

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE
presentadas el 1 de julio de 1971 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Los orígenes del presente asunto son bastante remotos.

Por un Tratado firmado en Luxemburgo el 27 de octubre de 1956, relativo a la canalización del Mosela, la República Federal de Alemania, la República Francesa y el Gran Ducado de Luxemburgo se comprometieron, a través de un acuerdo muy complejo, a hacer accesible para los barcos de determinado tonelaje el curso del Mosela entre Thionville y Coblenza, de modo que, teniendo en cuenta las estipulaciones anexas al Tratado, estos barcos pudieran circular desde Lorena hasta el Atlántico.

La firma de este Tratado y sobre todo la realización de sus objetivos planteaban al Gobierno luxemburgués el problema de acondicionar uno o varios puertos en el Mosela, en la parte de este curso fluvial que constituye la frontera entre el Gran Ducado y Alemania Federal, sobre la cual ya existían acuerdos internacionales muy antiguos que examinaré en seguida.

El problema de las instalaciones portuarias en la orilla luxemburguesa del Mosela fue resuelto por la Ley de 22 de julio de 1963 relativa al acondicionamiento y explotación de un puerto fluvial en la región de Mertert.

Las disposiciones esenciales de dicho texto son éstas:

1. Se acondionará un puerto fluvial en el Mosela, en la región de Mertert, cuyo perímetro exacto será fijado por Órdenes Ministeriales.
2. Se confiará el acondicionamiento y explotación de este puerto a una sociedad de economía mixta (que luego fue denominada sociedad del puerto fluvial de Mertert). El Estado luxemburgués concedía gratuitamente a esta sociedad los terrenos necesarios y participaba en la constitución de su capital inicial aportando cinco millones de francos. Cualquiera que fuera el porcentaje del capital que representara la participación del Estado luxemburgués, el Gobierno luxemburgués nombraría al menos la mitad de los miembros del consejo de administración y la mitad de los comisarios.

* Lengua original: francés.

3. Por último, el artículo 12 de la Ley preveía que el acondicionamiento, establecimiento y explotación de cualquier puerto, muelle de embarque o de desembarque en el Mosela requeriría una autorización gubernamental adoptada después de oído el parecer de la sociedad de economía mixta y que esta sociedad sería consultada igualmente para el ejercicio por el Gobierno del Gran Ducado del derecho de inspección, que le corresponde en virtud de Tratados internacionales, sobre la instalación de puertos o muelles en la orilla alemana del Mosela.

Este último artículo de la Ley de 1963 se consideró más tarde insuficiente y fue precisado y completado por una Ley de 1968.

Esta Ley comprende dos artículos:

- El artículo 1 modifica el artículo 12 inicial al establecer, en particular, que la concesión de explotación de puertos o muelles fuera del perímetro concedido a la sociedad del puerto de Mertert podrá contener condiciones restrictivas que se refieran particularmente a «la naturaleza, el origen o destino, la cantidad de mercancías que se carguen o descarguen».
- El artículo 2 de la Ley de 1968 añade a la Ley de 1963 un artículo 13 que establece sanciones penales, por un lado, contra quien explotare un puerto o muelle sin autorización y, por otro, contra el titular de una concesión que no respetare las condiciones o limitaciones vinculadas a dicha concesión.

Estas últimas disposiciones son las que han dado origen directamente al litigio a propósito del cual los órganos jurisdiccionales luxemburgueses han recurrido al Tribunal de Justicia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 177 del Tratado de Roma.

Una empresa familiar luxemburguesa, la firma J.P. Hein, explotaba desde hacía mucho tiempo una empresa de dragado en el Mosela.

La realización de los trabajos de canalización hacía perder evidentemente a esta empresa su objeto social esencial.

Así que la empresa trató de «reconvertirse», como se dice hoy.

Después de la aprobación de la Ley de 1963, la empresa Hein solicitó a las autoridades competentes autorización para agrandar el muelle que había construido en la región de Bech Kleinmacher para efectuar en él determinadas operaciones comerciales.

La empresa obtuvo varias autorizaciones temporales antes y después del 14 de julio de 1965, fecha en la cual el puerto de Mertert entró en servicio.

