativa constituye un indicio inequívoco de que en La Spezia no existe ninguna asociación laboral portuaria.

27 — Véase el punto 3 *supra*.

28 — En lo sucesivo, «compañías transformadas».

29 — De la información proporcionada por la Comisión y la República Italiana en respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal se desprende que el plazo del 31 de diciembre de 1995 fue inicialmente ampliado hasta el 30 de septiembre de 1996 mediante el Decreto-ley nº 322, de 17 de junio de 1996. Además, de conformidad con la Ley nº 674, de 23 de diciembre de 1996 (GURI, Serie generale, nº 303, de 28 de diciembre de 1996), el artículo 17 de la Ley de 1994 fue sustituido por un nuevo artículo 17 que es el que regula actualmente la duración de la excepción a la prohibición de actividades de colocación privadas establecida en el artículo 17 y en el apartado 1 del artículo 21 de la Ley de 1994. En tanto se produce la modificación de la Ley de 1960, que aparentemente se encuentra en estudio, la nueva disposición contempla la constitución, a iniciativa de las autoridades portuarias competentes, de un consorcio voluntario (consorzio volontario) en cada puerto que integre a los operadores portuarios autorizados, los operadores de terminales y las compañías transformadas ya existentes. Cuando se constituya un consorcio de este tipo, la autoridad portuaria podrá autorizar a uno o varios de los potenciales miembros del consorcio para que proporcione, no obstante lo dispuesto en la Ley de 1960, mano de obra temporal al resto de los miembros. En caso de que no se constituya un consorcio de este tipo, la nueva disposición prevé la creación de una «agencia» que preste con carácter exclusivo el servicio de facilitar trabajadores temporales (Agenzia per l'erogazione de mere prestazioni di mano d'opera). Sin embargo, en tanto se crea un consorcio o una agencia de este tipo, el apartado 2 del artículo 17 parece mantener de forma indefinida, en favor de las compañías transformadas, el derecho exclusivo a beneficiarse de una excepción a la Ley de 1960 por lo que respecta a la puesta a disposición de mano de obra temporal en los puertos.

empresas como las representadas por los inculpados en el procedimiento principal en la prestación de servicios a los usuarios del puerto y disfrutar de un derecho exclusivo por lo que respecta a la puesta de mano de obra temporal a disposición de dichas empresas. Este último derecho podría extenderse, al menos según la interpretación de la Ley de 1960 sostenida por el Ministerio Público en el procedimiento principal, a la prestación, mediante subcontratación, de servicios intensivos en mano de obra en los puertos. Por último, resulta, en particular de las observaciones orales formuladas ante este Tribunal, que en La Spezia existió una compañía transformada con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 21 de este tipo al menos durante la mayor parte del período (véase el punto 17 *infra)* al que se refiere la acción penal objeto del procedimiento principal. [30]

III. Hechos y procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional

17. En el procedimiento principal ante la Pretura Circondariale di La Spezia (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional nacional»), el Sr. Raso y los otros inculpados (en lo sucesivo, «inculpados») fueron acusados, conjunta y solidariamente, de haber cometido varias infracciones de los artículos 1 y 2 de la Ley de 1960. [31] Según el escrito de acusación, formalizado el 31 de octubre de 1995, los delitos imputados consisten, respectivamente, en: «a) proporcionar en régimen de "arrendamiento de mano de obra" trabajadores que pertenecen a cooperativas debidamente autorizadas con arreglo a dicho artículo 68 del Código de Navegación para la prestación de servicios al operador de terminal La Spezia Container Terminal; b) utilizar, como responsables de dicho operador de terminal, trabajadores "puestos a su disposición" por dichas cooperativas autorizadas» durante el período comprendido entre el 9 de julio de 1990 y el 31 de mayo de 1994. [32]

18. En la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional considera que la aplicación, defendida por el Ministerio Público, «de la normativa del mencionado artículo 1 de la Ley nº 1369/60 al contrato de arrendamiento entre el operador de la terminal (como comitente) y empresas terceras (como

30 — En efecto, en la vista el Abogado de los inculpados sostuvo que la compañía transformada del puerto de La Spezia actuaba en la práctica como un operador de terminal.

31 — Los inculpados son en realidad los representantes legales del operador de la terminal y de otras cinco compañías y cooperativas cuyas actividades han sido censuradas por el Ministerio Público. Según la información facilitada en la vista al Tribunal, todas ellas fueron inicialmente autorizadas a realizar operaciones portuarias con arreglo al artículo 68 del Código, pero posteriormente obtuvieron autorizaciones con arreglo al artículo 16 de la Ley de 1994 (y presumiblemente también con arreglo a las disposiciones correspondientes de los Decretos-ley que antecedieron a la adopción de la Ley). El operador de la terminal, La Spezia Container Terminal (en lo sucesivo, «LSCT»), cuyo representante es el Sr. Raso, obtuvo una concesión como operador de terminal con arreglo al artículo 18 de la Ley de 1994.

32 — La duración de este período (en lo sucesivo, «período pertinente») se deriva del examen de los autos. La Comisión alega que el Tribunal de Justicia debe tomar mayo de 1994, es decir, el mes siguiente a la entrada en vigor de la Ley de 1994, como momento determinante del período pertinente a efectos de la respuesta a las cuestiones planteadas. Dado que, efectivamente, la Ley de 1994 codifica las normas contenidas en Decretos-ley anteriores (véase el punto 10 *supra),* esta sugerencia parece adecuada, aun cuando parte del período pertinente (casi un año y medio) es en realidad anterior a la sentencia Porto di Genova.

contratistas) tendría por efecto inducir al operador de la terminal a dotarse de una organización vertical capaz de garantizar al usuario todos los servicios [...]» que requiera. Aunque el órgano jurisdiccional nacional no se refiere a las repercusiones financieras de una organización de ese tipo para los operadores de terminales o para sus clientes, identifica las siguientes consecuencias: «[...] por una parte, de impedir el acceso al mercado a cualquier otra empresa y, por otra, de reforzar en mayor medida aún su propia posición dominante [...]». [33]

19. Si bien el órgano jurisdiccional nacional aún no ha resuelto si la Ley de 1960 «puede interpretarse en el sentido de que prohíbe tales formas de cooperación entre operadores de terminales y otras empresas autorizadas distintas de las referidas en el artículo 17 de la Ley nº de 1994, es decir, de las antiguas compañías portuarias transformadas», afirma, sin embargo, que si dicha interpretación fuera correcta, de ello se derivarían las dos consecuencias indicadas en el punto anterior. El órgano jurisdiccional nacional afirma que «[...] el puerto de La Spezia es el puerto con mayor tráfico de contenedores del Mediterráneo y que la sociedad La Spezia Container Terminal mueve cerca del 70 % de los contenedores que entran o salen del puerto. Entre los usuarios de La Spezia Container Terminal hay, entre otros, transportistas y compañías navieras de varios Estados miembros de la Unión Europea». En consecuencia, resolvió someter al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado, las siguientes cuestiones:

«1) El artículo 59 del Tratado, ¿se opone a una normativa italiana que prohíbe a una empresa titular de una concesión de terminal portuaria recurrir a la actividad de otras empresas —no constituidas por ex compañías y grupos portuarios— para la prestación de servicios que entran en el ciclo de prestaciones facilitadas a usuarios entre los que figuran sujetos de otros Estados miembros, significando además que, por efecto de la normativa italiana, la empresa concesionaria de una terminal está obligada a organizar por sí misma toda la gama de servicios que pueden ser requeridos por el usuario en la terminal portuaria, con el riesgo de menoscabar el acceso al mercado de servicios concretos por parte de empresas autorizadas a operar en el puerto, diversas de las mencionadas en la letra b) del párrafo 1 del artículo 21 de la Ley 84/90?

2) El apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 86 del Tratado CE, ¿se opone a una normativa nacional que (por los efectos que causa sobre el mercado, esto es, por una parte, impedir a empresas distintas del concesionario de la terminal —y no constituidas por ex compañías y grupos portuarios— convertirse en prestadores de servicios en el interior del puerto en favor de los usuarios interesados; además, obligar al concesionario de la terminal a prestar todas

33 — A este respecto, el órgano jurisdiccional se remite, sin más explicaciones, a la sentencia Porto di Genova.

las operaciones y servicios portuarios requeridos en la terminal; por otra parte también, hacer imposible al usuario encargar algunos servicios a empresas elegidas por él mismo distintas del concesionario de la terminal) determine una configuración del mercado en la que el usuario sólo pueda tener relación contractual con el concesionario de la terminal para toda la gama de servicios de los que tiene necesidad con ocasión de la escala en un puerto en que el concesionario o los concesionarios de terminales posean una posición dominante sobre el mercado a los efectos del artículo 86 del Tratado?

3) Los artículos 59 y 90, en relación con el artículo 86 del Tratado CE, ¿se oponen en todo caso a una normativa nacional que permita exclusivamente a un sujeto que opera en un puerto, prestar, en favor de otras empresas que operan en ese mismo puerto, y en particular de las empresas concesionarias de terminales, servicios limitados únicamente a proporcionar mano de obra?»

IV. Observaciones

20. Presentaron observaciones escritas los inculpados, la República Italiana, la República Francesa, la República Federal de Alemania, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comisión, todos los cuales presentaron asimismo observaciones orales, con la excepción de Alemania y el Reino Unido.

V. Examen de la primera cuestión

21. La primera cuestión versa, en lo esencial, sobre la compatibilidad exclusivamente con el artículo 59 del Tratado, de la normativa nacional que tiene por efecto impedir a los operadores de terminales de los puertos italianos contratar los servicios de cualquier tipo de subcontratistas menos uno (a saber, las compañías transformadas) en el marco de la prestación de servicios de operador de terminal a los usuarios del puerto. Pese a las dudas expresadas sobre la pertinencia del artículo 59 en relación con los hechos del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, procede examinar la eventual aplicación de dicho artículo antes de abordar las restantes cuestiones planteadas, ya que si el Tribunal estimara que una restricción de este tipo es incompatible con el artículo 59, la acción penal objeto del procedimiento principal quedaría sin objeto.