Finalmente, el 17 de febrero de 1967, las autoridades luxemburguesas concedieron a la firma Hein la autorización para utilizar su muelle, pero únicamente para operaciones estrictamente limitadas:

- 1) Debía tratarse de operaciones efectuadas por la firma Hein por cuenta propia y no por cuenta de terceros.
- 2) Las operaciones debían cumplir los requisitos siguientes: «Descarga de arena, de granalla de piedras, de gravilla, de grava, de guijarros, procedentes de arenas o canteras, para ser triturados y clasificados por ella» (es decir, la empresa Hein) «en el mismo lugar, y carga o descarga de estas mercancías después de trituradas y clasificadas».

En 1968, con algunas semanas de intervalo, los gestores de los puertos de Tréveris, en Alemania, y de Mertert, en el Gran Ducado de Luxemburgo, supieron que la firma Hein había utilizado su puerto para operaciones con productos carboníferos.

Ante la palabra «carbón», ambos gestores reaccionaron como lo hacían en otro tiempo los viejos caballos de batalla cada vez que las trompetas tocaban a la carga.

En primer lugar el puerto de Tréveris (y esto demuestra con claridad que no se trata de un conflicto entre luxemburgueses) y después el puerto de Mertert presentaron ante el Procureur d'État de Luxemburgo denuncias dirigidas contra los socios de la compañía Hein, basadas en las disposiciones del artículo 13 de la Ley de 1968.

En sentencia del tribunal d'arrondissement (chambre correctionnelle) de Luxembourg, de fecha 20 de febrero de 1970, confirmada

por sentencia de la Cour supérieure de justice del Gran Ducado, de fecha 15 de febrero de 1971, los órganos jurisdiccionales competentes fallaron:

- 1) Que los hechos de los que se acusaba a los procesados habían sido tipificados y sancionados por las disposiciones de la Ley de 22 de julio de 1963 tal y como había sido modificada por la Ley de 26 de junio de 1968.
- 2) Que, sin embargo, procedía aplazar la resolución sobre la culpabilidad de los procesados y la fijación de la pena hasta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al que se sometía el asunto en las condiciones previstas por el artículo 177 del Tratado de Roma, se hubiera pronunciado sobre las cuestiones siguientes:

«a) Si, de una manera general, en el sector de que se trata, el Derecho comunitario atribuye directamente derechos a los justiciables nacionales y si, en particular, es éste el caso en la materia regulada por la Ley luxemburguesa de 22 de julio de 1963 relativa al acondicionamiento y explotación de un puerto fluvial en el Mosela, modificada por la Ley de 26 de junio de 1968.

b) En caso de respuesta afirmativa, si las disposiciones de dichas Leyes son incompatibles, y en qué medida, con el texto y el espíritu del Tratado de Roma o con las medidas de carácter reglamentario u

otras obligaciones adoptadas por los órganos competentes creados por dichos Tratados.»

y extraer de ellas todas las consecuencias que pudieran llevar implícitas (véase, en particular, la sentencia de 21 de octubre de 1970, Lesage, 20/70, – Rec. p. 861).

I

La Comisión y aún más el Gobierno del Gran Ducado impugnan formalmente la procedencia del recurso al Tribunal de Justicia, y solicitan a éste que acuerde la inadmisión de ambas cuestiones:

- La primera porque es demasiado imprecisa para que el Tribunal de Justicia pueda responder a ella.
- La segunda porque el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una Ley nacional con las disposiciones del Tratado.

A. En lo que se refiere a la segunda cuestión, es cierto que en la forma en que se ha planteado el Tribunal de Justicia carece de competencia para responderla.

Sin embargo, no es la primera vez que el Tribunal tropieza con una dificultad de este tipo, y hasta ahora siempre las ha superado sin formalismos y con un espíritu de colaboración confiada con los Jueces nacionales. Efectivamente, en casos parecidos el Tribunal de Justicia ha admitido que lo que se le pedía con una formulación inadecuada era en realidad interpretar disposiciones comunitarias para permitir al órgano jurisdiccional nacional aplicarlas correctamente

Propongo al Tribunal de Justicia que adopte la misma actitud en el caso de autos, aunque el hecho de que el Juez luxemburgués no haya precisado las disposiciones del Derecho comunitario, cuya interpretación necesita, haga la tarea del Tribunal más difícil; esto nos lleva a examinar la admisibilidad de la primera cuestión.

B. En lo que se refiere a la primera cuestión, es ciertamente lamentable que los Jueces luxemburgueses no hayan precisado con más claridad las disposiciones del Tratado de Roma o del Derecho comunitario derivado sobre cuya interpretación o alcance preguntan al Tribunal.

En efecto, el Tribunal de Justicia, requerido con arreglo al artículo 177 del Tratado, sólo puede interpretar el Derecho comunitario para ayudar al Juez nacional a resolver el litigio que le fue sometido.

Ahora bien, es evidente que el Juez nacional es el más indicado para determinar cuáles son las disposiciones comunitarias cuya interpretación necesita y, precisando con exactitud qué disposiciones son éstas, facilita a la vez la tarea del Tribunal de Justicia y la suya propia.

Pero la imprecisión de la cuestión planteada ¿debe llevar al Tribunal a declarar su inadmisibilidad?

No lo creo así por dos razones:

- 1) Procede destacar que si bien la resolución de los órganos jurisdiccionales luxemburgueses suscita grandes reservas en cuanto a la manera en que fue formulada, desde el punto de vista comunitario merece los más vivos elogios en lo que se refiere a las consideraciones generales en las que se basa.

Admite, en efecto, sin siquiera considerar necesario aludir a ello, el principio según el cual, incluso en materia penal, la aplicabilidad de una Ley nacional posterior al Tratado de Roma o a una disposición de Derecho comunitario derivado puede resultar anulada por la existencia del ordenamiento jurídico comunitario.

No podemos olvidar a este respecto que la Cour supérieure de justice de Luxemburgo fue, entre los órganos jurisdiccionales supremos de los Estados miembros, la primera en afirmar esta primacía del Derecho comunitario, en su sentencia de 14 de julio de 1954.

En mi opinión, esta consideración debe tenerse en cuenta cuando el Tribunal de Justicia determina la extensión del esfuerzo de interpretación que puede hacer para admitir la regularidad de la petición que se le ha dirigido.

- 2) Este esfuerzo puede, según creo, permitir discernir con bastante exactitud las disposiciones del Tratado cuya interpretación necesita el Juez luxemburgués para resolver el litigio que le fue sometido, y voy a tratar de mostrarlo al Tribunal.

II

Para despejar las cuestiones para las cuales el Juez luxemburgués necesita la interpretación del Tribunal, evidentemente es necesario proceder *in limite litis* a un auténtico trabajo de «descombro» a veces incluso de «excavación arqueológica».

A este respecto, me gustaría presentar al Tribunal las cuatro observaciones previas siguientes:

A. *Primera observación*

El Tribunal de Justicia en el presente asunto no tiene que tomar en consideración nada más que las disposiciones del Tratado de Roma y eventualmente del Derecho comunitario derivado de este Tratado.

Esto simplifica el problema porque el Tribunal sabe bien qué complejas son, examinadas en el marco del Tratado CECA, las cuestiones suscitadas tanto por los acuerdos relativos a la canalización del Mosela como

por su aplicación y conoce las controversias que se han producido sobre este tema. ¹

Pero el órgano jurisdiccional luxemburgués sólo ha sometido al Tribunal y, por otra parte, sólo podía someterle legalmente cuestiones relativas al Tratado CEE.

B. Segunda observación

En mi opinión conviene excluir del debate los Tratados internacionales relativos al Mosela, aunque una parte de la legislación luxemburguesa de 1963 y de 1968 deriva de ellos más o menos directamente.

Algunos de estos tratados son muy antiguos.

Como el Tribunal sabe, el Acta final del Congreso de Viena atribuyó a Prusia todas las partes del Ducado de Luxemburgo situadas al este del Mosela, del Sûre y del Our, con excepción de la Villa de Vianden.

¹ Véanse sobre este punto:

- Revue de la navigation intérieure et rhénane, 1957, p. 147.
- Centre pour l'étude scientifique des transports de Rotterdam: Le régime relatif à la navigation de la Moselle, étude collective, 1960.
- Scholtens, en la Revista neerlandesa «Verkeer», nº 4, 1960, pp. 200-215.