A. *La aplicación* prima facie *del artículo 59 del Tratado*

22. La primera cuestión se centra en los efectos restrictivos de la prohibición de que los operadores de terminales se sirvan de mano

de obra temporal no proporcionada por las compañías transformadas. Si bien esta restricción se deriva tanto de la Ley de 1960 como de la Ley de 1994, de la remisión expresa a la letra b) del párrafo primero del artículo 21 de la Ley de 1994 que hace el órgano jurisdiccional nacional en el texto de su primera cuestión se deduce, a mi entender, que desea que el Tribunal centre su análisis en la Ley de 1994.

23. A este respecto, tal y como queda indicado en el punto 18 *supra*, el órgano jurisdiccional nacional se refiere en especial a las consecuencias de la prohibición para la capacidad de los operadores de terminales de prestar a sus clientes «todos los servicios».

24. Los inculpados sostienen que la Ley de 1960 constituye una restricción de la libre prestación de servicios por parte de los operadores de terminales a las compañías navieras que utilizan el puerto. Al impedir a los operadores de terminales recurrir a los servicios especializados de los operadores portuarios autorizados, aquéllos se ven obligados a efectuar una integración vertical. Afirman que dicha integración les hace perder los beneficios de las economías de escala y de la profesionalidad que se derivan de la posibilidad de recurrir, para determinados servicios requeridos por los usuarios, como la retirada y fijación de los contenedores, a los servicios de empresas especializadas que operan en el conjunto del puerto; además, se ven obligados a soportar los costes adicionales que supone emplear a los trabajadores necesarios para prestar esos servicios por sí solos. Los inculpados sostienen que la manera más eficiente de prestar los muchos servicios que requiere un usuario del puerto es mediante un único contrato con un operador de terminal, que a su vez emplee a subcontratistas. Esto facilita la imputación de responsabilidades en caso de pérdidas. En opinión de los inculpados, para acreditar la aplicabilidad del artículo 59 del Tratado es suficiente con el hecho de que las normas italianas constituyen una restricción de la prestación de servicios por parte de los operadores de terminales a las compañías navieras establecidas en otros Estados miembros. [34]

25. Tanto la República Italiana como la Comisión observan que todas las empresas implicadas en el procedimiento principal son italianas. A su juicio, el único elemento transfronterizo concebible en los servicios prestados a LSCT por las compañías representadas por los otros inculpados, además del Sr. Raso, es puramente hipotético; a saber, la posibilidad de que, dado el carácter exclusivo de la excepción a la Ley de 1960 establecida en favor de las compañías transformadas, pudiera impedirse a una empresa no italiana prestar dichos servicios. Sin embargo, si el Tribunal considerara que dicho elemento es suficiente, en principio, para que se aplique el artículo 59 del Tratado, la Comisión alegaría que la reserva de los beneficios de la excepción a las disposiciones generales de la Ley de 1960 en favor de las compañías transformadas, todas ellas italianas, debe considerarse incompatible con dicho artículo.

34 — Para invocar este principio con respecto a su propio Estado miembro, los inculpados citan, en particular, la sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141).

26. El órgano jurisdiccional nacional, sin pronunciarse de manera definitiva sobre el Derecho nacional aplicable, considera que procede, a efectos del presente caso, suponer que los servicios controvertidos pueden considerarse incursos en la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley de 1960. En consecuencia, la cuestión que se suscita, al menos por lo que respecta al artículo 59 del Tratado, es la de si las consecuencias de una prohibición como la contenida en la Ley de 1960 y una excepción exclusiva como la concedida con arreglo a la Ley de 1994, que favorece únicamente a empresas italianas, constituyen una restricción de la libre prestación de servicios.

27. En mi opinión, las objeciones de la República Italiana y la Comisión con respecto a la pertinencia del artículo 59 en relación con los hechos objeto del procedimiento principal son erróneas. Al centrarse en la libre prestación de servicios de colocación de trabajadores en los puertos, que, con arreglo a las normas nacionales pertinentes, está reservada a las compañías transformadas, sus objeciones pasan por alto la verdadera restricción identificada por el órgano jurisdiccional nacional en la resolución de remisión (véase, en particular, el punto 22 *supra*), a saber, la que afecta a las actividades de los operadores de terminales y, por extensión, a los operadores portuarios autorizados en la prestación de servicios portuarios a una clientela integrada en buena parte por compañías navieras establecidas en otros Estados miembros. De la información que obra en autos se desprende claramente que ninguno de los inculpados pretendió jamás establecerse como empresa de colocación de mano de obra, ni temporal ni de otro tipo. Por el contrario, LSCT alega que pretendía, mediante la subcontratación de determinadas tareas a otras empresas autorizadas, ofrecer un servicio de operador de terminal lo más eficiente posible a los usuarios de su terminal. La imposición del monopolio de las compañías transformadas impediría una forma de cooperación que, hasta ahora, se consideraba un medio eficiente de ejercer sus actividades autorizadas en el puerto.

28. Por tanto, el elemento central de la primera cuestión es la compatibilidad con el artículo 59 del Tratado de la concesión de un monopolio para la puesta a disposición de mano de obra temporal en favor de determinadas compañías portuarias (forzosamente nacionales). La cuestión de su compatibilidad con el Derecho comunitario se plantea debido a los efectos del monopolio en la prestación de servicios portuarios a los usuarios nacionales y extranjeros de puertos italianos por parte de empresas, como las inculpadas, que cuentan con autorización para prestar dichos servicios, en particular si se considera el hecho de que dichas empresas pueden tener que hacer frente a la competencia de las empresas que disfrutan del monopolio. En mi opinión, dado que los otros inculpados, además del Sr. Raso, fueron efectivamente acusados en el procedimiento principal de cooperar con LSCT en la prestación por parte de esta última de un servicio integral a sus clientes, procede centrarse, como de hecho ya hizo el órgano jurisdiccional nacional en su resolución de remisión, en la situación de los operadores de terminales con arreglo a las normas nacionales impugnadas. En efecto, si se considerara en sí misma la situación de los otros inculpados,

además del Sr. Raso, los cuales representan a sociedades italianas acusadas de haber efectuado actividades ilegales en cooperación con LSCT, otra sociedad italiana, sería difícil identificar una dimensión comunitaria específica, al menos a efectos del artículo 59.

29. En la sentencia Debauve y otros, el Tribunal de Justicia declaró que «las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro», [35] lo que «[...] depende de apreciaciones de hecho que corresponde realizar al órgano jurisdiccional nacional». [36] En el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional basó su opinión, según la cual existe un elemento intracomunitario suficiente, en el hecho de que muchos de los usuarios de los servicios controvertidos eran empresas establecidas en Estados miembros distintos de Italia. El Agente de la Comisión en la vista alegó que no era posible identificar la nacionalidad de los usuarios de los servicios de LSCT. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que, una vez que existe un elemento transfronterizo, la nacionalidad precisa de los destinatarios de los servicios carece de relevancia. [37] Además, a la luz de la opinión del órgano jurisdiccional nacional con respecto a la nacionalidad no italiana de los clientes de LSCT, la aplicación de las normas nacionales que propugna el Ministerio Público también afectaría potencialmente a los usuarios de puertos no italianos. [38]

30. Es cierto que, en la sentencia Höfner y Elser, que se refería «a un litigio entre asesores en materia de selección de personal alemanes y una empresa alemana, relativo a la selección de un ciudadano alemán», el Tribunal, remitiéndose a la sentencia Debauve y otros, no encontró «[...] relación alguna con cualquiera de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario», una afirmación que no debía «quedar invalidada por el hecho de que el contrato celebrado entre los asesores en materia de selección de personal y la empresa incluya la *posibilidad teórica* de buscar candidatos alemanes residentes en otros Estados miembros o nacionales de estos Estados». [39]

35 — Sentencia de 18 de marzo de 1980 (52/79, Rec. p. 833), apartado 9.

36 — *Ibidem.*

37 — Véase la sentencia de 17 de mayo de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), en la que el Tribunal no consideró, en contra de la recomendación expresa del Abogado General Sr. Elmer, que la circunstancia de que los demandantes en el procedimiento principal fueran nacionales de un país tercero en el momento de los hechos fuera suficiente para privarles del derecho a invocar el artículo 59 para impugnar una bonificación de tipos de interés concedida en Luxemburgo que, en la práctica, sólo era accesible para los préstamos contraídos con bancos establecidos en Luxemburgo.

38 — En la sentencia de 7 de mayo de 1997, Pistre y otros (asuntos acumulados C-321/94 a C-324/94, Rec. p. I-2343), el Tribunal desestimó, bien es cierto que en el marco del artículo 30 del Tratado, la alegación según la cual dicho artículo era inaplicable a un proceso penal incoado en Francia contra una sociedad francesa por haber supuestamente etiquetado de forma ilegal como originarios de una determinada zona de montaña francesa productos destinados a la venta en el mercado francés. El Tribunal declaró (en el apartado 44) que «[...] si bien es cierto que la aplicación de una medida nacional que efectivamente no tenga relación alguna con la importación de mercancías no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado [...] no puede, sin embargo, excluirse la aplicación de esta disposición por el mero hecho de que, en el caso concreto sometido al órgano jurisdiccional nacional, todos los elementos se circunscriban al interior de un Estado miembro». Aun en esas circunstancias, el Tribunal estimó (en el apartado 45) que «[...] la aplicación de la medida nacional también puede tener efectos sobre la libre circulación de mercancías entre Estados miembros, especialmente cuando la medida de que se trate favorezca la comercialización de mercancías de origen nacional en perjuicio de las mercancías importadas».

39 — Citada en la nota 35 *supra*, apartados 38 y 39 (el subrayado es mío).

Sin embargo, en el presente caso, tal como señaló el órgano jurisdiccional nacional, una proporción importante de los usuarios del puerto, y en particular de los servicios de LSCT, están establecidos en otros Estados miembros.