La delimitación de las fronteras de Luxemburgo fue establecida por un Tratado anexo concluido en Aquisgrán el 26 de junio de 1816 entre el Rey de los Países Bajos actuando como Gran Duque de Luxemburgo y el Rey de Prusia.

El artículo 27 de este Tratado instauró lo que se suele llamar ahora el *condominium* de Luxemburgo y de Alemania sobre el curso fronterizo del Mosela.

Disponía en efecto el Tratado que «en cualquier lugar en el que arroyos, afluentes o ríos marquen los límites, serán comunes a los dos Estados [...], pero cada Estado quedará encargado de manera exclusiva de la tarea de velar por la conservación de las orillas situadas de su lado.

No podrán hacerse ni en el curso de los ríos, ni en el estado actual de sus orillas, innovaciones de ningún tipo, ni acordarse concesión o toma de agua alguna sin el concurso y el consentimiento de los dos Gobiernos [...].

Asimismo, más recientemente, el Tratado sobre la canalización del Mosela contiene, al menos en uno de sus artículos, el 29, ciertas estipulaciones relativas a los puertos.

Pero la existencia de estos Tratados internacionales, desde mi punto de vista, carece de influencia directa sobre la aplicación del Tratado de Roma.

Se trata en efecto de convenios concluidos exclusivamente entre Estados miembros antes de la entrada en vigor del Tratado.

Estos convenios no caen, pues, dentro del ámbito de aplicación del artículo 234 que se refiere sólo a los Tratados celebrados entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y Estados terceros, por otra.

Además el Tribunal falló en su sentencia de 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia (10/61,- Rec. pp. I y ss., especialmente p. 7), que incluso en el caso de que un tratado como el del GATT vinculara a la vez a Estados miembros entre ellos y a estos Estados miembros con Estados terceros, sin embargo «el Tratado CEE prevalece, en las materias que regula, sobre los Convenios celebrados antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros, incluidos los Convenios celebrados en el marco del GATT».

Lo mismo se aplicará *a fortiori*, opino, a convenios como a los que acabamos de referirnos, que fueron concluidos únicamente entre Estados miembros o Estados en cuyos derechos se han subrogado los Estados miembros.

Me ha inquietado un poco a este respecto oír el otro día al representante del Gobierno luxemburgués esbozar una tesis según la cual, al ser el Tratado de Aquisgrán un tratado «político», un tratado de delimitación de fronteras, ninguna de sus estipula-

ciones pudo resultar afectada por la entrada en vigor del Tratado de Roma.

Si se tomara al pie de la letra la tesis así esbozada, sería claramente exagerada, como lo demuestra el ejemplo siguiente, que escojo adrede en el límite de lo absurdo: numerosos tratados de paz incluyen, junto a las cláusulas territoriales, obligaciones de carácter comercial (cláusula de la nación más favorecida, etc.); a nadie se le ocurriría pretender que tales estipulaciones económicas o comerciales continúan siendo forzosamente aplicables con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado que instituye el Mercado Común, porque las cláusulas territoriales contenidas en los mismos acuerdos siguen produciendo efectos.

Sea cual fuere el carácter de los Tratados concluidos antes de la entrada en vigor del Tratado de Roma, las disposiciones de este último en las materias que regula prevalecen sobre las estipulaciones de dichos tratados que regulan las mismas cuestiones.

Además, precisamente porque han reconocido este principio general de la primacía del Tratado de Roma, los autores de este Tratado han dedicado un artículo particular, el artículo 233, a ciertos convenios anteriores que ligaban a ciertos Estados miembros entre sí, convenios entre los que no figuran los acuerdos que acabamos de mencionar.

Si hubiera necesidad de ello, procedería pues, en mi opinión, recordar este principio de la primacía del Tratado de Roma, en las

materias que regula, sobre todos los demás acuerdos internacionales concluidos anteriormente entre los Estados miembros.

Pero, ¿resulta esto necesario en el presente asunto? Por mi parte, no lo creo así.

El órgano jurisdiccional luxemburgués no se ha planteado la cuestión.

Además, el artículo 109 del Tratado de Viena, del que el Tratado de Aquisgrán es sólo una norma de desarrollo, así como el apartado 2 del artículo 29 del Tratado sobre la canalización del Mosela, sientan un principio de no discriminación perfectamente conforme con las obligaciones contraídas por los Estados miembros cuando suscribieron el Tratado de Roma.

En estas circunstancias, yo no creo, por mi parte, que sea indispensable referirse en la sentencia del Tribunal a esta cuestión de la eventual interferencia de tratados anteriores con las disposiciones del Tratado de Roma.

C. Tercera observación

Mi tercera observación recaerá sobre una cuestión a la que se han referido los socios de la compañía Hein y la Comisión en sus observaciones ante el Tribunal. Se trata de saber si el Tribunal de Justicia puede limitarse en el caso de autos a interpretar ciertas disposiciones del Tratado o si debe igualmente interpretar con ocasión de este asunto un texto de Derecho comunitario derivado, el Reglamento nº 1017/68 del Consejo.

Al igual que la Comisión, pienso que procede excluir del debate este Reglamento comunitario, pero reconozco de muy buena gana que esta solución no es evidente.

En efecto, este Reglamento por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable indica en su artículo 1 que regula no sólo las empresas de transportes propiamente dichas sino también las operaciones de los «auxiliares de transporte». Así pues, puede plantearse la cuestión de si las sociedades que explotan puertos no están incluidas en la categoría de los «auxiliares de transporte».

No lo creo así por dos razones:

- por una parte, en el vocabulario muy específico del Derecho de transportes la expresión «auxiliares de transporte» tiene generalmente un alcance relativamente limitado: comisionistas de transportes, empresas de agrupamiento o de manipulación de mercancías, etc.;
- por otra parte y sobre todo, la aplicación del Reglamento nº 1017/68 a las empresas portuarias daría por resultado consecuencias extremadamente ilógicas.

En efecto, este Reglamento sólo se aplica a los transportes fluviales. Se sigue de aquí que, si se quisiera aplicarlo a los puertos sólo los puertos fluviales estarían sometidos

a esta norma, mientras que los puertos a la vez fluviales y marítimos sólo estarían sometidos a ella para una parte de su actividad, parte que resultaría muy difícil de aislar del resto de la actividad.

Pienso, pues, que son sólo disposiciones del Tratado las que el Tribunal de Justicia tiene que interpretar con ocasión del presente asunto.

D. *Cuarta observación*

Y esto nos lleva directamente a mi última observación: ¿cuáles son las disposiciones del Tratado cuya interpretación resultaría esclarecedora para el Juez luxemburgués?

Sin ninguna duda, el artículo 90, que es el único cuyo sentido y alcance han discutido el Gobierno del Gran Ducado, la Comisión y los socios Muller-Hein.

Pero ¿no procede referirse también a otro artículo del Tratado, el artículo 37?

Me lo he preguntado porque, en mi opinión, podría ser legítimo plantearse la cuestión de si un monopolio, incluso limitado al uso de una pequeña parte del dominio fluvial de un Estado, no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 37, desde el momento en que tal monopolio, por limitado que sea, se combina con un régimen de concesiones que afecta al conjunto del dominio público fluvial y que da al poder público facultades tan extensas como las

que resultan del artículo 12 de la Ley luxemburguesa de 22 de julio de 1963, en la redacción que le dio la Ley de 1968.

Tras reflexionar sobre el tema y no sin ciertas dudas que no quiero ocultar, no creo finalmente que el Tribunal deba, con ocasión de este asunto, interpretar el artículo 37 del Tratado, y esto por dos razones:

a) Por amplias que sean las facultades que el Tribunal de Justicia se reconoce para extraer de las resoluciones de los Jueces nacionales las cuestiones que éstos han querido en realidad plantear, dichas facultades no pueden llegar hasta el punto de llevar al Tribunal a examinar cuestiones que se ve con claridad que el Juez nacional no ha pretendido someter al Tribunal (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1971, Cadillon, 1/71).