31. Por lo que respecta al hecho de que todos los inculpados en el presente caso sean sociedades italianas, la jurisprudencia reciente del Tribunal sustenta de manera concluyente la tesis según la cual una persona puede invocar el artículo 59 del Tratado con respecto a su propio Estado miembro. Así se desprende, como más recientes, de las sentencias Alpine Investments, [40] Corsica Ferries [41] y Sodemare y otros. [42] En la sentencia Corsica Ferries, el Tribunal, pese a examinar el alcance de la libre prestación de servicios de transporte marítimo establecida mediante el Reglamento nº 4055/86, [43] declaró que «en el caso objeto del litigio principal, la empresa establecida en un Estado miembro y que explota un servicio de línea regular con otro Estado a que se refiere el Reglamento nº 4055/86 ofrece dichos servicios, por su propia naturaleza, en particular a personas establecidas en el segundo Estado». [44] En la sentencia Sodemare y otros, relativa a la prestación de servicios en residencias de ancianos, el Tribunal declaró que «el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa con respecto al Estado en el que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro [...]». [45]

32. De ello se desprende, en mi opinión, que un operador de terminal establecido en un Estado miembro que presta frecuentemente servicios portuarios a clientes establecidos al menos en otro Estado miembro puede invocar el artículo 59 del Tratado contra normas nacionales que tienen por efecto restringir su capacidad para prestar servicios libremente. Por tanto, es necesario examinar si las normas de que se trata constituyen una restricción de este tipo.

B. *La posible aplicación de los artículos 30 y 48 del Tratado*

33. Aunque en el presente asunto no se ha planteado ninguna cuestión relativa a la aplicación del artículo 30 del Tratado, no quisiera pasar por alto las consideraciones que hizo el Tribunal a ese respecto en la sentencia Porto di Genova. El Tribunal se refirió a la

40 — Citada en la nota 34 *supra*; véase, especialmente, el apartado 30.

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

42 — Sentencia de 17 de junio de 1997 (C-70/95, Rec. p. I-3395).

43 — Reglamento (CEE) nº 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (DO L 378, p. 1). Concuerdo con la opinión expresada por el Abogado General Sr. Van Gerven en el punto 16 de sus conclusiones en el asunto Porto di Genova, según la cual «procede hacer una distinción entre las actividades portuarias y los transportes marítimos propiamente dichos [...]» (Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5913). En mi opinión, la misma distinción debe hacerse, *mutatis mutandis*, entre la prestación de servicios portuarios y de servicios de transporte marítimo.

44 — Sentencia Corsica Ferries, apartado 30. Debe señalarse que en el apartado 1 del artículo 1 del Reglamento se dispone expresamente que «la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros se aplicará a los nacionales de los Estados miembros que estén establecidos en un Estado miembro distinto del Estado al que pertenezca la persona a la que van dirigidos dichos servicios».

45 — Sentencia Sodemare y otros, apartado 37. No obstante, en aquel asunto se consideró que, aunque algunos de los destinatarios de los servicios no eran italianos, todos ellos residían en Italia, donde se prestaban los servicios (véase el apartado 39).

apreciación del órgano jurisdiccional nacional según la cual «[...] la descarga de las mercancías habría podido ser efectuada, con menos gastos, por la tripulación del buque, de modo que el hecho de tener que recurrir necesariamente a los servicios de las dos empresas titulares de derechos exclusivos originó unos costes suplementarios y podía, por tanto, debido a su efecto sobre los precios de las mercancías, influir sobre las importaciones». [46] En su respuesta al órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal se remitió al apartado 1 del artículo 90, «en relación con los artículos 30, 48 y 86 de dicho Tratado». En las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional, se había hecho referencia al artículo 30, pero no al artículo 48, pese a lo cual este último fue ampliamente considerado en la sentencia. En la medida en que pienso que los efectos restrictivos sobre las importaciones del régimen de puesta a disposición de mano de obra temporal en los puertos italianos establecido mediante la Ley de 1994 tendrían, en el mejor de los casos, un carácter especulativo, estimo que el presente asunto no plantea ninguna cuestión relacionada con el artículo 30. [47]

34. Pese al silencio de la resolución de remisión a este respecto, no resulta fácil excluir la posible aplicación del artículo 48 del Tratado. En mi opinión, como consecuencia del hecho de que la Ley de 1994 establezca simultáneamente la transformación de las antiguas compañías portuarias, que, por su propia naturaleza de cooperativas de trabajadores de nacionalidad italiana, eran empresas exclusivamente italianas, y unas normas que obligan a las compañías transformadas, los operadores de terminales y los operadores portuarios autorizados a contratar con carácter preferente a los trabajadores portuarios anteriormente empleados por las compañías portuarias, puede sin lugar a dudas producirse la perpetuación en la práctica de la infracción del artículo 48 declarada por el Tribunal en la sentencia Porto di Genova. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, si continúa vulnerándose el artículo 48 y cuál es la incidencia de esta posible infracción, en su caso, en el proceso penal *a quo*.

C. *La restricción de la libre prestación de servicios de operador de terminal*

i) Observaciones de las partes y de los Estados miembros

35. Los inculpados sostienen que impedir a los operadores de terminales utilizar los servicios de otros operadores portuarios autorizados por el mero hecho de que dichos servicios tengan un elevado contenido de mano de obra constituye una restricción de la prestación de servicios portuarios tanto por parte de los operadores de terminales como por parte de otros operadores portuarios autorizados, ya que en la práctica induce a los primeros a ampliar sus actividades (y su personal) de forma antieconómica para poder ofrecer a los usuarios una gama completa de servicios portuarios, a la vez que niega a los

46 — Sentencia Porto di Genova, apartado 22.

47 — Véase, a este respecto, la sentencia de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453), apartados 23 a 25.

segundos una valiosa fuente de trabajo potencial. [48] Los términos manifiestamente objetivos y no discriminatorios en que está formulada esta restricción no la libran de la incompatibilidad con el artículo 59 del Tratado, ya que, según sostienen los inculpados, los medios utilizados para alcanzar dicho objetivo en el sector portuario son desproporcionados y contradicen la lógica declarada de la reforma de dicho sector en Italia, que consiste en promover una creciente especialización y subcontratación de las actividades. En su opinión, una aplicación rigurosa de la actual legislación aplicable en el sector portuario, en particular de las normas nacionales sobre la competencia relativas a los posibles abusos por parte de los operadores de terminales de su posición cardinal en la prestación de servicios portuarios, y de la normativa nacional de protección de los trabajadores, como los salarios mínimos y la Seguridad Social de los trabajadores portuarios, sería suficiente para asegurar la consecución de los objetivos perseguidos por la Ley de 1960 en dicho sector. Por último, la reserva del trabajo en favor de las compañías transformadas, que, por su propia naturaleza, es muy probable que estén integradas por personas de nacionalidad italiana, podría constituir una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

36. La República Italiana, apoyada por Alemania, se refiere al carácter sensible del mercado de subcontratación de mano de obra. En la vista, su Agente alegó que la necesidad de proteger a los trabajadores portuarios contra los abusos de sus derechos derivados de las inevitables fluctuaciones de la cantidad de trabajo disponible justifica la adopción de medidas especiales por lo que respecta a la puesta a disposición de trabajadores portuarios temporales. En su opinión, la sentencia Webb, en particular, reconoció que los Estados miembros pueden limitar la libre prestación de servicios de puesta a disposición de mano de obra. [49] El Agente de la República Francesa, pese a admitir que determinadas medidas de protección pueden estar justificadas, alegó que la concesión de un monopolio como el controvertido constituía una medida discriminatoria e injustificable. Sin embargo, el Agente de la República Italiana alegó que dicho monopolio, dada la especial naturaleza de las compañías transformadas con arreglo a la Ley italiana, al ser a la vez asociaciones cooperativas de trabajadores portuarios y empresas mercantiles, constituía un medio apropiado para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores portuarios.

ii) Análisis

37. El régimen general de colocación de trabajadores establecido mediante las Leyes de 1949 y de 1960 nunca se ha aplicado en el

48 — Asimismo, invocan la restricción que de ello se deriva para el derecho de los usuarios a recibir todos los servicios portuarios que precisan de una sola empresa. Ahora bien, en mi opinión, las eventuales consecuencias negativas para los destinatarios de los servicios de una restricción de la prestación de los servicios de que se trata no pueden ser invocadas por el prestador para acreditar una infracción del artículo 59 del Tratado, a no ser que ello perjudique asimismo al ejercicio de su actividad. Así, en la sentencia Svensson y Gustavsson, por ejemplo, citada en la nota 37 *supra*, estaba claro que la restricción de la concesión de préstamos por parte de bancos no establecidos en Luxemburgo a clientes residentes en Luxemburgo que se derivaba de las medidas luxemburguesas impugnadas también afectaba negativamente a la libertad de recibir servicios bancarios de los demandantes en el procedimiento principal. En el presente caso, dado que opino que la restricción de la puesta a disposición de mano de obra que no provenga de las compañías transformadas afecta negativamente a la prestación de servicios de operador de terminal, no considero necesario examinar por separado la relevancia de la posible restricción del derecho de los usuarios no italianos de los puertos italianos a recibir libremente servicios portuarios.

49 — Sentencia de 17 de diciembre de 1981 (279/80, Rec. p. 3305).

sector portuario. En efecto, el monopolio original conferido a las compañías portuarias mediante las disposiciones resumidas en la Sección II *supra* ha sido sustituido ahora por un nuevo monopolio en beneficio de una versión transformada de los antiguos monopolistas, relativo a la puesta de mano de obra temporal a disposición a los operadores de terminales y operadores portuarios autorizados. Así, a diferencia de las antiguas empresas portuarias, que no podían realizar operaciones portuarias por sí mismas, sino que tenían que encargar la totalidad del componente de mano de obra de dichas operaciones a las compañías portuarias, el nuevo monopolio sólo se aplica cuando los operadores de terminales son incapaces de prestar sus servicios utilizando únicamente a sus propios trabajadores portuarios. Sin embargo, un examen minucioso de los detalles del nuevo régimen revela que, en cierta medida, las restricciones existentes con arreglo a la antigua legislación sobre puertos se han mantenido, aunque bajo una forma distinta, en la Ley de 1994.

38. En primer lugar, los operadores de terminales están obligados a contar con una plantilla «adecuada» al programa de actividades que han presentado. A este respecto, merece la pena destacar, como señaló la Comisión en sus observaciones escritas, que hasta el 31 de diciembre de 1996 el apartado 3 del artículo 23 de la Ley de 1994 obligaba tanto a los operadores de terminales como a los operadores portuarios autorizados, así como a las compañías transformadas, a ofrecer un empleo con carácter preferente, siempre que existieran vacantes, a los trabajadores portuarios anteriormente empleados por las antiguas compañías portuarias que no hubieran vuelto a ser contratados como trabajadores fijos tras la transformación de dichas compañías. En segundo lugar, aquellos trabajadores portuarios de las antiguas compañías portuarias que no hubieran sido empleados de algún otro modo debían ser contratados por las compañías transformadas con arreglo a un régimen temporal cuyas condiciones de aplicación debían definirse por decreto ministerial. Por último, antes de poder recurrir a las compañías transformadas para la puesta a disposición de mano de obra temporal con arreglo al apartado 1 del artículo 17, tanto los operadores portuarios autorizados como los operadores de terminales deben utilizar en primer lugar toda la mano de obra disponible acogida al régimen temporal.

39. ¿Constituye este sistema una restricción de la libre prestación de servicios? En la medida en que afecta a un operador de terminal en la situación de LSCT, opino que sí. LSCT reivindica su derecho a prestar a los usuarios de puertos (que, a los efectos del presente análisis, son los establecidos en otros Estados miembros) una oferta completa de servicios portuarios, esto es, desea subcontratar diversos elementos de esa oferta con un alto contenido de mano de obra a otros operadores portuarios que, a su vez, están autorizados a prestar dichos servicios directamente a los usuarios. La Ley de 1994 prohíbe a los operadores de terminales y los diversos operadores portuarios autorizados cooperar con este fin. El sistema de cooperación está concebido para permitir a los operadores de terminales prestar al usuario final un servicio que se adapte a las necesidades

del puerto, que varían con el paso del tiempo, y en función de la necesidad de utilizar la mano de obra de manera eficiente y, de este modo, prestar los servicios al usuario del puerto a un menor coste. Si esos mismos servicios fueran ofrecidos por las compañías transformadas a un menor coste o si su mayor coste se viera compensado por una mayor calidad, cabe suponer que el operador de terminal optaría por utilizar dichos servicios. En mi opinión, la restricción radica en la denegación al operador de la terminal del derecho a elegir. Por último, procede recordar que sólo las compañías transformadas están autorizadas para prestar servicios tanto directamente a los usuarios finales como a los intermediarios en la cadena de servicios. En cambio, los operadores portuarios autorizados pueden prestar sus servicios libremente a los usuarios finales, pero no a los intermediarios: pero ya he dicho antes que esta restricción, por ser interna al Estado miembro, no está comprendida en sí misma en el ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado. [50] En cambio, la situación del operador de terminal es diferente. Se le niega el derecho de contratar los servicios de mano de obra temporal de su elección al diseñar la oferta de servicios que prestará a los usuarios finales.

40. Dado que considero que la normativa constituye una restricción de la libre prestación de servicios portuarios a los usuarios de otros Estados miembros por parte de los operadores de terminales, es preciso apreciar si dicha restricción puede considerarse justificada.

D. *Justificación*

i) Discriminación por razón de la nacionalidad

41. En el presente caso, la República Francesa, apoyada a este respecto con carácter subsidiario por la Comisión, sostuvo que, dada la nacionalidad italiana de las compañías transformadas, la restricción de que se trata discrimina por razón de la nacionalidad. Naturalmente, de ser así, las medidas italianas sólo podrían estar justificadas por las razones de interés general mencionadas en el apartado 1 del artículo 56 del Tratado, aplicadas a la libre prestación de servicios mediante su artículo 66. Tal y como ha declarado reiteradamente este Tribunal, estas razones no comprenden los objetivos de carácter económico. [51]

42. No me parece que la tesis de la República Francesa sobre la cuestión de la discriminación sea correcta. Como ya he señalado (véase el punto 28 *supra*), la cuestión fundamental que suscita la primera cuestión no es la compatibilidad con el Derecho comunitario del monopolio de las compañías transformadas, sino sus efectos indirectos sobre la libre prestación de servicios portuarios, en particular, por parte de los operadores de

50 — Véase, en particular, el punto 28 *supra*.

51 — Véase, por ejemplo, la sentencia Svensson y Gustavsson, citada en la nota 37 *supra*, apartado 15.

terminales. [52] El artículo 18 de la Ley de 1994 no impone a las empresas no italianas ninguna restricción para solicitar concesiones de operadores de terminales. En consecuencia, el monopolio de que se trata afecta potencialmente del mismo modo tanto a las empresas concesionarias nacionales como a las no nacionales y, en mi opinión, no puede considerarse discriminatorio.

ii) Justificación de la restricción indistintamente aplicable

43. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que las restricciones no discriminatorias de la libre prestación de servicios pueden imponerse en el marco de políticas «[...] justificadas por el interés general» cuando las disposiciones correspondientes se apliquen a «[...] cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio de dicho Estado, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido». [53] Este principio se ha aplicado también a las restricciones impuestas a un prestador de servicios por su Estado miembro de origen. [54] Puesto que soy de la opinión de que el monopolio de las compañías transformadas constituye una restricción potencial de la libre prestación de servicios portuarios a los usuarios no nacionales, es preciso apreciar si existe alguna razón imperiosa de interés general reconocida por el Derecho comunitario que justifique dicha restricción.

44. Debo señalar, en primer lugar, que no considero que la restricción impuesta a las actividades de los operadores de terminales por el monopolio conferido a las compañías reconstituidas pueda justificarse remitiéndose a la política general que preside el sistema de agencias de colocación públicas en Italia. Estoy convencido de que la comparación entre el monopolio original de las compañías portuarias y el monopolio de las operaciones portuarias de las compañías trasformadas demuestra que carece de sentido comparar las normas de colocación aplicables en el sector portuario en Italia con el régimen general de colocación establecido con arreglo a las Leyes de 1949 y 1960. Tal como señaló el Abogado General Sr. Elmer en sus conclusiones en el asunto Job Centre II, dicho régimen, a diferencia del monopolio de las compañías transformadas, se basa en un sistema de colocación obligatoria gestionado por agencias de colocación públicas. [55] Además, aunque la información facilitada al Tribunal de Justicia sobre la naturaleza de estas compañías transformadas sea escasa, está claro, totalmente al margen de la posibilidad de que las normas de preferencia (anteriormente descritas) que rigen la recolocación de los trabajadores portuarios anteriormente empleados por las compañías portuarias tengan por efecto, fundamentalmente, la perpetuación de la infracción del artículo 48 del Tratado identificada por el Tribunal en su

52 — Esta cuestión debe distinguirse de la posible infracción del artículo 48 del Tratado a la que me he referido en el punto 34 *supra*, y la posibilidad, de carácter más teórico, de que la concesión del monopolio de la puesta a disposición de mano de obra temporal a las compañías transformadas restrinja la libertad de establecimiento potencial en Italia de empresas de otros Estados miembros especializadas en la puesta a disposición de este tipo de mano de obra.

53 — Véase, entre otras muchas sentencias en el mismo sentido, la sentencia Webb, citada en la nota 49 *supra*, apartado 17.

54 — Véase, por ejemplo, la sentencia Alpine Investments, citada en la nota 34 *supra*, y las consideraciones formuladas en el punto 31 *supra*.

55 — Punto 11 de las conclusiones; véase también la nota 19 *supra*.

sentencia Porto di Genova, [56] que los objetivos a la vez mercantiles y cooperativos de dichas compañías las distinguen sustancialmente de las agencias de colocación públicas. Con todo, la República Italiana sostuvo que la Ley de 1994 está justificada por un objetivo más general de protección de los trabajadores.

45. La República Italiana alega que, en la sentencia Webb, el Tribunal reconoció el carácter «sensible» de las actividades de puesta a disposición de mano de obra. [57] En consecuencia, el Tribunal consideró que someter «[...] la puesta a disposición de mano de obra en su territorio a un régimen de autorización que permita denegar su concesión cuando existan motivos para temer que dicha actividad pueda perjudicar las buenas relaciones en el mercado de trabajo o que los intereses de los trabajadores interesados no estén suficientemente garantizados» [58] era una opción de política legítima de los Estados miembros. Más recientemente, en la sentencia Guiot, el Tribunal señaló que también «la protección social de los trabajadores del sector de la construcción» merece protección, «a causa de [las] circunstancias específicas de este sector». [59] Por tanto, el Derecho comunitario admite que la protección de los derechos de los trabajadores puede constituir una exigencia imperiosa de política. Sin embargo, en el presente caso, al margen de una referencia general al carácter cooperativo de las compañías transformadas, el Tribunal de Justicia no dispone de información alguna con respecto a cómo y en qué medida el monopolio de que disfrutan dichas compañías contribuye a la protección de los trabajadores portuarios.

46. El Tribunal ha declarado reiteradamente que los efectos restrictivos para los prestadores de servicios de las medidas nacionales indistintamente aplicables «debe[n] ser apropiad[os] para garantizar la realización del objetivo que se proponen y no ir más allá de lo necesario para su consecución». [60] De este modo, aun cuando los efectos del monopolio de las compañías transformadas pudieran contribuir, de manera general, a la protección de los trabajadores portuarios, la información de que dispone este Tribunal no proporciona ninguna indicación en el sentido de que el monopolio sea indispensable para la consecución de dicha protección ni que, como han alegado los inculpados, pueda alcanzarse el mismo nivel de protección con medios menos restrictivos. [61] En estas circunstancias, debe ser el órgano jurisdiccional nacional el que se encargue de apreciar las pruebas aportadas por las partes con respecto a la justificación de la restricción.

56 — A este respecto, basta recordar que todos los trabajadores portuarios empleados por las antiguas compañías portuarias eran nacionales italianos y que es esta categoría de trabajadores portuarios la que disfruta de derechos preferentes de colocación al amparo de las nuevas normas; véase el punto 34 *supra*.

57 — Citada en la nota 49 *supra*, apartado 18.

58 — *Ibidem*, apartado 19.

59 — Sentencia de 28 de marzo de 1996 (C-272/94, Rec. p. I-1905).

60 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 15.

61 — Tal vez resulte útil para el órgano jurisdiccional nacional indicar que, durante el presente procedimiento ante el Tribunal de Justicia, no se ha formulado ninguna alegación en el sentido de que los trabajadores portuarios anteriormente empleados por las compañías portuarias y posteriormente empleados de nuevo por los operadores de terminales u operadores portuarios autorizados hayan sufrido, como consecuencia de ello, menoscabo alguno de sus derechos.

47. En síntesis, a no ser que pueda acreditarse que el monopolio es indispensable para la protección de los trabajadores portuarios en los puertos italianos, soy de la opinión de que su aplicación a las actividades de operadores de terminales como LSCT constituiría una restricción inadmisible de la libre prestación de servicios portuarios dentro de la Comunidad contraria al artículo 59 del Tratado.