Ahora bien, en el caso de autos, resulta evidente que teniendo en cuenta la motivación de la resolución que sometía el asunto al Tribunal de Justicia, el Juez luxemburgués sólo ha remitido al Tribunal los problemas que concernirían a la compatibilidad de la Ley luxemburguesa con las disposiciones del Capítulo I del Título I de la Tercera Parte del Tratado relativa a la política de la competencia, y no con las que figuran en la Segunda Parte del Tratado.

b) Pero sobre todo es claro que la sociedad del puerto de Mertert no constituye un organismo mediante el cual *de jure* el Esta-

do luxemburgués «directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros»; las disposiciones de los Tratados internacionales relativas a la no discriminación, que citaba hace un instante, bastan para demostrarlo.

La única cuestión que podría entonces plantearse en lo que se refiere a la aplicación del artículo 37 sería si este organismo no desempeña *de facto* un papel equivalente.

Apreciar esto sería muy delicado; según ciertas informaciones aparecidas en la prensa, la creación y la explotación de este puerto, cuyo déficit preocupa al contribuyente luxemburgués, habrían tenido como principal efecto desarrollar el tráfico de los ferrocarriles alemanes y belgas.

De cualquier modo, tomar partido en una cuestión de este tipo implicaría un examen de los datos de hecho, examen al que el Tribunal de Justicia no puede entregarse en el marco de las competencias que le otorga el artículo 177 del Tratado.

Así pues, el debate debe centrarse únicamente alrededor del artículo 90.

A este respecto, teniendo en cuenta los fundamentos de la resolución por la cual se sometió el asunto al Tribunal, considero que éste puede extraer de dicha resolución las tres cuestiones siguientes:

1) Una sociedad de economía mixta creada por Ley, cuyo capital suscribe en parte un Estado y para cuya gestión el mencionado Estado se reserva prerrogativas especiales, en virtud de la Ley nacional, ¿constituye una de las empresas a las que se refiere el artículo 90?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿En qué condiciones tal empresa, cuando está encargada del acondicionamiento y explotación de un puerto fluvial, debe ser considerada gestora de un servicio de interés económico general en el sentido de las disposiciones del apartado 2 del artículo 90?

3) ¿El apartado 2 del artículo 90 tiene efecto directo?

III

La respuesta a la primera cuestión así deducida me parece que debe ser positiva.

El artículo 90, en su conjunto, se refiere en efecto a las empresas públicas en general o a las empresas –públicas o privadas– a las que los Estados concedan derechos especiales o exclusivos.

El apartado 2 del artículo 90 establece un régimen especial para aquellas de dichas empresas a las que se encargue la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de un monopolio fiscal.

El concepto de empresa pública derivado de los conceptos anglosajones de «public corporation» o de «public enterprise» es un concepto más económico que jurídico y, a pesar de los múltiples trabajos dedicados a esta cuestión, principalmente en el curso de los Coloquios de Bruselas en 1963 y de Brujas en 1969, sería peligroso tratar de dar hoy una definición general de este concepto en el plano comunitario.

Tal definición sólo podrá extraerse poco a poco de la jurisprudencia del Tribunal que, progresando caso por caso, delimitará sus contornos, así como, bajo el control del Tribunal, de los Reglamentos, Directivas o Decisiones comunitarias.

Pero en el caso de una sociedad como la creada por la Ley luxemburguesa de 1963, la cuestión es en mi opinión relativamente fácil de resolver.

Es cierto que la circunstancia de que el Estado participe en el capital de una sociedad no es, pienso, suficiente por sí sola para dar a esta sociedad el carácter de empresa pública en el sentido del artículo 90 del Tratado.

Se pueden encontrar casos, en efecto, en que una participación del Estado en el capital de una empresa no da a ésta *ipso facto* un carácter público.

Pero una sociedad de este tipo debe ser considerada, en mi opinión, empresa públi-

ca cuando se añadan dos elementos a la participación de los poderes públicos en su capital.

1. La creación de la sociedad procede de un acto unilateral de los poderes públicos —en el presente caso, una Ley. Es cierto que la realización de la sociedad implica la celebración de un contrato de sociedad entre quienes participen en la constitución de su capital, pero el acto unilateral de los poderes públicos es el fundamento de este contrato de sociedad, contrato del que algunas estipulaciones serían incluso, en muchos casos, ilegales, si el acto unilateral de los poderes públicos no existiera.