VI. Las cuestiones segunda y tercera

A. *Introducción*

48. Si el Tribunal de Justicia no comparte mi recomendación por lo que respecta a la primera cuestión, tendrá que abordar las cuestiones suscitadas en las cuestiones segunda y tercera, relativas, respectivamente, al artículo 86 del Tratado, en relación con el apartado 1 del artículo 90, por un lado, y a los artículos 59, 86 y 90 del mismo, por el otro.

49. En la nota informativa, el órgano jurisdiccional nacional centra su atención tanto en la prohibición general de las actividades de los intermediarios de mano de obra con arreglo a la Ley de 1960 como en la excepción a favor de las compañías transformadas contenida en la Ley de 1994. Refiriéndose al hecho acreditado de que los operadores portuarios autorizados representados por los otros inculpados además del Sr. Raso prestaron una serie de servicios a LSCT, el órgano jurisdiccional nacional desea saber, fundamentalmente, si el Derecho comunitario se opone a que una normativa nacional sea interpretada de tal modo que, en la práctica, prohíba la cooperación entre un operador de terminal y los operadores portuarios autorizados. Así pues, la segunda cuestión se centra en el posible abuso, por parte de los operadores de terminales, del monopolio que les confiere la Ley de 1994 por lo que respecta al uso de determinadas instalaciones portuarias, abuso que podría derivarse de la aplicación a los mismos de los artículos 1 y 2 de la Ley de 1960 interpretados en sentido amplio, en virtud de los cuales no pueden obtener mano de obra temporal de empresas portuarias distintas de las compañías transformadas. En cambio, la tercera cuestión se centra más concretamente en la posibilidad de que se produzca un abuso inevitable como consecuencia de la concesión, mediante la Ley de 1994, de un monopolio a las compañías transformadas, que también realizan operaciones portuarias y pueden ser incluso operadores de terminales en algunos puertos italianos, tal y como se afirma que sucede en el caso de La Spezia. Puesto que, a mi juicio, cabe razonablemente suponer que la denuncia que dio lugar a la incoación del proceso penal principal tenía por objeto proteger el monopolio de la compañía transformada del puerto de La Spezia, comparto la tesis formulada en la vista por el Abogado de los inculpados, según la cual la respuesta a la tercera cuestión tendrá una mayor incidencia en dicho procedimiento.

50. No obstante, procede recordar que la acción penal contra los inculpados no tiene por objeto —al menos no directamente— una supuesta infracción del monopolio de las compañías transformadas, sino, más bien,

una eventual infracción de la Ley de 1960. En consecuencia, no comparto por entero la opinión de la Comisión, según la cual la segunda cuestión es puramente hipotética y no es en modo alguno necesario abordarla. Si el Tribunal estimara que un monopolio como el de las compañías transformadas es incompatible con el Derecho comunitario, dicha conclusión, por sí sola, no impediría la aplicación a los operadores de terminales y operadores portuarios autorizados de una interpretación del Derecho nacional que considerara incompatible con los artículos 1 y 2 de la Ley de 1960 el tipo de cooperación entre ellos controvertida en el procedimiento principal. Así y todo, un pronunciamiento en el sentido de que el derecho exclusivo de las compañías transformadas a beneficiarse de una excepción a la Ley de 1960 es incompatible con el Derecho comunitario no podría dejar de tener consecuencias significativas para la compatibilidad con el Derecho comunitario de la restricción del derecho de los operadores de terminales recurrir a otros operadores portuarios autorizados para la puesta a disposición de servicios portuarios intensivos en mano de obra. Así pues, aunque sólo consideraré con detalle la tercera cuestión, más adelante volveré brevemente sobre la segunda cuestión.

B. *La tercera cuestión*

51. La consecuencia de hecho de la transformación obligatoria de las compañías portuarias conforme a lo establecido en la Ley de 1994 es que las compañías transformadas disfrutan de un monopolio por lo que respecta a la puesta a disposición de mano de obra temporal. [62] Además, si se confirma la interpretación de la Ley de 1960 adoptada por el Ministerio Público en el procedimiento principal, dicho monopolio se extenderá también a la puesta a disposición de todos los servicios intensivos en mano de obra prestados en los puertos. En consecuencia, considero que la Comisión tiene razón al reformular el texto de la tercera cuestión de modo que haga hincapié en la posición de las compañías transformadas. Básicamente, lo que el órgano jurisdiccional nacional desea saber es si, mediante la creación de un monopolio como ése en favor de las compañías transformadas, el Estado miembro interesado puede ser responsable de una infracción del artículo 86 del Tratado. A este respecto, la remisión adicional al artículo 59 que hace el órgano jurisdiccional nacional en la tercera cuestión parece superflua. Si el artículo 59 no se aplica de manera autónoma, como he sostenido, no creo que gane en importancia por el hecho de citarlo en relación con los artículos 86 y 90. [63]

i) La aplicación en principio del artículo 86

52. El artículo 86 del Tratado se aplica únicamente a las empresas que ocupen una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. No hay

62 — No parece que las agencias de colocación públicas establecidas con arreglo a la Ley de 1949 ejerzan su actividad en el sector portuario.

63 — En ninguna de las observaciones presentadas ante el Tribunal se ha sostenido que la puesta a disposición de trabajadores portuarios temporales constituya un «servicio de interés económico general» a efectos del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. En todo caso, habida cuenta de la sentencia Porto di Genova (véase el apartado 27) y de la opinión más inequívoca todavía del Abogado General Sr. Van Gerven (véase el punto 27 de sus conclusiones, Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5919), dicha disposición no podría aplicarse.

ninguna duda de que el concepto de «empresa» comprende sociedades que, como las compañías transformadas, tienen un carácter a la vez cooperativo y mercantil. [64]

53. En primer lugar, es necesario determinar si la Ley de 1994 tiene por efecto conferir a las compañías transformadas una posición dominante en una parte sustancial del mercado común. Aparentemente, no existe ninguna relación o vínculos particulares entre las compañías transformadas que operan en diferentes puertos italianos. Por tanto, procede considerar si puede decirse que la compañía transformada que opera en el puerto de La Spezia disfruta de una posición dominante a efectos del artículo 86.

54. Antes hay que identificar el mercado de productos relevante de acuerdo con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal. [65] Para delimitar el mercado de productos relevante, es fundamental determinar si existen productos o servicios competidores o sustitutivos. [66] En el presente caso, sólo las compañías transformadas pueden proporcionar mano de obra temporal en los puertos italianos, ya que la legislación italiana no permite a los empresarios que cuentan con una plantilla de personal fijo en los puertos competir con dichas compañías. En otras palabras, los servicios de la compañía transformada no pueden ser legalmente sustituidos por los de otros suministradores potenciales de trabajadores portuarios. De este modo, es la Ley la que define el alcance del mercado relevante. No obstante, para que pueda aplicarse el artículo 86 del Tratado, no es suficiente, por sí solo, que exista una posición dominante en un mercado concreto. Así, en la sentencia Höfner y Elser, el Tribunal declaró que «*puede* considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado [...]». [67] De ello se desprende que, para que efectivamente se aplique el artículo 86, el órgano jurisdiccional nacional debe estimar que el monopolio concedido a favor de la compañía transformada del puerto de La Spezia constituye una parte sustancial del mercado común.

55. A este respecto, el órgano jurisdiccional nacional ha concluido ya que La Spezia es el principal puerto de contenedores del Mediterráneo. Aunque el Agente de la República Italiana dio a entender en la vista que actualmente dicha conclusión puede subestimar la verdadera posición del puerto de Génova, nadie sostuvo que el juicio del órgano jurisdiccional nacional sobre la importancia de La Spezia fuera sustancialmente erróneo. En consecuencia, sin perjuicio de la prerrogativa de dicho órgano jurisdiccional de determinar en última instancia si el mercado de que se trata constituye una parte sustancial del mercado común, la importancia del puerto de La Spezia como terminal de contenedores para el comercio intracomunitario es en principio suficiente, a mi entender, como para que

64 — En la sentencia Höfner y Elser, por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró 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 [...]». Asimismo, declaró expresamente que «la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica»; citada en la nota 14 *supra*, apartado 21.

65 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207), especialmente el undécimo considerando, y de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartados 23 a 28.

66 — Véanse, por ejemplo, las sentencias United Brands/Comisión y Michelin/Comisión, *ibidem*, vigésimo segundo considerando y apartado 37, respectivamente, así como la sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, Rec. p. I-5951), apartado 19.

67 — Citada en la nota 14 *supra*, apartado 28 (el subrayado es mío).

pueda calificarse de sustancial, a los efectos del artículo 86 del Tratado, la posición que ocupa la compañía transformada con respecto a la puesta a disposición de mano de obra temporal en dicho puerto. A mi juicio, dicha apreciación no resulta enervada por el hecho, por lo demás importante, de que la Ley de 1994, a diferencia de las normas anteriormente aplicables con arreglo al Código, permita (o, en el caso de un operador de terminal como LSCT, obligue) a los potenciales clientes de los servicios de puesta a disposición de mano de obra temporal ofrecidos exclusivamente por la compañía transformada a contar con una plantilla de personal adecuada a sus propias necesidades. Por tanto, considero, sin perjuicio de la apreciación de todos los hechos pertinentes por parte del órgano jurisdiccional nacional, que la posición de exclusividad conferida por la Ley de 1994 a una compañía transformada como la que opera en un puerto del tamaño y la importancia en términos de carga de La Spezia puede constituir una posición dominante en una parte sustancial del mercado común a efectos de la aplicación del artículo 86 del Tratado.

56. Ya he dicho que considero que la restricción de la libre prestación de servicios portuarios dentro de la Comunidad derivada del monopolio conferido a las compañías transformadas puede estar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado. [68] Dada la importancia del puerto de La Spezia, considero asimismo que cualquier abuso por parte de la compañía transformada de ese puerto de la posición dominante de que disfruta afectaría al comercio entre los Estados miembros a efectos del artículo 86.

68 — Véanse los puntos 22 a 34 *supra*.

En cualquier caso, debe recordarse que, a los efectos de la aplicación del artículo 86, no es necesario demostrar que el comportamiento abusivo denunciado ha afectado efectivamente a dicho comercio, sino que, por el contrario, tal y como ha declarado reiteradamente este Tribunal, «basta con demostrar que este comportamiento puede producir dicho efecto». [69]

ii) La responsabilidad del Estado miembro y las exigencias del apartado 1 del artículo 90

57. El artículo 86 del Tratado se refiere exclusivamente al comportamiento de las empresas. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pone de manifiesto que, en determinadas circunstancias, puede generarse la responsabilidad de los Estados miembros por las infracciones del Derecho comunitario de la competencia derivadas de las actividades de las empresas. A este respecto, en la sentencia Porto di Genova el Tribunal declaró 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». [70] Sin embargo, también declaró que un Estado miembro infringe dichas disposiciones cuando la empresa a la que se ha conce-

69 — Véase, entre otras, la sentencia Höfner y Elser, apartado 32. En efecto, en sus conclusiones en aquel asunto el Abogado General Sr. Jacobs propuso (punto 48) que el artículo 86 se aplicase incluso en situaciones meramente internas. Así, por lo que respecta a la aplicación del artículo 86, el Tribunal debe considerar «todas las consecuencias del comportamiento denunciado para la estructura de la competencia en el mercado común [...]»; véase la sentencia de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223), punto 33.

70 — Apartado 16.

dido el monopolio abuse de su posición dominante mediante el simple ejercicio de sus derechos exclusivos o cuando esos derechos pueden crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos. Por tanto, es necesario examinar el alcance de estos requisitos para determinar si puede considerarse que los cumple una normativa como la Ley de 1994.

58. En sus observaciones, el Reino Unido alega que la sentencia del Tribunal en el asunto Porto di Genova y, en particular, la afirmación que hace en el apartado 20, según la cual «un Estado miembro crea una situación contraria al artículo 86 del Tratado cuando adopta una normativa del tipo de la controvertida ante el órgano jurisdiccional remitente», resulta difícil de aplicar. El Reino Unido alega que del apartado 19 de la sentencia Porto di Genova no se desprende claramente cuál era la medida estatal concreta contraria al apartado 1 del artículo 86 y al artículo 90, dada la inexistencia de un nexo evidente entre la creación del monopolio y los abusos a que se refirió el Tribunal. [71] En consecuencia, el Reino Unido propone que el planteamiento desarrollado por el Tribunal por lo que respecta a la aplicación de los artículos 5 y 85 del Tratado a medidas adoptadas por los Estados miembros, a saber, que debe existir una relación causal clara y directa entre la medida estatal impugnada y el comportamiento de las empresas de que se trate, se aplique también al considerar la posible aplicación del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86. Además, sostiene que el Tribunal sólo debe declarar contraria al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86 la concesión de un derecho exclusivo cuando el abuso constituya la consecuencia inevitable de dicha concesión. En cambio, cuando el abuso se derive simplemente del hecho de que el Estado miembro interesado lo haya incitado, el Reino Unido sostiene que es, a lo sumo, el acto de incitación o inducción el que constituye la medida estatal ilegal, y no la concesión del derecho exclusivo correspondiente.

59. Admito que debe hacerse una distinción entre situaciones en las que, por un lado, el concesionario de un derecho exclusivo ocupe una posición dominante en una parte sustancial del mercado común que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y no pueda evitar abusar de su posición mediante el mero ejercicio de sus derechos exclusivos o sea obligado o incitado por la medida del Estado miembro de que se trate a cometer dicho abuso, y aquellas en las que, por otro, la medida nacional se limita a colocar al concesionario en posición de cometer un abuso, pero ni le fuerza ni le incita directamente a hacerlo.

60. Al optar por esta delimitación del alcance de la responsabilidad del Estado miembro, me he basado deliberadamente en la formulación utilizada por el Tribunal de Justicia en los textos en lengua inglesa, respectivamente, de sus sentencias Höfner y Elser [72] y Francia/Comisión, [73] ya que, a mi entender, algunas de las dificultades que el Reino Unido alega que son inherentes a la interpretación de la sentencia Porto di Genova pueden atribuirse a la diferente

71 — El pasaje pertinente del apartado 19 de la sentencia se ha citado en el punto 8 *supra*. A manera de recapitulación, los supuestos abusos de que se trata consistían en: i) exigir el pago de servicios no solicitados; ii) facturar precios desproporcionados; iii) las consecuencias negativas, en términos de costes y plazos, de la negativa a utilizar la tecnología moderna; iv) la aplicación de una política de reducciones de precio discriminatoria.

72 — Sentencia citada en la nota 14 *supra*, apartado 29.

73 — Sentencia de 19 de marzo de 1991 (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartado 56.

formulación en inglés utilizada por el Tribunal inicialmente en la sentencia ERT y posteriormente al referirse a la sentencia ERT en la sentencia Porto di Genova. [74]

61. El objeto de esta distinción consiste en imputar la responsabilidad. Dado que el apartado 1 del artículo 90 permite a los Estados miembros conceder «derechos exclusivos», este acto no constituye, en sí mismo, un abuso a efectos del Tratado, independientemente de cuál sea la realidad subyacente. De este modo, se establece una distinción entre la creación del derecho exclusivo y «[cualquier] medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente [...] los artículos [...] 85 a 94». Por consiguiente, cuando se produce un abuso del que no es responsable un Estado miembro, es indiscutible que las víctimas deben dirigir su recurso contra la empresa dominante, de conformidad con el artículo 86, que tiene efecto directo. A falta de dicha distinción, los Estados miembros estarían efectivamente obligados a justificar la concesión de derechos exclusivos, y ello pese a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que la mera creación de una posición dominante mediante la concesión de tales derechos no puede, en sí misma, ser incompatible con el artículo 86. [75] Imponer semejante obligación a los Estados miembros sería contrario a la finalidad del apartado 1 del artículo 90 que, como ha reiterado el Tribunal en numerosas ocasiones, consiste en impedir que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de las normas comunitarias sobre la competencia. [76]

62. Aunque esta distinción puede parecer en principio clara, su aplicación concreta en la práctica no resulta fácil. Así, las sentencias Höfner y Elser y Porto di Genova han sido criticadas por no definir «los elementos que permiten distinguir una *situación que lleva necesariamente a un abuso,* de una situación que, por el contrario, no lleva a dicho abuso». [77] A mi juicio, el asunto Höfner y Elser es uno de esos casos, necesariamente raros, en los que la naturaleza del derecho exclusivo de colocación de trabajadores concedido al Bundesanstalt für Arbeit (Oficina Federal de Empleo) en Alemania era tal que, a todos los efectos prácticos, su mera concesión colocaba al concesionario en la poco envidiable posición de ser incapaz de evitar abusar de tal derecho. [78] Así, si hubiera insistido en ejercer su monopolio en unas circunstancias en las que era manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda, al menos por lo que respecta a la colocación de ejecutivos y directivos, hubiera sido casi ineludible apreciar la existencia de un abuso. La situación se vio un tanto complicada por el hecho de que el Bundesanstalt se declaró

74 — Así, en la sentencia ERT, el Tribunal se refiere, en el texto en lengua inglesa de su sentencia (apartado 37), a «[...] a situation in which [an] undertaking *is led* to infringe Article 86 [...]» (una situación en la cual dicha empresa se vea llevada a infringir), mientras que en la sentencia Porto di Genova (apartado 17 de la versión inglesa) cita el apartado 37 de su sentencia ERT en apoyo de una formulación del principio pertinente en el sentido de que comprende los casos en que la empresa dominante «*is induced*» (sea inducida) a abusar de su posición dominante (el subrayado es mío). En los textos en lengua francesa de estas sentencias, por ejemplo, se utiliza la misma expresión «est amenée» en ambos pasajes.

75 — Véase, entre otras, la sentencia Höfner y Elser, apartado 29. Véanse, también, a este respecto, las observaciones formuladas por el Abogado General Sr. Jacobs en el punto 43 de sus conclusiones.

76 — Véase, entre otras, la sentencia ERT, citada en la nota 15 *supra*, apartado 35.

77 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533), especialmente los puntos 11 y 12, quien, además, en la nota 11 de sus conclusiones, se refiere, entre otras, a las críticas vertidas por L. Gyselen en su comentario a la sentencia Porto di Genova en *CML Rev* 1992, pp. 1228 y ss., especialmente pp. 1238 a 1241.

78 — Tal y como observó a este respecto L. Gyselen, *op. cit.*, p. 1240, «no es difícil observar cómo, con este planteamiento, la existencia del poder monopolístico y el ejercicio "abusivo" de dicho poder vienen a ser lo mismo, y cómo la verdadera causa del abuso radica no en el ejercicio, sino en la existencia del poder monopolístico».

voluntariamente dispuesto a «tolerar determinadas actividades de los asesores en materia de selección de personal respecto a los ejecutivos y directivos de empresas». [79] No obstante, el Tribunal estimó que se había producido efectivamente un abuso inevitable, al menos por lo que se refería a la selección de ejecutivos, ya que era «patente» que el Bundesanstalt no podía «satisfacer la demanda del mercado para ese tipo de actividades y cuando el ejercicio efectivo de estas actividades por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los contratos correspondientes». [80]

63. Los derechos de monopolio controvertidos en el asunto Porto di Genova no eran de la misma naturaleza que los que fueron objeto de la sentencia Höfner y Elser. No obstante, el Tribunal estimó que el nexo existente entre las medidas italianas de que se trataba y los abusos identificados bastaba para generar la responsabilidad del Estado miembro. [81] Considero que de la sentencia Porto di Genova y, en particular, de sus apartados 18 y 19 (véase el punto 8 *supra*), se desprende que el Tribunal estimó que, aunque el comportamiento abusivo era manifiestamente imputable a la compañía y la empresa portuarias interesadas, se derivaba directamente de los derechos de monopolio concedidos con arreglo a la normativa italiana pertinente. A este respecto, considero que merece la pena destacar, en particular, que en el apartado 19 de su sentencia, al referirse a los derechos concedidos, el Tribunal afirma que, *«por ello»*, las empresas de que se trata son «inducidas» a cometer los abusos controvertidos (el subrayado es mío). De este modo, cabe presumir que el Tribunal compartía la opinión expresada por el Abogado General Sr. Van Gerven, según la cual «[...] la legislación nacional aplicable ha hecho posibles, si no inevitables, [tales abusos] [...] y las autoridades portuarias, en virtud de las competencias que les atribuye la legislación nacional, l[o]s favorecen, si no l[o]s hacen obligatorio[o]s». [82] Lamentablemente, existe una notable diferencia entre abusos inevitables y abusos posibles de monopolios legales. Pocos discutirían la responsabilidad de un Estado miembro con respecto a los primeros, mientras que muchos pensarán que la responsabilidad con respecto a los segundos corresponde a la empresa dominante.