2. La participación del Estado en la gestión de la sociedad es independiente del capital que posea. Este es, en mi opinión, un criterio esencial. Cuando en una sociedad de economía mixta el número de miembros que representan a los poderes públicos en los órganos de gestión depende no de la proporción del capital poseída o de estipulaciones particulares del pacto social, sino de disposiciones adoptadas por un acto unilateral de los poderes públicos, no se está ante una empresa privada con una mera participación financiera del Estado o de otro ente público, sino ante una empresa pública en el sentido del artículo 90 del Tratado. El ente público en efecto no actúa solamente en tanto que accionista, sino en virtud de su «imperium». Ahora bien, éste es precisamente el caso de la sociedad cuya naturaleza debe determinar el Juez luxemburgués. En virtud de lo dispuesto en la Ley de 1963, el Estado designa al menos la mitad de los administradores y de los comisarios y conti-

nuaría designándolos aunque después de un aumento o disminución del capital el reparto de éste cambiase considerablemente.

Por último, cabe añadir que en el caso de autos, la sociedad cuya naturaleza debe determinar el Juez luxemburgués parece ser no sólo una empresa pública, sino también una empresa a la que se han concedido, al menos dentro de un perímetro determinado, derechos especiales y exclusivos.

Así pues, propongo con pocas dudas al Tribunal de Justicia que declare: una sociedad de economía mixta creada por una Ley, cuyo capital suscribe en parte un Estado y para cuya gestión el mencionado Estado se reserva prerrogativas especiales en virtud de la Ley nacional, constituye una de las empresas a las que se refiere el artículo 90 del Tratado.

IV

La segunda cuestión llevará al Tribunal, según creo, a precisar el alcance del apartado 2 del artículo 90.

En efecto, si el apartado 1 de este artículo sienta principios aplicables a todas las empresas públicas, el apartado 2 establece un régimen particular para las empresas que gestionen un servicio de interés económico general.

Como lo expresaba perfectamente un autor [ponencia Drago presentada en el Coloquio

de Bruselas (marzo de 1963)], «no hay coincidencia entre el concepto de empresa pública y el de servicio de interés económico general, pero existen zonas comunes».

En mi opinión, es precisamente en una de estas «zonas comunes» donde se sitúa, bajo determinadas condiciones una empresa pública encargada de la explotación de un puerto.

Como lo han subrayado todos los participantes en los coloquios de Bruselas y de Brujas, el concepto de servicio de interés económico general es extremadamente amplio, y es por esta razón, parece, que los autores del Tratado lo prefirieron al concepto más tradicional en ciertos Derechos nacionales, pero probablemente más estricto, de servicio público económico o de servicio público de carácter industrial y comercial.

Por mi parte pienso que una empresa encargada de la explotación de un puerto fluvial gestiona un servicio de interés económico general cuando se cumplen dos condiciones:

- a) debe tratarse, claro es, de un puerto público y no, salvo quizá en casos totalmente excepcionales, de un puerto reservado a las necesidades de una o varias empresas;
- b) debe tratarse de un puerto cuyo tráfico tenga importancia para la actividad económica general.

Es cierto que esta precisión puede parecer inútil si no se piensa nada más que en el caso sometido al Juez luxemburgués, puesto que el puerto de Mertert asegura por sí solo casi la totalidad del tráfico fluvial de Luxemburgo. De todos modos, creo que esta precisión es útil, ya que sirve al Tribunal para establecer de antemano la posición que adoptaría en el caso de que se le planteara este problema con ocasión por ejemplo de la actividad cada vez más importante de las empresas que gestionen puertos públicos reservados a quienes practican la llamada «navegación deportiva o de recreo».

Opino, pues, que si se cumplen estas dos condiciones, una empresa encargada de la explotación de un puerto gestiona un servicio de interés económico general.

V

Queda la tercera de las cuestiones que se pueden extraer de la resolución del órgano jurisdiccional luxemburgués: la de si el apartado 2 del artículo 90 es directamente aplicable y crea por sí solo para los justiciables derechos que éstos pueden hacer valer ante su órgano jurisdiccional nacional.