64. Los asuntos Höfner y Elser y Porto di Genova hacen gala de un planteamiento, por parte del Tribunal de Justicia, que va más allá de las disposiciones legales mediante las que se concede el derecho exclusivo, e implica la formación de un juicio sobre las consecuen-

79 — Sentencia Höfner y Elser, apartado 9. Sin embargo, el Abogado General Sr. Jacobs observó (punto 45 de sus conclusiones) que podía argüirse que el Bundesanstalt podía haber hecho un uso más amplio de su facultad para, en determinadas circunstancias, encargar a instituciones o personas las actividades de colocación con respecto a determinadas profesiones o categorías de trabajadores.

80 — *Ibidem*, apartado 31.

81 — Los abusos fueron enumerados por el Tribunal en el apartado 19 de la sentencia, citado en el punto 8 *supra* y sintetizado en la nota 71 *supra*.

82 — Véase el punto 22 de sus conclusiones en el asunto Porto di Genova (Rec. 1991, pp. I-5889 y ss., especialmente p. I-5916).

cias prácticas de su ejercicio por parte de su beneficiario. Desde un punto de vista jurídico, semejante ejercicio está plagado de dificultades. El Tribunal rara vez dispone de elementos de hecho suficientes como para poder formarse por sí mismo una opinión fiable sobre consideraciones económicas, sociales y jurídicas complejas en el interior de un Estado miembro. Tanto los órganos jurisdiccionales nacionales, al aplicar el apartado 1 del artículo 90, como los Gobiernos de los Estados miembros, al considerar la concesión de derechos exclusivos, esperarán razonablemente del Tribunal que proporcione en sus sentencias criterios orientativos claramente fundamentados. El tenor de dicha disposición, si bien indica expresamente el derecho de los Estados miembros a conceder «derechos especiales o exclusivos», les insta a no adoptar ni mantener en vigor ninguna «*medida*» contraria a determinadas normas del Tratado (el subrayado es mío). En mi opinión, la prohibición se dirige fundamentalmente, por tanto, a las «medidas». Naturalmente, el alcance y efecto de las «medidas» no pueden analizarse haciendo abstracción de su contexto. Con todo, me parece que, al aplicar el apartado 1 del artículo 90, el Tribunal debería intentar identificar alguna medida que conduzca claramente a una infracción de los artículos en materia de competencia del Tratado, o, por emplear la expresión que propone el Reino Unido, «normas nacionales que estén, de hecho, inextricablemente vinculadas al monopolio legal».

65. No estimo posible enunciar un criterio general para determinar *a priori* si existe o no semejante vínculo. Por el contrario, para proporcionar criterios orientativos a los órganos jurisdiccionales nacionales será necesario apreciar, en cada caso individual, la incidencia de las normas nacionales impugnadas en las circunstancias económicas y fácticas en que se aplican.

66. En mi opinión, la sentencia Centre d'insémination de la Crespelle [83] (en lo sucesivo, «sentencia La Crespelle») sustenta el planteamiento que acabo de proponer. La sentencia La Crespelle versaba sobre la compatibilidad con el artículo 5, el artículo 86 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado del sistema francés de centros regionales de inseminación artificial, cada uno de los cuales disfrutaba de un monopolio con respecto a la inseminación de animales en la zona geográfica que se le había asignado. El abuso alegado consistía, fundamentalmente, en la facturación de precios exorbitantes por los centros de inseminación a los ganaderos, en particular, cuando estos últimos solicitaban a los centros que les proporcionaran semen de otros centros de producción. El Tribunal reformuló la cuestión en el sentido de que se trataba de determinar si semejante práctica constitutiva de la explotación abusiva alegada podía considerarse «[...] *consecuencia directa* de la Ley». [84] Observando que la normativa francesa permitía a los centros de inseminación facturar a los ganaderos «los gastos adicionales resultantes de [la elección de semen procedente de otros centros]», el Tribunal estimó asimismo que «[...] la facultad de determinar tales gastos» no constituía una

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

84 — *Ibidem*, apartado 20 (el subrayado es mío). En Irlanda, un monopolio regional de inseminación artificial de características similares fue impugnado en el asunto O'Neill/The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General (1995) ICLR 494 (High Court). Al demandante se le había denegado la autorización para ofrecer un servicio integral de inseminación artificial debido a la política del Ministro de conceder una única autorización de este tipo en cada una de las nueve zonas en que se había subdividido el Estado. El Sr. O'Neill solicitó al órgano jurisdiccional que declarara que el sistema de monopolio regional era contrario, entre otras disposiciones, a los artículos 85, 86 y 90 del Tratado. El Juez Sr. Budd desestimó dicha pretensión, señalando que, tras un profundo análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de las sentencias Höfner y Elser y La Crespelle, no estimaba que los titulares exclusivos de la autorización hubieran cometido abusos de su posición dominante que pudieran considerarse consecuencia de las autorizaciones que se les había concedido ni que, mediante el mero ejercicio de sus derechos exclusivos, no pudieran evitar tales abusos; véase (1995) ICLR 494, pp. 548 a 556. Dicha sentencia fue anulada el 14 de mayo de 1997 por la Supreme Court por un motivo basado exclusivamente en el Derecho nacional.

disposición que incitara a los centros «a exigir gastos desproporcionados y, de este modo, a explotar abusivamente su posición dominante». [85] De ello se desprende, en mi opinión, que, para que se produzca una infracción del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86, no es suficiente con que se coloque al concesionario de un derecho exclusivo con arreglo a la legislación nacional, en virtud de la posición dominante que de ello se deriva, en condiciones de cometer abusos, a no ser que el propio sistema de monopolio obligue o incite fuertemente al abuso, al estar directamente relacionado o ser en gran parte responsable del mismo.

iii) El comportamiento abusivo alegado en el presente caso

67. Procede observar, en primer lugar, que, en relación con la tercera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional no señaló ningún abuso específico imputado a la compañía transformada del puerto de La Spezia. [86] En cambio, son varias las alegaciones formuladas en las observaciones presentadas. Así, la República Francesa sostiene que existe un abuso de hecho similar al señalado por el Tribunal en el asunto Porto di Genova, mientras que los inculpados y la Comisión aluden a diversos abusos potenciales. Teniendo en cuenta el reparto de competencias existente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco del procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 177, es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si alguno de los abusos alegados se produjo efectivamente.

68. Sobre la base de la información de que dispone este Tribunal, creo que el monopolio concedido a la compañía transformada del puerto de La Spezia no es tal que su mero ejercicio o la mera exigencia de su respeto mediante los procesos penales *a quo* puedan considerarse, como tales, constitutivos de un abuso a efectos del artículo 86 del Tratado imputable a la República Italiana. La reorganización de los puertos italianos que siguió a la sentencia Porto di Genova permitió a los operadores de terminales y a los operadores portuarios autorizados contratar su propio personal. Sólo la puesta a disposición de mano de obra temporal o eventual queda reservado a las compañías transformadas. Considero que, a pesar de los persuasivos argumentos económicos formulados por los inculpados en sus observaciones escritas en relación con la mayor eficiencia que se derivaría para los puertos italianos, en comparación con el actual sistema exclusivo de puesta a disposición de mano de obra temporal, de un sistema que permitiera a los operadores de terminales elegir a sus propios subcontratistas, la simple concesión por un Estado miembro de un derecho exclusivo a proporcionar ese tipo de mano de obra no puede considerarse, en sí misma, incompatible con el Derecho comunitario. Por tanto, con una sola excepción, en el caso de que existieran en el presente caso abusos atribuibles al

85 — Sentencia La Crespelle, apartados 20 y 21. En sus conclusiones en el asunto La Crespelle, el Abogado General Sr. Gulmann, aun reconociendo que si los centros facturasen gastos ficticios habría un abuso del artículo 86, no consideró que el riesgo de abuso revistiera tal naturaleza como para que el derecho de facturar los gastos adicionales resultara, en cuanto tal, contrario a las obligaciones del Estado miembro con arreglo al Tratado (véase el punto 36). Por el contrario, señaló que «las normas francesas no suponen una incitación para que los centros actúen de esa manera» (véase el punto 43). De este modo, en el supuesto de que se facturasen gastos no justificados, el único potencialmente responsable con arreglo al artículo 86 sería el centro interesado.

86 — En la resolución de remisión en el asunto Porto di Genova, el órgano jurisdiccional nacional en aquel asunto describía determinadas circunstancias que podían considerarse comportamiento abusivo por parte, en particular, de la Compagnia: véanse el apartado 19 de la sentencia y el punto 18 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven. Por otro lado, en el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional sólo se refirió a un posible abuso por parte de LSCT de su posición como operador de la terminal en el puerto de La Spezia (véase el punto 49 *supra*) el marco de la segunda cuestión.

Estado, éstos deberían estar relacionados con el funcionamiento en la práctica del sistema normativo modificado introducido mediante la Ley de 1994.

69. Para facilitar este examen, podemos definir dos grandes categorías de abusos potenciales, a saber, los relativos a la suficiencia y adecuación de los servicios prestados por la compañía transformada y los relativos al coste de sus servicios. Trataré por separado la cuestión de hasta qué punto es apropiado permitir a las compañías transformadas competir también con los operadores de terminales y operadores portuarios autorizados en la prestación de servicios portuarios. Aunque sea este último aspecto del sistema establecido mediante la Ley de 1994 el que, más que ningún otro, diferencia el presente caso del asunto Porto di Genova, examinaré en primer lugar las dos grandes categorías de abusos concebibles que acabo de mencionar, que recuerdan a las circunstancias de aquel asunto.

70. Por lo que respecta a las dos primeras categorías, los inculpados alegan que el mero hecho de que la cooperación reprochada en el proceso penal *a quo* llegara a producirse indica que existen diversos operadores portuarios autorizados en La Spezia capaces de ofrecer a LSCT un servicio más barato y de mejor calidad que el de la compañía transformada. Se alega, asimismo, que la compañía transformada es incapaz de satisfacer la demanda. Estas alegaciones no han sido discutidas por la República Italiana, al menos de forma directa. Aunque corresponde en última instancia al órgano jurisdiccional nacional verificarlas, cabe hacer las siguientes observaciones con carácter auxiliar.

71. Este Tribunal no ha sido informado de si las disposiciones del artículo 112 del Código y del artículo 203 del Reglamento (véase el apartado 4 *supra*), en virtud de las cuales eran las autoridades portuarias las que fijaban en la práctica las tarifas, han sido mantenidas por la Ley de 1994. Tampoco se le ha indicado si existe actualmente alguna disposición o norma que obligue a la compañía transformada a utilizar los equipos más modernos que aparentemente la Compagnia se resistía a utilizar, al menos en el puerto de Génova. A este respecto, procede recordar que las compañías transformadas están obligadas a ofrecer un nuevo empleo al mayor número posible de los trabajadores portuarios anteriormente empleados por las compañías portuarias, con lo que pueden perpetuarse prácticas laborales pretéritas. Sobre la capacidad de la compañía transformada del puerto de La Spezia para satisfacer la demanda, este Tribunal no cuenta prácticamente con ninguna información, aparte de algunas referencias a los recientes despidos en estas compañías efectuadas en la vista por el Agente de la República Italiana. [87] Si se considera que la oferta de mano de obra es inadecuada, el alcance de dicha inadecuación debería ser, en mi opinión, de una magnitud equiparable al menos a la del asunto Höfner y Elser para poder generar la responsabilidad del Estado.

87 — Es posible que la compañía transformada emplee aún a un número suficiente de trabajadores, fijos o temporales, como para poder satisfacer rápidamente la demanda de mano de obra de los operadores de terminales y los operadores portuarios autorizados cuando quiera que se produzca y de forma no discriminatoria. Sin embargo, este Tribunal no dispone de ninguna información sobre el régimen de empleo temporal a que se hace referencia en el artículo 23 de la Ley de 1994; véanse la nota 25 y el punto 38 *supra*.

Consideraciones similares se aplicarían a cualquier pretendida falta de personal debidamente cualificado o de equipos idóneos. En resumen, el órgano jurisdiccional nacional debería estimar que existe una relación causal directa entre cualquier eventual abuso a efectos del artículo 86 del Tratado, cuya existencia le compete apreciar en última instancia, y los derechos conferidos a la compañía transformada mediante la Ley de 1994.

72. En cualquier caso, estoy convencido de que el aspecto más inquietante, desde el punto de vista de la aplicación del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86, de un sistema normativo como el establecido mediante la Ley de 1994 ha de ser la doble función asignada a las compañías transformadas. Me parece inevitable que una sociedad a la que no sólo se concede un derecho exclusivo a proporcionar mano de obra temporal, sino a la que también se le permite, aparentemente sin necesidad siquiera de cumplir los requisitos normales de los artículos 16 y 18 de la Ley de 1994, competir en el mercado de servicios portuarios con los operadores de terminales y los operadores portuarios autorizados, se verá obligada o fuertemente incitada a abusar de su posición dominante. La posición de que disfruta la compañía transformada es particularmente privilegiada si se tiene presente que sus poderes monopolísticos se ven acrecentados en las circunstancias específicas en que sus servicios son requeridos por el operador de la terminal. Este último tiene su propia plantilla de personal y, salvo cuando exista una gran demanda, normalmente estará en condiciones de atender a los usuarios del puerto sin recurrir a la compañía transformada. Cuando se registre una demanda de servicios en el puerto superior a la habitual, el acceso a la puesta a disposición de mano de obra temporal tendrá una importancia fundamental para que el operador de terminal pueda atender a todos sus clientes, puesto que no se permite recurrir a la mano de obra excedentaria entre operadores portuarios autorizados. Simultáneamente, el proveedor monopolista de mano de obra temporal tiene plena libertad para prestar sus servicios directamente y en competencia con el operador de la terminal. El defecto de este sistema es que una parte del mercado está controlada, mientras que la otra es libre. Así, si se analiza esta cuestión únicamente desde un punto de vista teórico, la compañía transformada podrá ofrecer al usuario del puerto un precio igual o inferior al que ofrece al operador de la terminal. [88] Para poder competir, este último se verá obligado a facturar los servicios al coste o incluso a pérdida. Si la compañía transformada pudiera asimismo negociar un precio más elevado para el usuario final que el que cobra al operador de la terminal, podría negarle a éste los servicios (cabe suponer que puede hacerlo) y aun así conseguir el negocio a expensas del operador de la terminal, que no dispondría de ninguna otra alternativa para obtener mano de obra temporal.

73. En mi opinión, la posición privilegiada que confiere la Ley de 1994 a la compañía transformada es similar a la conferida al monopolio griego de radio y televisión en el asunto ERT. En aquel asunto, el Tribunal declaró que «el apartado 1 del artículo 90 del Tratado se opone a que un Estado miembro

88 — Sin embargo, debe observarse que este Tribunal no dispone de ninguna información sobre los precios efectivamente aplicados o el método de cálculo de los mismos por parte de la compañía transformada del puerto de La Spezia. Así, por ejemplo, no se ha informado al Tribunal (como queda indicado en el punto 71 *supra*) de si el artículo 112 del Código y el artículo 203 del Reglamento siguen vigentes o han sido modificados; véanse el punto 4 y la nota 8 *supra*.

conceda un derecho exclusivo de retransmisión de emisiones de televisión a una empresa que tenga un derecho exclusivo de difusión de emisiones, cuando estos derechos puedan crear una situación en la cual dicha empresa se vea llevada a infringir el artículo 86 del Tratado por una política de emisión discriminatoria en favor de sus propios programas». [89]

74. Sobre la base de la información de que dispone este Tribunal, considero que una normativa nacional como la Ley de 1994, que concede a una empresa el derecho exclusivo a proporcionar mano de obra temporal, en las condiciones que libremente determine dicha empresa, a otras empresas autorizadas para prestar servicios portuarios a los usuarios en un puerto del tamaño y la importancia en términos comerciales de La Spezia, puede obligar directamente o incitar fuertemente a la empresa concesionaria a infringir el artículo 86 del Tratado. Esta obligación o incitación se producirá cuando a la empresa concesionaria se le permita asimismo, estableciendo una excepción de hecho o de Derecho a la normativa nacional general que regula la concesión de autorizaciones para la prestación de servicios portuarios a los usuarios, a prestar por sí misma dichos servicios en competencia con otras empresas que han sido debidamente autorizadas con arreglo a la normativa nacional antes citada, pero que sólo pueden obtener mano de obra externa temporal de la empresa concesionaria.

89 — Sentencia ERT, citada en la nota 15 *supra*, apartado 37. De modo similar, el Tribunal, en el apartado 51 de su sentencia Francia/Comisión, citada en la nota 73 *supra*, declaró que encomendar a un agente económico la tarea de homologar unos aparatos que debe usar tanto él mismo como sus competidores «equivale a» concederle «una ventaja evidente sobre sus competidores».

C. *La segunda cuestión*

75. Por las razones expuestas, en particular, en los puntos 67 a 74 *supra*, considero que un sistema de puesta a disposición exclusiva de mano de obra temporal como el establecido mediante la Ley de 1994 en los puertos italianos es incompatible con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86. A mi juicio, esta opinión, de ser acogida por el Tribunal, no pondría en tela de juicio, en sí misma, la compatibilidad de principio de la concesión de excepciones a una prohibición legal nacional de carácter general como la que afecta a la puesta a disposición privada de mano de obra en Italia con arreglo a la Ley de 1960. Por el contrario, en mi opinión, impediría bien a las autoridades italianas bien a las propias compañías transformadas invocar, en circunstancias como las del presente caso, la exclusividad de la excepción concedida mediante la Ley de 1994, en particular contra un operador de terminal deseoso de prestar servicios portuarios en las mismas condiciones de competencia que la propia compañía transformada, sin perjuicio, por supuesto, del derecho de las autoridades italianas competentes a comprobar que todas las empresas que se benefician de la excepción cumplen las disposiciones pertinentes de la legislación italiana en materia de protección de los trabajadores. En consecuencia, no creo que sea necesario en el presente caso, para proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional, abordar las cuestiones que plantea la segunda cuestión prejudicial.

VII. Conclusión

76. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por la Pretura Circondariale di La Spezia:

«1) Por lo que respecta a la primera cuestión, propongo la siguiente respuesta:

El artículo 59 del Tratado se opone a una normativa italiana que prohíbe a una empresa titular de una concesión de terminal portuaria recurrir a la actividad de otras empresas autorizadas a ejercer su actividad en los puertos, con la excepción de las entidades transformadas a partir de compañías portuarias como la que fue objeto del asunto Merci Convenzionali Porto di Genova (C-179/90), para la prestación de servicios portuarios a los usuarios establecidos en otros Estados miembros, a no ser que se acredite el carácter indispensable y apropiado, para garantizar la protección de los trabajadores portuarios en los puertos italianos, de la concesión de tales derechos exclusivos a las compañías transformadas.

En todo caso, una normativa nacional que, por un lado, reserve la puesta a disposición de trabajadores portuarios temporales a este tipo de compañías transformadas, todas las cuales ejercían anteriormente su actividad como compañías portuarias en el Estado miembro interesado y empleaban exclusivamente a trabajadores portuarios nacionales de dicho Estado, y, por otro, obliga ahora a esas compañías a ofrecer un nuevo empleo con carácter preferente a dichos trabajadores portuarios, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad contra los trabajadores portuarios no italianos deseosos de buscar empleo en los puertos italianos y, en consecuencia, es incompatible con el artículo 48 del Tratado, a no ser que pueda justificarse por alguna de las razones no económicas mencionadas en el apartado 3 del artículo 48.»

«2) Si el Tribunal de Justicia no acoge la propuesta anterior por lo que respecta a la primera cuestión, no propongo que dé ninguna respuesta específica a la

segunda cuestión, pero, en cambio, propongo que responda del siguiente modo a la tercera cuestión:

El artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86, se opone a una normativa nacional que concede a una empresa a la que se permite realizar operaciones portuarias por cuenta de los usuarios un derecho exclusivo a proporcionar mano de obra temporal, en las condiciones que libremente determine, a otras empresas autorizadas a prestar servicios portuarios similares en beneficio de los usuarios de un puerto del tamaño y la importancia para el comercio intracomunitario del Puerto de La Spezia, en Italia.»