La Comisión y el Gobierno luxemburgués, en desacuerdo sobre la respuesta que debe darse a esta cuestión, han estado sin embargo de acuerdo en un punto.

Ambos consideran, en efecto, que los dos primeros apartados del artículo 90 son indisociables y que si se reconoce o se

deniega un efecto directo a uno de los apartados la misma solución se impone «de plano» para el otro.

Yo no comparto este punto de vista.

Estos dos apartados establecen, pienso, dos sistemas autónomos que ciertamente no carecen de relación entre sí, pero que no tienen necesariamente el mismo alcance jurídico.

El apartado 1 dicta *obligaciones que se imponen a los Estados* en lo que se refiere a sus empresas públicas o a las empresas a las que se reconocen derechos particulares.

El apartado 2 impone, dentro de los límites que fija, *obligaciones a determinadas empresas*: las encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal.

La decisión que el Tribunal de Justicia adopte sobre el tema del efecto directo del apartado 2 del artículo 90, el único cuya interpretación puede interesar al Juez luxemburgués, no prejuzgará pues en absoluto, según creo, la que pueda adoptar un día sobre el tema del efecto directo o no del apartado 1 del artículo 90.

En lo que se refiere al apartado 2 del artículo 90, pienso que no reúne ninguna de las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal para determinar las disposiciones del Tratado que tienen efecto directo.

En líneas generales, tal y como exponía al Tribunal el Abogado General Sr. Gand con ocasión del asunto 57/65- (Lütticke), la jurisprudencia del Tribunal exige, para que tenga efecto directo una disposición del Tratado que impone una obligación a los Estados o a los particulares:

- 1) que la obligación sea precisa;
- 2) que no esté asociada a ninguna restricción;
- 3) que no exija para su puesta en práctica ningún acto jurídico de las Instituciones comunitarias.

Ahora bien, entiendo que la simple lectura del apartado 2 del artículo 90 muestra que esta disposición no reúne ninguna de estas condiciones.

Este apartado establece, es verdad, una obligación de principio: la obligación para las empresas a que se refiere de aplicar las normas del Tratado; pero esta obligación se dicta con una importante salvedad, pues sólo se impone «en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica» confiada a la empresa.

Por último, el apartado finaliza con lo que se podría llamar la «reserva de la reserva»; la falta de aplicación de las normas del

Tratado no debe afectar al desarrollo de los intercambios *en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad*.

En otros términos, las empresas a que se refiere el apartado 2 del artículo 90 deben en principio respetar el Tratado; pueden, sin embargo, no someterse a las normas que establece si estas normas impiden de hecho o de derecho su misión, pero sólo dentro de los límites en los que la inobservancia de estas normas no afecte a los intercambios en forma tal que sea contraria a los intereses de la Comunidad.

Verdaderamente, no se puede decir que ésta sea una obligación precisa y sin reservas.

Su puesta en práctica hace necesaria, pues, la intervención de las autoridades comunitarias, prevista por otra parte en el apartado 3 del artículo 90.

¿Quién sino estas autoridades podría, en efecto, decidir entre otras cosas si medidas o comportamientos contrarios a las normas del Tratado afectan o no al desarrollo de los intercambios y si lo afectan en una forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad?

Propongo, pues, declarar que el apartado 2 del artículo 90 no tiene efecto directo.

Propongo, pues, que el Tribunal de Justicia declare que:

- 1) Una sociedad de economía mixta, creada por una Ley, cuyo capital suscribe en parte un Estado y para cuya gestión el mencionado Estado se reserva prerrogativas especiales en virtud de la Ley nacional, constituye una de las empresas a las que se refiere el artículo 90 del Tratado.
- 2) Cuando tal empresa es encargada del acondicionamiento y explotación de un puerto público fluvial cuyo tráfico tenga importancia para la actividad económica general, dicha empresa gestiona un servicio de interés económico general en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado.
- 3) El apartado 2 del artículo 90 del Tratado no es directamente aplicable y no crea, pues, por sí solo para los justiciables derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deban tutelar.